



De loondoorbetalingsverplichting van de werkgever

'De verdeling van de risicosfeer tussen de werkgever en werknemer omtrent de loondoorbetaling geregeld in artikel 7:627 en 7:628 BW

- Mei 2011 -

Naam: V.A.M. Vos

ANR: 576798

Studentnummer: U1236328

Scriptiebegeleider: W.G.M. Plessen

Masterscriptie: Recht & Management

Voorwoord

De risicoverdeling van de loondoorbetalingsverplichting omtrent artikel 7:627 en 7:628 BW kent een behoorlijk lange wetgevingsgeschiedenis. De voorgangers van deze artikelen zijn artikel 1638b en 1638d BW. Wanneer men de wetgevingsgeschiedenis nader bestudeerd valt op dat het artikel 'geen arbeid, toch loon', een ingrijpende verandering heeft ondergaan. De wetgever heeft de ontwikkeling in de rechtspraak namelijk opnieuw willen codificeren. Na het opnemen van artikel 7:628 BW zijn eveneens in de rechtspraak vele verschillende situaties aan de orde gekomen waarbij de risicoverdeling omtrent de loondoorbetalingsverplichting discutabel is geweest. In mijn masterscriptie zal ik met betrekking tot dit onderwerp uitgebreid aandacht besteden aan de verplichting tot loondoorbetaling in het algemeen en de bijbehorende risicoverdeling in het bijzonder.

Hoewel het schrijven van een masterscriptie door velen als een bijzonder langdurig en zwaar traject wordt gezien, heb ik het absoluut niet zo ervaren. Dit is naar mijn mening mede te danken aan het mooie onderwerp, waarover tevens genoeg literatuur is. Deze scriptie beschouw ik in tegenstelling tot andere studievrienden niet als een daadwerkelijke afsluiting van mijn studietijd. Zo ben ik van plan om na mijn master nog civiel effect te gaan behalen aan de Universiteit van Tilburg.

In dit voorwoord wil ik nog enkele mensen bedanken die me mede in staat hebben gesteld om te komen tot een masterscriptie zoals die voor u ligt. In de eerste plaats wil ik deze mogelijkheid aangrijpen om mijn ouders te bedanken die er altijd voor me zijn geweest en dat heden ten dage nog steeds zijn. Voor zaken die mijn studie betroffen kon ik altijd bij ze terecht voor eventuele vragen of tips. Zo kon ik altijd bij mijn moeder terecht indien ik stukken wilde laten nakijken ter controle. In de tweede plaats wil ik mijn scriptiebegeleider Willem Plessen bedanken. Naast de goede begeleiding die me in staat stelde om met een gezonde voortgang aan mijn scriptie te werken is het onderwerp ook mede door hem tot stand gekomen. Tot slot wil ik de Universiteit van Tilburg bij voorbaat bedanken in verband met een leuke studententijd. Zo heb ik hier nieuwe leuke studievrienden leren kennen en heb ik hier tevens mijn huidige leuke vriendin ontmoet.

Dongen, Mei 2011

Vince Vos

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Inhoudsopgave	3
Inleiding	4
Hoofdstuk 1: Artikel 7:628 BW en de bijbehorende wetgevingsgeschiedenis.....	5
1.1 De wetgevingsgeschiedenis.....	5
1.2 Lidsgewijze beschrijving van artikel 7:628	8
1.3 Afwijkingsmogelijkheid middels CAO	12
1.4 Bewijslastverdeling.....	14
1.5 Conclusie.....	15
Hoofdstuk 2: De rechtspraak omtrent de artikelen 7:627 en 7:628 BW	16
2.1 Rechtspraak: Geen arbeid, geen loon	16
2.2 Rechtspraak: Geen arbeid, toch loon	18
2.2.1. De verschillende elementen van artikel 7:628 lid 1 BW	18
2.2.1.1. De bereidheid van de werknemer.....	19
2.2.1.2. De overeengekomen arbeid	20
2.2.1.3. De verhindering van het niet verrichten van de arbeid	22
2.2.2. De rechtspraak omtrent de overige leden van artikel 7:628 BW	26
2.3 Conclusie.....	27
Hoofdstuk 3: Rechtseconomische analyse van de loondoorbetalingsverplichting	29
3.1 Een economische analyse van het recht.....	29
3.2. Artikel 1638d BW vanuit rechtseconomisch perspectief.....	30
3.3 Artikel 7:628 BW vanuit rechtseconomisch perspectief.....	32
3.3.1.1. Bereidheid.....	32
3.3.1.2. Overeengekomen arbeid	33
3.3.1.3. Risicoverdeling	34
3.3.2. De afwijkingsmogelijkheden	36
3.4 Artikel 7:627 BW vanuit rechtseconomisch perspectief.....	37
3.5 Conclusie.....	38
Hoofdstuk 4: Een algehele beschouwing van de loondoorbetalingsverplichting	39
4.1 Een beschouwing van De Schelde arresten en artikel 7:628 BW	39
4.2 Discutabele uitspraken omtrent artikel 7:628 BW	40
4.3 Beperking en matiging van loonaanspraken	46
4.4. Spiegelbeeld van artikel 7:627 BW	47
4.5 Artikel 7:628 BW en het verbod van werktijdverkorting	48
4.6 Conclusie.....	48
Conclusie	50
Literatuurlijst.....	53
Jurisprudentielijst	56

Inleiding

In deze scriptie staat de volgende onderzoeksvraag c.q. probleemstelling centraal:

‘Op welke wijze is de verdeling van de risicosfeer tussen de werkgever en werknemer omtrent de loondoorbetalingsverplichting beschreven in artikel 7:627 en 7:628 BW geregeld en hoe is hieraan vorm gegeven in de rechtspraak?’

Het doel van het onderzoek is aldus om de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever zo goed mogelijk in kaart te brengen. Volgens artikel 7:610 BW is de werkgever immers verplicht om loon te betalen voor de arbeid die de werknemer heeft verricht in het kader van de arbeidsovereenkomst. Echter kan volgens artikel 7:628 BW de verplichting tot betaling van loon ook bestaan zonder dat de werknemer hiervoor arbeid heeft verricht. Over het algemeen wordt het namelijk niet redelijk gevonden als het niet kunnen verrichten van werkzaamheden door de werknemer altijd voor diens rekening behoort te komen. De verplichting tot het doorbetalen van loon is geconcretiseerd in de rechtspraak. Het is in dit kader met name interessant om te onderzoeken hoe in verschillende situaties de verplichting tot betaling van loon dat is uitgewerkt in artikel 7:627 en 7:628 BW wordt toegepast.

Om de risicoverdeling van de loondoorbetalingsverplichting zo goed mogelijk in kaart te brengen worden zoveel mogelijk verschillende situaties beschreven waarbij artikel 7:627 en 7:628 BW een rol spelen. Bij het beschrijven van de loondoorbetalingsverplichting zullen ook andere aspecten worden betrokken die van belang zijn bij de beoordeling van de risicoverdeling tussen de werkgever en werknemer. Om te komen tot een uitwerking van het onderzoek is gebruik gemaakt van verschillende bronnen waaronder vakliteratuur, kamerstukken en jurisprudentie. Deze bronnen zijn terug te vinden in de voetnoten en in de literatuur- en jurisprudentielijst.

Om tot een zo gestructureerd mogelijke uitwerking van het onderzoek te komen zal allereerst de wetgevingsgeschiedenis van artikel 7:628 BW worden beschreven. Hierbij zal ook de afwijkingsmogelijkheid middels CAO worden behandeld en zal kort de bewijslastverdeling aan bod komen. Vervolgens zullen belangrijke uitspraken van rechters uit het (recente) verleden bij het onderzoek worden betrokken. Hierbij zullen verschillende situaties worden beschreven waarbij de verplichting tot betaling van loon discutabel is. Het is immers niet altijd even duidelijk in hoeverre een verhindering van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten voor het risico van de werkgever dient te komen. In het daaropvolgende hoofdstuk zal de rechtseconomische invalshoek worden toegepast op de verplichting tot loondoorbetaling. De toegevoegde waarde van de rechtseconomie is namelijk dat inzichten kunnen worden verkregen die het recht vanuit een geheel andere invalshoek kunnen benaderen. Uiteindelijk zullen zowel aspecten van de verplichting tot loondoorbetaling die al eerder zijn behandeld, als aspecten die nog niet eerder aan bod zijn gekomen de revue passeren. Bij het beschrijven van deze aspecten zal ik zowel standpunten uit de literatuur als ook mijn eigen zienswijze toevoegen. Het doel is dat hierdoor meer inzicht wordt gecreëerd in de wijze waarop de loondoorbetalingsverplichting is geregeld.

Hoofdstuk 1: Artikel 7:628 BW en de bijbehorende wetgevingsgeschiedenis

In dit hoofdstuk wordt op hoofdlijnen via chronologische volgorde ingegaan op de wetgevingsgeschiedenis van artikel 7:628 BW. Nadat globaal de wetgevingsgeschiedenis van het artikel in kaart is gebracht, zal dieper worden ingegaan op het artikel. Hierbij wordt per lid ingegaan op de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de tekst. Middels een aantal bepalingen uit een collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: CAO) wordt de afwijkingmogelijkheid, die beschreven staat in artikel 7:628 lid 5 en 7 verduidelijkt. Uiteindelijk wordt het hoofdstuk afgesloten met een onderzoek naar de bewijslastverdeling omtrent de loondoorbetalingsverplichting.

1.1 De wetgevingsgeschiedenis

De voorgangers van de artikelen 7:627 en 7:628 BW zijn terug te vinden in het oude BW. Dit zijn de artikelen 1638b BW respectievelijk 1638d BW. Deze artikelen zijn in 1996 gewijzigd met de introductie van titel 7.10 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Bij deze wijziging werden enkele afdelingen van de zevende titel A van Boek 7A vervangen door Boek 7 NBW.¹ Artikel 1638d BW luidde als volgt:

*'Ook verliest de arbeider zijn aanspraak op het naar tijdruimte vastgestelde loon niet, indien hij bereid was de bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van hem persoonlijk betreffende, toevallige verhindering.'*²

Het criterium voor de loondoorbetaling betrof dus zowel eigen schuld aan de kant van de werkgever als een persoonlijk aan hem toe te rekenen toevallige verhindering. In de literatuur werd het artikel ook wel beschouwd als een vorm van crediteurenverzuim. Er diende namelijk aan de volgende twee voorwaarden te worden voldaan:

- Aan de kant van de werknemer is sprake van bereidheid om de prestatie te leveren.
- Ondanks de bereidheid aan de kant van de werknemer, is het niet mogelijk de prestatie te leveren aangezien de werknemer hierin wordt tegengehouden door een oorzaak die aan de kant van de werkgever is opgetreden.³

In het jaar 1925 heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgelaten over artikel 1638d BW wat betreft de persoonlijk toevallige verhindering aan de kant van de werkgever. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad een ruime overmachtsopvatting hanteerde ten gunste van de werkgever. In dit arrest waren de diensten van een kraamverpleegster niet meer nodig door de voortijdige dood van een kraamvrouw. Dit diende volgens de Hoge Raad niet te worden gezien als een vorm van crediteurenverzuim aan de kant van de werkgever, maar als een vorm van overmacht.⁴ Een ander arrest uit 1940 bevestigt de ingezette lijn van de Hoge Raad.⁵ Het ging in dit arrest om een matroos die bij een tussenstop ziek werd. Toen de matroos beter werd en hij in principe de arbeid weer kon verrichten was het schip alweer vertrokken. De Hoge Raad oordeelde dat sprake was van crediteurenovermacht. In de literatuur wordt betoogd dat de Hoge Raad destijds een subjectieve overmachtsleer hanteerde in plaats van een objectieve overmachtsleer. Een absolute onmogelijkheid diende immers niet aanwezig te worden geacht

¹ Kamerstukken I 1995/1996, 23 438, nr. 193, p. 1.

² Kamerstukken II, zitting 1976-1977, Aanhangsel, p. 2123.

³ W. A. Zondag, *Werktijdkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 106.

⁴ HR 23 januari 1925, NJ 1925, 381.

⁵ HR 31 mei 1940, NJ 1940, 1129.

doordat het schip gewoon kon wachten op het volledig herstel van de matroos.⁶ In 1972 is een belangrijke ommekeer gekomen van de hiervoor beschreven gedachte van crediteurenverzuim en de bijbehorende ruime overmachtsopvatting. In het arrest Meijer/ De Schelde heeft de Hoge Raad aangegeven dat de werknemer ook dan zijn recht op loondoorbetaling behoudt wanneer de bedongen arbeid, buiten de schuld van zowel de werkgever als de werknemer, niet aangewend kan worden door een omstandigheid die meer in de risicosfeer ligt van de werkgever dan van de werknemer.⁷ De Hoge Raad heeft middels dit arrest als het ware een risicoverdeling naar billijkheid gecreëerd.⁸ Deze nieuwe wending heeft de wetgever bevestigd door te stellen dat de werknemer ook dan zijn recht op loon behoudt, als het verrichten van de arbeid is verhinderd door omstandigheden die voor de werkgever in beginsel overmacht zouden opleveren, maar die toch voor zijn rekening dienen te komen doordat deze meer in zijn risicosfeer liggen dan in die van de werknemer.⁹ Indien het eerder beschreven arrest uit 1940 plaats had gevonden na 1972, zou de kans groot zijn geweest dat de werkgever dan wel het loon zou moeten doorbetalen. De tendens kan hierdoor als het ware worden gezien als een ontwikkeling ten gunste van de werknemer.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft op 22 november 1987 advies gevraagd aan de Sociaal-Economische Raad (hierna: SER) over een herziening van artikel 1638d BW. Deze aanvraag diende mede te worden gezien in het licht van de herziening van het arbeidsovereenkomstenrecht in het kader van het Burgerlijk Wetboek.¹⁰ Eerder in 1969 is al door de SER geadviseerd over artikel 1638d BW. Destijds werd geopperd om een afwijking van artikel 1638d lid 1 BW alleen mogelijk te maken krachtens CAO of bij een regeling door of namens een publiekrechtelijk orgaan, waarbij ten nadele van de werknemer mocht worden afgeweken. De huidige mogelijkheid om bij schriftelijke overeenkomst of reglement af te wijken van lid 1 bleef destijds echter gehandhaafd, waardoor de bepaling zijn semi-dwingend karakter zou behouden.¹¹ In nieuwe voorstellen van de SER betreffende de herziening van artikel 1638d BW had de SER opnieuw geadviseerd de afwijkingsmogelijkheid in het tweede lid te veranderen in driekwart-dwingend recht. Het werd onwenselijk geacht om de mogelijkheid tot afwijking in handen te leggen van de individuele werkgever en werknemer. De werkgever wordt immers vanuit maatschappelijk perspectief gezien als de machtigste partij waardoor de onderhandelingen over de risicoverdeling in 1638d BW oneerlijk zouden kunnen verlopen. Het gevaar bestaat hierbij dat de werknemer een beroep dient te doen op de sociale zekerheid doordat hij het op de werkgever rustende risico dat voortvloeit uit lid 1 niet financieel kan dragen. Wat betreft lid 1 van artikel 1638d BW gaf de SER aan dat het de inmiddels ontwikkelde jurisprudentie beter in het artikel tot uiting wilde laten komen. Het voorstel wat betreft lid 1 van artikel 1638d BW luidde als volgt:

*‘De werknemer houdt recht op het naar tijdruimte vastgesteld loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die hem niet kan worden toegerekend’.*¹²

⁶ W. A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 97.

⁷ HR 10 november 1972, NJ 1973, 60.

⁸ F. J. L. Pennings & J.G.F.M. Hoffmans, *Arbeidsrecht. Wet en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2010, p. 30.

⁹ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 25.

¹⁰ Advies inzake de herziening van artikel 8 BBA en artikel 1638d BW (advies van 20 september 1991, SER 91/21), Den Haag: SER 1991, p. 5.

¹¹ Advies inzake de herziening van artikel 8 BBA en artikel 1638d BW (advies van 20 september 1991, SER 91/21), Den Haag: SER 1991, p. 27-28.

¹² Advies inzake de herziening van artikel 8 BBA en artikel 1638d BW (advies van 20 september 1991, SER 91/21), Den Haag: SER 1991, p. 17-18.

In de raad heerste onderlinge verdeeldheid over onder meer het wijzigen van artikel 1638d lid 2 BW in een bepaling van driekwart-dwingend recht. Volgens tegenstanders van dit voorstel zou deze wijziging tot gevolg hebben dat slechts in ondernemingen waar op niveau van collectiviteit wordt onderhandeld over arbeidsvoorwaarden, van de afwijkingsmogelijkheid gebruik kan worden gemaakt. Hierdoor ontstaat volgens de tegenstanders een onrechtvaardig verschil in contractsvrijheid doordat bij ondernemingen waar alleen op individuele basis wordt gecontracteerd de afwijkingsmogelijkheid dan niet mogelijk zal zijn. Dit verschil zou ook van toepassing kunnen zijn bij personeel dat onder een CAO valt en personeel dat hier niet onder valt.¹³

Uit de kamerbehandeling van het vergaderjaar 1993-1994 blijkt dat de wetgever de ontwikkeling in de jurisprudentie vanaf 1972 duidelijker tot uiting wil laten komen. Artikel 1638d BW dient met de komst van het Nieuw Burgerlijk Wetboek vervangen te worden door artikel 7:628 BW. In dit artikel is gekozen voor een eenvoudiger taalkundige formulering dan uit de rechtspraak te destilleren is. Duidelijk is dat de nieuwe bepaling geen regel van schuldeisersverzuim meer zal bevatten. Wat betreft de afwijkingsmogelijkheid wordt in de kamerstukken aangegeven dat wat betreft de afwijkingsmogelijkheid wordt gewacht op een standpuntbepaling van het kabinet als het gaat om het uitgebrachte advies van de SER. De afwijkingsmogelijkheid krachtens schriftelijk aangegane overeenkomst of bij reglement zal dus voorlopig gehandhaafd worden.¹⁴

Op 14 maart 1996 is uiteindelijk een nader gewijzigd wetsvoorstel gekomen omtrent de vaststelling van titel 7.10 van het nieuw Burgerlijk Wetboek. Aan het nieuwe artikel 7:628 BW werd op de volgende wijze invulling gegeven:

1. De werknemer behoudt 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.
2. Indien hem krachtens enige wettelijk voorgeschreven verzekering of krachtens enige verzekering of uit enig fonds waarin de deelneming is overeengekomen bij of voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst, een geldelijke uitkering toekomt, wordt het loon verminderd met het bedrag van die uitkering.
3. Indien het loon in geld op andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, zijn de bepalingen van dit artikel van toepassing, met dien verstande dat als loon wordt beschouwd het gemiddelde loon dat de werknemer, wanneer hij niet verhinderd was geweest, gedurende die tijd had kunnen verdienen.
4. Het loon wordt echter verminderd met het bedrag van de onkosten die de werknemer zich door het niet verrichten van de arbeid heeft bespaard.
5. Van dit artikel kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken, tenzij bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement.¹⁵

Een jaar na de vaststelling van artikel 7:628 BW vroegen de leden van de fractie van de VVD een duidelijke uiteenzetting van het artikel. Ze wilden duidelijker naar voren krijgen wanneer naar het oordeel van de regering het risico van loondoorbetaling in redelijkheid bij de werkgever behoorde te liggen en wanneer niet. Wanneer omtrent deze kwestie meer rechtszekerheid zou bestaan, zouden werkgevers in de gelegenheid worden gesteld om bij het

¹³ Advies inzake de herziening van artikel 8 BBA en artikel 1638d BW (advies van 20 september 1991, SER 91/21), Den Haag: SER 1991, p. 21.

¹⁴ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 24.

¹⁵ Kamerstukken I 1995/1996, 23 438, nr. 193, p. 6-7.

aangaan van de arbeidsovereenkomst hieromtrent beter rekening houden. Zodoende zou het voor de werkgever duidelijker worden voor welke situaties hij eventueel een afwijking van de loondoorbetalingsverplichting zou moeten overeenkomen. Bevestigd werd dat situaties die vallen onder het normale bedrijfsrisico in ieder geval voor rekening van de werkgever dienen te komen. Echter bleef het voor de werkgever mogelijk om het normale bedrijfsrisico eenvoudig weg te contracteren via een schriftelijke overeenkomst.¹⁶ Het normale bedrijfsrisico werd met name afgewenteld op de meer flexibele arbeidsrelaties, zoals bijvoorbeeld de uitzendarbeid. De SER had hier al eerder in zijn advies voor gewaarschuwd en geopperd voor een afwijkingsmogelijkheid van driekwart-dwingend recht. In verband met het voorgaande werd destijds voorgesteld een beperking in de tijd aan te brengen als het gaat om de afwijking middels schriftelijke overeenkomst. Het wegcontracteren van het risico van loondoorbetaling diende slechts voor een periode van maximaal 6 maanden mogelijk te zijn. Een afwijking voor een langere periode van 6 maanden werd slechts mogelijk geacht middels een CAO of bij een regeling door een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Gestreefd werd naar de situatie dat het loondoorbetalingsrisico alleen in aanvaardbare gevallen en op grond van redelijke voorwaarden weggecontracteerd zou worden.¹⁷ De hiervoor genoemde redenen vormen in essentie de aanleiding tot een volgende aanpassing van het artikel.

Op 26 november 1998 is een gewijzigd voorstel van de wet gekomen met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en andere wetten waarin lid 5 van artikel 7:628 BW werd gesplitst in de leden 5, 6 en 7. De overige leden van artikel 7:628 BW bleven gehandhaafd. De leden 5, 6 en 7 maken het huidige artikel 7:628 BW compleet en zien er als volgt uit:

5. Van de leden 1 tot en met 4 kan voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst slechts bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken ten nadele van de werknemer.
6. In geval van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 668a kan een afwijking als bedoeld in lid 5 in totaal voor ten hoogste zes maanden worden overeengekomen.
7. Na het verstrijken van de termijn, bedoeld in lid 5, kan van dit artikel slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.¹⁸

1.2 Lidsgewijze beschrijving van artikel 7:628

Hieronder volgt per lid afzonderlijk een beschrijving van de betekenis van artikel 7:628 BW. In het volgende hoofdstuk zal aangegeven worden hoe deze bepalingen, die betrekking hebben op de loondoorbetalingsverplichting, geconcretiseerd zijn in de rechtspraak.

Lid 1: 'De werknemer behoudt 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.'

Uit het lid volgt al snel dat het dient te gaan om het naar tijdruimte vastgestelde loon. Hiermee wordt het periodiek uitgekeerde salaris van de werknemer bedoeld. Op overig loon heeft de werknemer aanspraak krachtens lid 3.¹⁹

¹⁶ De VVD heeft waarschijnlijk bij het stellen van de vragen omtrent de risicoverdeling niet gedoeld op deze vaststelling, daar de VVD met name de belangen behartigt van ondernemers.

¹⁷ Kamerstukken I 1997/1998, 25 263, nr. 132b, p. 3-4.

¹⁸ Kamerstukken I 1998/1999, 26 257, nr. 110, p. 1-2.

Een ander element van lid 1 vormt de bereidheid van de werknemer om de werkzaamheden te verrichten. In tegenstelling tot het oude artikel vormt in artikel 7:628 lid 1 BW het element bereidheid geen onderdeel meer van de beschrijving van de bepaling. Echter speelt de bereidheid nog steeds een rol bij de vraag of het verrichten van de arbeid voor risico van de werknemer dient te komen.²⁰ Daarnaast vormt de bereidheid niet in alle situaties een essentiële voorwaarde voor de loondoorbetalingsverplichting. Zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad dat toch een loonaanspraak bestaat indien ondanks het ontbreken van de bereidheid ervan uit moet worden gegaan dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen.²¹ In dit arrest was een beëindigingsovereenkomst gesloten waaruit viel af te leiden dat de werkgever toch geen gebruik zou hebben gemaakt van de eventuele bereidheid van de werknemer. De bereidheid van de werknemer had in deze situatie dan toch geen verschil gemaakt.²² In het volgende hoofdstuk zal blijken dat omtrent dit element veel rechtspraak voorhanden is waarbij verschillende aspecten een rol spelen.

Een ander element dat wel in lid 1 staat beschreven is de overeengekomen arbeid. Hierbij moet worden gedacht aan de taken en de functie die in de arbeidsovereenkomst zijn vastgelegd. In 1978 heeft de Hoge Raad een eerste uitzondering op het element toegelaten. Indien een zieke werknemer aanbiedt om zijn oude werk gedeeltelijk of in aangepaste vorm te verrichten, brengt dat volgens de Hoge Raad mee dat de werknemer recht heeft op loon dat past bij de aangeboden werkzaamheden indien de werkgever van dit aanbod geen gebruik maakt terwijl dit redelijkerwijs van hem kon worden gevergd.^{23 24} Bij deze uitzondering op de overeengekomen arbeid geldt wel dat van de werkgever gevergd kan worden dat hij van de aangeboden arbeid gebruik maakt. Of dat van de werkgever kan worden gevergd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.²⁵ Evenals het vorige element zal dieper op dit element worden ingegaan in het volgende hoofdstuk.

Misschien wel het belangrijkste element van lid 1 vormt de zinsnede: 'In redelijkheid voor rekening van de werkgever'. Sinds het arrest Meijer/ De Schelde worden artikel 7:627 en 7:628 BW gezien als een risicoregeling. Risico's die in de eerste plaats aan de werkgever zijn toe te rekenen komen voor zijn rekening. De werkgever wordt in die situaties geacht het loon van de werknemer door te betalen. Hierbij kan doorgaans gedacht worden aan normale bedrijfsrisico's, zoals onvoldoende orders of grondstoffen om te produceren. Indien de werkgever in zo'n situatie besluit minder werknemers op te roepen, dient hij toch het loon door te betalen.²⁶ In de literatuur worden verschillende argumenten gegeven voor deze vooraf gegeven risicoverdeling. In de eerste plaats wordt gezegd dat de werkgever degene is met beslissingsmacht. Hij wordt geacht verantwoordelijkheid te nemen voor de problemen en hij dient deze te bestrijden. Ten tweede wordt de arbeidsovereenkomst van de werknemer gezien als een soort scherm tussen de werknemer en de markt. In ruil voor zijn ondergeschiktheid verwacht de werknemer dat hij door de werkgever wordt beschermd tegen risico's die horen bij ondernemen.

¹⁹ P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35.

²⁰ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 25.

²¹ H. L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 88.

²² HR 19 december 2003, JAR 2004/14.

²³ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248.

²⁴ Dit in verband met de reïntegratieverplichtingen van de werkgever beschreven in artikel 7:658a BW.

²⁵ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 136-137.

²⁶ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 91.

Tot slot is er het argument dat de werkgever de risico's behoort te kennen en zich daartegen behoort te verzekeren.²⁷ Voor vele andersoortige risico's is minder eenvoudig vast te stellen welke partij het risico dient te dragen aangezien het in die gevallen genuanceerder kan liggen. Hierbij gaat het erom te bepalen in welke risicosfeer de verhindering het meest ligt. In het volgende hoofdstuk zal blijken hoe de leer van de risicosfeer in de loop der jaren door de Hoge Raad is ingevuld.

Lid 2: *'Indien hem krachtens enige wettelijk voorgeschreven verzekering of krachtens enige verzekering of uit enig fonds waarin de deelneming is overeengekomen bij of voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst, een geldelijke uitkering toekomt, wordt het loon verminderd met het bedrag van die uitkering.'*

Krachtens lid 2 worden geldelijke uitkeringen verminderd met het loon uit lid 1 en lid 3. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan een WW-uitkering. Volgens artikel 16 lid 1 WW bestaat daarop geen recht indien aanspraak gemaakt kan worden op loondoorbetaling. Hoewel artikel 7:628 BW daarbij een belangrijke rol speelt, bekijkt de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) deze verplichting vanuit het oogpunt van de WW. Het gevolg hiervan zou kunnen zijn is dat de werkgever gehouden wordt het loon door te betalen, terwijl de werknemer tevens een WW-uitkering ontvangt. Op dit soort situaties ziet lid 2, namelijk dat de werkgever een WW-uitkering in mindering mag brengen op het te betalen loon. Hierdoor wordt vermeden dat de werknemer in dergelijke situaties financieel wordt bevoordeeld.²⁸

Lid 3: *'Indien het loon in geld op andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, zijn de bepalingen van dit artikel van toepassing, met dien verstande dat als loon wordt beschouwd het gemiddelde loon dat de werknemer, wanneer hij niet verhinderd was geweest, gedurende die tijd had kunnen verdienen.'*

Wanneer het loon op een andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld en afhankelijk is van de uitkomsten van de te verrichten arbeid valt het in beginsel onder lid 3. Gevolg is dat de bepalingen van het artikel van overeenkomstige toepassing zijn en dat als loon wordt beschouwd het gemiddelde loon dat de werknemer had kunnen verdienen. Indien het loon afhankelijk is van de winst van de werkgever valt het niet onder loon.²⁹ Het loon is immers niet afhankelijk van de te verrichten arbeid door de werknemer.³⁰ Loon in natura valt niet onder artikel 7:628 BW, evenals de dienstwoning welke als geoorloofde loonvorm staat vermeld in artikel 7:617 lid 1 sub c BW. Bij de dienstwoning is het bijvoorbeeld niet praktisch om de werknemer eerst de woning te laten verlaten doordat hij zijn loon niet krijgt doorbetaald en vervolgens hem de woning weer in te laten trekken doordat hij over een andere periode weer wel doorbetaald krijgt.

Lid 4: *'Het loon wordt echter verminderd met het bedrag van de onkosten die de werknemer zich door het niet verrichten van de arbeid heeft bespaard.'*

Het loon waarop de werknemer krachtens lid 1 en lid 3 aanspraak maakt, dient met de bespaarde onkosten te worden verminderd. De vermindering betreft niet de inkomsten die de

²⁷ M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 30.

²⁸ F. B. J. Grapperhaus & M. Jansen, *Monografieën sociaal recht. De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 71.

²⁹ HR 31 oktober 1941, NJ 1942, 198.

³⁰ P. F. van der Heijden, *Arbidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 38.

werknemer uit een andere dienstbetrekking heeft verkregen.³¹ Verder is het niet geheel duidelijk hoe ver de bepaling reikt doordat hier in de literatuur verschillend over wordt gedacht.³² Zo geeft van Slooten aan dat het gaat om de kosten die de werknemer heeft bespaard door het niet verrichten van de arbeid. Hierbij kan gedacht worden aan benzinekosten of andere reiskosten. Olbers daarentegen heeft een andere opvatting, welke inhoudt dat alleen onkosten mogen worden geminderd waarvoor een vergoeding in het loon naar tijdruimte is verdisconteerd. Van Slooten is van mening dat de stelling van Olbers onjuist is, daar een dergelijke benadering ongerechtvaardigde verrijking niet tegengaat. Zo zou de werknemer benzine besparen indien hij niet hoeft te werken en ook aanspraak maken op een vergoeding welke in het loon is verdisconteerd. Hierdoor zou de werknemer beter af zijn in de situatie waarin hij niet hoeft te werken.³³

Lid 5: *‘Van de leden 1 tot en met 4 kan voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst slechts bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken ten nadele van de werknemer.’*

Uit lid 5 blijkt dat het bepaalde in lid 1 tot en met lid 4 gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst van semi-dwingend recht is. Het gegeven dat alleen bij schriftelijke overeenkomst kan worden afgeweken houdt in dat zowel bij individuele arbeidsovereenkomst als bij collectieve arbeidsovereenkomst gebruik kan worden gemaakt van de beperking van het loondoorbetalingsrisico. Alleen voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst kan het recht op loondoorbetaling op individueel niveau worden uitgesloten. Na die zes maanden is afwijking alleen middels CAO mogelijk.³⁴ Indien gebruik wordt gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid middels CAO verdient het aandacht om er zeker van te zijn dat de CAO is gesloten door daarvoor in de wet aangegeven bevoegde vertegenwoordigers. Immers zijn er gevallen bekend waarin de afwijking middels CAO in strijd werd geacht met de redelijkheid en billijkheid aangezien de CAO's waren gesloten door niet representatieve vakorganisaties.³⁵ Echter is ook de omgekeerde situatie mogelijk, namelijk dat de rechter oordeelt dat een niet op de juiste wijze tot stand gekomen CAO toch in stand dient te worden gehouden. Zo kan de rechter van mening zijn dat bepalingen van dergelijke ‘nep-CAO’s’ geldig dienen te blijven aangezien het achteraf ongeldig verklaren van deze CAO-bepalingen in strijd wordt geacht met de redelijkheid en billijkheid.³⁶ Indien een toepasselijke CAO een regeling tot afwijking van artikel 7:628 BW bevat, zal die regel veelal ook van toepassing zijn gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. In zo'n geval is afwijking bij schriftelijke individuele overeenkomst gelet op artikel 12 Wet CAO alleen mogelijk binnen de ruimte die de CAO laat.

Lid 6: *‘In geval van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 668a kan een afwijking als bedoeld in lid 5 in totaal voor ten hoogste zes maanden worden overeengekomen.’*

³¹ HR 5 januari 1979, NJ 1980, 289.

³² J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht I; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 137.

³³ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 233-234.

³⁴ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht I; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 138.

³⁵ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 94-95.

³⁶ Zie voor de procedure omtrent het tot stand komen van rechtsgeldige CAO's de beleidsregels beschreven in het 'Toetsingskader algemeen verbindend verklaring CAO-bepalingen'.

Dit lid geeft een specifieke bepaling voor elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor bepaalde tijd. De duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten dienen bij elkaar te worden opgeteld om na te gaan of de periode van zes maanden is verstreken. Van het bepaalde in lid 6 kan slechts bij CAO worden afgeweken.³⁷ De afwijkingsmogelijkheid bij CAO moet niet zo worden gelezen dat afwijking pas openstaat nadat de arbeidsovereenkomst zes maanden heeft geduurd. De wetgever heeft de bevoegdheid tot afwijking bij CAO van het bepaalde in 7:668a BW in artikel 7:628 lid 7 BW niet willen beperken.³⁸

Lid 7: 'Na het verstrijken van de termijn, bedoeld in lid 5, kan van dit artikel slechts bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer.'

Zoals onder lid 5 vermeld is na de eerste 6 maanden afwijking alleen mogelijk op collectief niveau, namelijk bij CAO of een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.³⁹ In beginsel kan dus het risico van loondoorbetaling worden beperkt of geheel worden weggecontracteerd. Als een bouwvakker bijvoorbeeld in zijn arbeidsovereenkomst met de werkgever heeft afgesproken dat in geval van vorstverlet de werkgever het loon voor 50% door moet betalen, zal de bouwvakker bij vorstverlet dat valt binnen de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst niet met succes voor 100% loondoorbetaling kunnen vorderen. Na de eerste zes maanden kan hij weer wel met succes 100% loondoorbetaling vorderen, tenzij een CAO-bepaling bestaat die conform lid 7 een soortgelijke afwijking geeft dat niet aan enige periode is gebonden.

De minister heeft gesuggereerd dat elke afwijking is toegestaan, mits voldaan wordt aan het vormvereiste. Echter wordt dit standpunt niet gedeeld door de literatuur en de rechtspraak. Zo kan een afwijking niet tot gevolg hebben dat in geval van nietigverklaring van een ontslag, het loon van de ontslagen werknemer over de periode waarin hij geen arbeid heeft verricht vanwege het nietig gegeven ontslag, niet wordt doorbetaald.⁴⁰ Het ontslag wordt dan in strijd met een dwingende wetsbepaling geacht krachtens artikel 3:40 BW.⁴¹ Het gevolg van een algehele uitsluiting mag ook niet zijn dat de werknemer geen recht op loondoorbetaling krijgt in gevallen waarin de werkgever het niet kunnen werken door de werknemer opzettelijk heeft veroorzaakt of het gevolg is van gedragingen van de werkgever waarvan voorzienbaar was dat de werknemer de arbeid niet zou kunnen verrichten.⁴²

1.3 Afwijkingsmogelijkheid middels CAO

Zoals hierboven beschreven is het binnen de beperkingen van de afwijkingsmogelijkheden beschreven in artikel 7:628 lid 5 en 7 BW mogelijk de verdeling van het loondoorbetalingsrisico ten nadele van de werknemer in te richten. Een dergelijk beding kan volgens de Hoge Raad echter ongeldig zijn, indien het bijvoorbeeld betrekking heeft op looninhouding bij een nietig gegeven ontslag. Van der Grinten is van mening dat een dergelijk beding niet altijd hoeft te worden gezien als een afwijking. Indien een dergelijk beding gebruikelijk is in een CAO dient het volgens hem te worden gezien als een toegestane

³⁷ P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 39.

³⁸ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 138.

³⁹ Kamerstukken I 1997/1998, 25 263, nr. 132b, p. 4.

⁴⁰ HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588.

⁴¹ P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 39.

⁴² E. Verhulp e.a., *Monografieën sociaal recht. Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002, p. 131.

concretisering van een in die bepaling neergelegde open norm. Zo is van der Grinten van mening dat een beding waarbij onwerkbaar weer slechts voor een korte periode voor rekening van de werkgever komt, als gebruikelijk beding dient te worden gezien omdat het gaat om een overeengekomen risicoverdeling welke met enige regelmaat voorkomt.⁴³ Binnen de beperkingen van artikel 7:628 BW is het aldus voor de werkgever relatief eenvoudig de risicoverdeling omtrent de loondoorbetalingsverplichting ten gunste van zichzelf aan te passen.

In situaties waarbij men aarzelt of een bepaalde omstandigheid in de risicosfeer van de werkgever of werknemer behoort te liggen, wordt de afwijkingsmogelijkheid bij CAO met enige regelmaat ingezet. Dit om een bepaalde rechtsonzekerheid te voorkomen. Zo zal in weersgevoelige sectoren de verhinderende van het weer de ene keer in de risicosfeer van de werkgever liggen en de andere keer in die van de werknemer. Weersomstandigheden die buitengewoon lang blijven duren komen dan bijvoorbeeld voor rekening van de werknemer. Zo komt in de CAO voor de tuinbouw onwerkbaar weer niet voor rekening van de werkgever. De bijbehorende opvattingen wat betreft de risicoverdeling komen tot uitdrukking in de afspraken tussen de sociale partners.⁴⁴

Indien men verschillende CAO's bestudeert valt op dat de afwijkingsmogelijkheid met name bij de meer flexibele arbeidsrelaties wordt gebruikt. Zo kent de CAO voor de Verpleeg-, Verzorgingstehuizen en Thuiszorg de volgende bepaling:

Artikel 3.1.17: Loondoorbetaling inval-/oproepkrachten en min/max-contracten kraamzorg

1. De inval-/oproepkracht werkzaam bij een kraamzorginstelling waarmee een nul-urencontract is overeengekomen, heeft, na verloop van de eerste zes maanden van een dergelijk contract, geen recht op loondoorbetaling tijdens de perioden waarin hij door de werkgever niet is opgeroepen om werkzaamheden te verrichten, zulks conform het bepaalde in artikel 7:628, lid 7, van het Burgerlijk Wetboek.

2. Indien zich voorafgaand aan of tijdens een periode waarvoor de werknemer al is opgeroepen een buiten de werknemer gelegen onvoorziene omstandigheid voordoet, waardoor de werknemer geen werkzaamheden kan verrichten, is de hiervoor bedoelde uitsluiting van loondoorbetaling niet van toepassing. Deze bepaling laat onverlet hetgeen ter zake voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst al dan niet is bepaald in de individuele arbeidsovereenkomst, zulks conform het bepaalde in artikel 7:628, lid 5, van het Burgerlijk Wetboek.⁴⁵

Eerstgenoemde bepaling laat een voorbeeld zien van een afwijkingsmogelijkheid krachtens lid 7. Indien de werkgever de werknemer niet heeft opgeroepen om arbeid te verrichten heeft de werknemer in dat geval geen recht op loondoorbetaling. Vervolgens geeft de tweede bepaling een situatie aan waarbij de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting niet van toepassing is, namelijk de situatie waarbij de werknemer wel is opgeroepen en hij de werkzaamheden niet kan verrichten wegens een onvoorziene omstandigheid die niet in zijn risicosfeer ligt. Hiervan kan krachtens lid 5 van artikel 7:628 voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst worden afgeweken. Zo kan alsnog tussen de werkgever en

⁴³ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 95.

⁴⁴ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 94.

⁴⁵ ActiZ, *CAO Verpleeg-, Verzorgingstehuizen en Thuiszorg*, SOVVT: 2008-2010, p. 18.

werknemer worden afgesproken dat de loondoorbetalingsverplichting wordt uitgesloten ten nadele van de werknemer.

Een ander voorbeeld van een flexibele arbeidsverhouding waarbij gebruik wordt gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid middels CAO is bij de uitzendverhouding. In de uitzend-CAO is een fasensysteem opgenomen die geldt als richtsnoer voor de rechtspositie van de uitzendwerknemer. De werknemer doorloopt in totaal de volgende 3 fasen:

1. Fase A: 78 weken
2. Fase B: 2 jaar en/of 8 uitzendovereenkomsten
3. Fase C: uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd

De rechtspositie van de werknemer is in de laatste fase het sterkst. Zo kan in tegenstelling tot de eerste fase bij de uitzendovereenkomst voor onbepaalde tijd geen uitzendbeding worden overeengekomen.⁴⁶ De uitzend-CAO heeft met betrekking tot de afwijkingsmogelijkheid uit artikel 7:628 BW de volgende bepaling:

Artikel 30: Uitsluiting loondoorbetalingsverplichting

1. De uitzendonderneming is aan de uitzendkracht werkzaam in fase A alleen het loon verschuldigd over de periode(n), dat de uitzendkracht daadwerkelijk uitzendarbeid heeft verricht, tenzij bij uitzendovereenkomst uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen.⁴⁷

Ook in de uitzend-CAO wordt de loondoorbetalingsverplichting uitgesloten in de situatie dat de arbeider geen werkzaamheden heeft verricht. Uit bovenstaande bepaling blijkt eveneens dat de rechtspositie van de uitzendkracht in fase A het minst sterk is. Daarnaast kent de CAO een afwijkende regeling voor uitzendkrachten die werkzaam zijn in de bouw:

12. Ten aanzien van de vakkracht in de bouwplaatsfunctie geldt geen loondoorbetalingsplicht als bedoeld in artikel 7:628 BW, wanneer als gevolg van ongunstige weersomstandigheden conform artikel 20a *CAO voor de Bouwnijverheid* niet kan worden gewerkt.

In artikel 9 van dezelfde bijlage wordt aangegeven wanneer een uitzendkracht valt onder de definiëring van een vakkracht in bouwplaatsfunctie. Slechte weersomstandigheden worden op deze manier eenvoudigweg voor het risico van de uitzendkracht geschoven.

1.4 Bewijslastverdeling

Eerder is al aangegeven dat de bereidheid van de werknemer om de arbeid te verrichten een belangrijk element vormt van de loondoorbetalingsverplichting gegeven in lid 1 van artikel 7:628 BW. Uit artikel 1638d BW bleek duidelijk dat de bereidheid tot de stelplicht van de werknemer behoorde. In lijn met artikel 150 Rechtsvordering draagt de werknemer dus de bewijslast van de bereidheid. In een arrest uit 1952 is dit eveneens bevestigd.⁴⁸ Doordat met de komst van artikel 7:628 BW geen materiële wijzigingen zijn beoogd ten opzichte van het oude artikel, moet worden aangenomen dat de oude jurisprudentie met betrekking tot de bewijslast ook blijft gelden.⁴⁹ De werknemer doet er goed aan om zijn bereidheid aangetekend in een schriftelijk stuk kenbaar te maken aan zijn werkgever om zijn aanspraak op

⁴⁶ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht I; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 70-71.

⁴⁷ Algemene Bond Uitzendondernemingen, *CAO voor Uitzendkrachten*, Amsterdam: ABU 2009-2014, p. 19.

⁴⁸ HR 1 februari 1952, NJ 1953, 366.

⁴⁹ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 25.

loondoorbetaling niet in gevaar te brengen. Echter komt het in de praktijk vaak voor dat dit niet gebeurt waardoor de werkgever mogelijkheden ziet om de bereidheid van de werknemer te betwisten. In de rechtspraak is een vermoeden van daadwerkelijke en voortdurende bereidheid ontwikkeld ter bescherming van de werknemer. Indien de werknemer aannemelijk maakt dat hij bereid was de overeengekomen arbeid te verrichten en dit aan de werkgever heeft medegedeeld, treedt het vermoeden in werking.⁵⁰ De werkgever dient vervolgens omstandigheden aan te voeren waaruit blijkt dat de bereidheid niet aanwezig was. In het volgende hoofdstuk zal blijken dat in de rechtspraak het element bereidheid en de bijbehorende regeling omtrent de bewijslastverdeling verder is geconcretiseerd.

Indien het gaat om de reden van de verhindering is het van belang om vast te stellen in wie zijn risicosfeer de verhindering behoort te liggen. De werkgever is in dat geval degene die in beginsel de oorzaak van de verhindering dient te bewijzen. Hij is dan de aangewezen persoon die in geval van betwisting door de werknemer de bewijslast draagt van de door hem gestelde verhindering. De werkgever dient dan het loon door te betalen indien hij er niet in slaagt aannemelijk te maken dat de oorzaak van de verhindering in de risicosfeer van de werknemer behoort te liggen. Op deze manier dragen zowel de werkgever als de werknemer de bewijslast van feiten en omstandigheden die zich volgens de bewijslastverdeling in hun domein behoren.⁵¹

1.5 Conclusie

De wetgevingsgeschiedenis van artikel 7:628 BW is in dit hoofdstuk uitgebreid behandeld. Het oude artikel 1638d BW werd in de literatuur als een vorm van crediteurenverzuim beschouwd. Middels het arrest Meijer/De Schelde is in 1972 een belangrijke ommekeer gekomen voor wat betreft de gedachte van crediteurenverzuim en de bijbehorende ruime overmachtsopvatting. De Hoge Raad heeft in dit arrest overwogen dat de werknemer ook dan zijn recht op loon behoudt, als het verrichten van de arbeid is verhinderd door omstandigheden die voor de werkgever in beginsel overmacht zouden opleveren, maar die toch voor zijn rekening dienen te komen doordat deze meer in zijn risicosfeer liggen dan in die van de werknemer. Vervolgens zijn er diverse voorstellen geweest met betrekking tot het wijzigen van artikel 1638d BW in artikel 7:628 BW, waarin de gecreëerde risicoverdeling beter tot uiting zou moeten komen. Uiteindelijk is op 26 november 1998 een gewijzigd voorstel van de wet gekomen waarin artikel 7:628 BW werd gevormd zoals we die nu kennen.

In artikel 7:628 BW zijn een aantal elementen onderscheiden waarvan de bereidheid, de overeengekomen arbeid en de risicoverdeling de belangrijkste vormen. De risicoverdeling komt in het artikel het beste tot uitdrukking in de volgende zinsnede: 'In redelijkheid voor rekening van de werkgever'. Na een korte beschrijving van deze elementen uit lid 1 zijn de overige leden van het artikel beschreven. Met name aan de afwijkingsmogelijkheid behorend bij lid 7 is uitgebreid aandacht besteed. Na het verstrijken van de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst, hetgeen staat beschreven in lid 5, is het slechts mogelijk om middels een CAO af te wijken ten nadele van de werknemer. Een dergelijke afwijkingsmogelijkheid wordt met name gebruikt in flexibele arbeidsrelaties, waaronder bij oproep- en uitzendkrachten. Uiteindelijk is het hoofdstuk afgesloten met een beschrijving van de bewijslastverdeling. Zo dient de werknemer zijn bereidheid duidelijk kenbaar te maken.

⁵⁰ C. Bosse, *Monografieën sociaal recht. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 164-165.

⁵¹ C. Bosse, *Monografieën sociaal recht. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 163-164.

Hoofdstuk 2: De rechtspraak omtrent de artikelen 7:627 en 7:628 BW

In het vorige hoofdstuk is uitgebreid ingegaan op artikel 7:628 BW. Dit artikel vormt samen met artikel 7:629 BW een uitzondering op de hoofdregel geformuleerd in 7:627 BW. Tegenwoordig wordt er in de literatuur ook wel vanuit gegaan dat de artikelen 7:627 en 7:628 BW samen een risicoregeling vormen.⁵² In het vorige hoofdstuk heeft de nadruk gelegen op artikel 7:628 BW, aangezien de tekst van dat artikel de meeste problemen heeft opgeleverd. Hoewel artikel 7:627 BW in de geschiedenis nooit veel afzonderlijke aandacht heeft gekregen zal het toch worden behandeld omdat het altijd sterk inhoudelijk met artikel 7:628 BW verbonden is geweest. Dit hoofdstuk zal van start gaan met een beschrijving van het artikel en een onderzoek naar de rechtspraak waarin het artikel is geconcretiseerd. Vervolgens zal uiteraard ook een onderzoek worden gedaan naar de rechtspraak omtrent artikel 7:628 BW. In het vorige hoofdstuk is bij de beschrijving van dit artikel al aangegeven dat de verschillende elementen uit artikel 7:628 BW aanleiding hebben gegeven tot een grote hoeveelheid gevarieerde rechterlijke uitspraken. Deze uitspraken dienen bij het onderzoek te worden betrokken aangezien deze de verdeling van de risicosfeer handen en voeten geeft.

2.1 Rechtspraak: Geen arbeid, geen loon

Artikel 7:627 BW sluit de verschuldigdheid van het loon uit voor de tijd gedurende welke de werknemer de arbeid niet heeft verricht. Evenals in het oude artikel 1638b BW, wordt begonnen met de regel dat geen loon verschuldigd is voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Hoewel deze regel reeds voortvloeit uit de algemene regels omtrent de wederkerige overeenkomsten, heeft de SER deze bepaling toch willen opnemen om misverstanden te voorkomen.⁵³ Zo hoeft de werkgever geen loon door te betalen indien de werknemer gebruik maakt van zijn recht op ouderschapsverlof.

Op de hoofdregel geen arbeid, geen loon, kent de wet globaal vier uitzonderingen:

- De overeengekomen arbeid is niet verricht door een oorzaak die redelijkerwijs voor rekening van de werkgever dient te komen
- De bedongen arbeid is niet verricht door ziekte, zwangerschap of bevalling
- De werknemer heeft recht op calamiteitenverlof volgens artikel 4:1 Wet arbeid en zorg
- De werknemer heeft een niet vastgelegde arbeidsomvang, dan wel een arbeidsomvang van minder dan 15 uur per week, en de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht zijn niet vastgelegd. Indien de werknemer in dat geval voor minder dan drie uur arbeid heeft verricht, geldt de aanspraak op loon voor een periode van drie uur volgens artikel 7:628a BW

In bovenstaande situaties heeft de werknemer dus recht op doorbetaling van zijn loon. Conform artikel 150 Rechtsvordering draagt degene die zich op de uitzondering beroept in principe de bewijslast.⁵⁴ In het vorige hoofdstuk is al kort ingegaan op de bewijslastverdeling behorend bij de eerste uitzondering.

Indien geen evenredig verband bestaat tussen de loonaanspraken en de niet verrichte arbeid, is artikel 7:627 BW niet van toepassing. Een eventuele looninhouding dient dus gerelateerd te

⁵² J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 177.

⁵³ G. J. J. van Voss, *Actualiteiten sociaal recht. De arbeidsovereenkomst als Titel 7.10 BW*, Deventer: Kluwer 1997, p. 36.

⁵⁴ C. Bosse, *Monografieën sociaal recht. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 161.

zijn aan de periode waarin niet wordt gewerkt.⁵⁵ Zo werd in een arrest van de Hoge Raad beslist dat de situatie waarbij het inhouden van een winstuitkering van een stakende werknemer, zonder enig verband met de duur van de staking, geen betrekking kan hebben op artikel 7:627 BW.⁵⁶ Daarnaast is men er het in zijn algemeenheid over eens dat het in artikel 7:627 BW gaat om periodiek naar tijdruimte vastgesteld geldloon. Hieronder vallen geen loonvormen die de werkgever verschuldigd is gedurende de gehele duur van de dienstbetrekking. Hierbij valt te denken aan het gebruik van een dienstwoning, auto van de zaak en de vergoeding van telefoonkosten. Behoudens andere afspraak zullen dergelijke looncomponenten ook verschuldigd zijn wanneer de werknemer niet heeft gewerkt.⁵⁷ Een voorbeeld van zo'n afspraak is dat de werkgever en werknemer in de arbeidsovereenkomst overeenkomen dat de auto van de zaak slechts gebruikt mag worden voor het verrichten van de bedongen arbeid.⁵⁸ Tot slot is het ook vermeldenswaardig dat het artikel niet van toepassing is op dagen waarop de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst niet hoeft te werken. Op deze dagen is immers geen arbeid bedongen.⁵⁹

Artikel 7:627 BW is in de rechtspraak al diverse malen aan bod gekomen. Zo is de werkgever krachtens artikel 7:627 BW niet verplicht om het loon door te betalen indien de werknemer te laat op het werk verschijnt, tenzij er een bepaling in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst staat die in dat geval wel een aanspraak op loon toekent.⁶⁰ Ook de situatie waarin de werknemer geen arbeid kan verrichten door het uitzitten van een gevangenisstraf valt onder het artikel.⁶¹ Een derde voorbeeld waarin de hoofdregel een rol kan spelen is indien de werknemer niet op het werk verschijnt wanneer hij in afwachting is van een beslissing op zijn verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur.⁶² Bij de toepassing van het artikel is het niet van belang of de werknemer het niet kunnen verrichten van de arbeid aan zichzelf heeft te wijten. Zo oordeelde de Hoge Raad dat lawaaidoofheid, hetgeen de werknemer belemmert tot het verrichten van arbeid, voor zijn rekening komt.⁶³

Onvoldoende presteren werknemer

De situatie die in de literatuur tot veel discussie heeft geleid is de toepassing van artikel 7:627 BW in het geval dat de werknemer niet naar behoren presteert. Deze discussie is ontstaan naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad. Het ging hier om de vraag of bijzondere vormen van collectieve acties onrechtmatig zijn. Met bijzondere vormen wordt hier bedoeld op collectieve acties naast de klassieke werkstaking. Onder deze acties vallen stiptheidsacties, langzaamacties en werkonderbrekingen van korte duur in verschillende delen van het bedrijf. Ook kan gedacht worden aan prikacties of estafettestakingen, waarbij verschillende werknemers telkens kort het werk neerleggen. Dergelijke collectieve acties zijn funest voor de bedrijfsvoering en zo goed als onmogelijk te ondervangen door de werkgever.

In het kader van deze acties heeft de Hoge Raad aangegeven dat het personeel, dat onvoldoende presteert door het voeren van deze collectieve acties, niet verzekerd is van

⁵⁵ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 89.

⁵⁶ HR 24 september 1999, JAR 1999/214.

⁵⁷ C. Assers, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, p. 71.

⁵⁸ Ktg. Harderwijk 9 september 1987, Prg. 1988, 2926.

⁵⁹ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 124.

⁶⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 1973, Prg. 1974, 899.

⁶¹ Ktg. Rotterdam 23 september 1991, Prg. 1991, 3554.

⁶² Rb. Middelburg 18 januari 2002, JAR 2002/41.

⁶³ HR 18 april 1986, NJ 1986, 763.

volledige loondoorbetaling over de betrokken periode. De werkgever wordt als het ware ontheven van zijn verplichting tot doorbetaling van het volledig loon over de betrokken periode, aangezien het personeel in deze periode de bedrijfsgang in aanzienlijke mate heeft ontwricht.⁶⁴ De vraag is nu of slecht werken door de werknemer gelijk dient te worden gesteld aan niet werken conform artikel 7:627 BW.

Onvoldoende presteren gelijkgesteld aan 7:627 BW?

Doordat de Hoge Raad in het arrest spreekt over bovenstaande beschreven collectieve acties, mag er volgens Van Slooten niet van worden uitgegaan dat de regel van toepassing is in andere gevallen dan die van de bijzondere collectieve acties. Hij ondersteunt zijn mening door te stellen dat de Hoge Raad in het arrest aangeeft dat de werkgever, zelfs tegenover de werknemers die wel voldoen aan hun arbeidsverplichting, van de volledige loondoorbetalingsverplichting is ontheven. Bovenstaande overweging geeft volgens hem ook aan dat de regel geformuleerd in het NS-arrest beperkt dient te blijven tot collectieve acties.⁶⁵

Van der Grinten stelt dat de enkele omstandigheid dat de werknemer onvoldoende presteert, niet meebrengt dat de werkgever niet hoeft te voldoen aan zijn loondoorbetalingsverplichting. Dit wordt volgens hem anders indien de werknemer opzettelijk in ernstige mate tekortschiet. In die gevallen dient volgens Van der Grinten het onvoldoende presteren gelijkgesteld te worden aan het niet verrichten van de bedongen arbeid.⁶⁶ Daarnaast wordt er in het arrest gesproken over gedeeltelijke loondoorbetaling, oftewel gedeeltelijke loonkorting. Nieuw aan het arrest is dus het gegeven dat loon gedeeltelijk wordt ingehouden wanneer onvoldoende wordt gepresteerd door de werknemers. Hierdoor zijn er ook tegenstanders van het onderbrengen van alternatieve collectieve acties onder artikel 7:627 BW. Zo betoogt Konijn dat een strikte interpretatie van artikel 7:627 BW meebrengt dat het artikel uitsluitend is geschreven voor situaties waarin geen arbeid wordt verricht. Onvoldoende presteren dient volgens Konijn dus gewoon te vallen onder het verrichten van arbeid.⁶⁷ Van Slooten daarentegen is de mening toegedaan dat artikel 7:627 BW ook gelezen kan worden als 'geen behoorlijke arbeid, minder loon'. In het volgende hoofdstuk zullen de verschillende standpunten uit de literatuur worden getoetst aan de rechtseconomische visie.

2.2 Rechtspraak: Geen arbeid, toch loon

Uit het voorgaande is gebleken dat door de wijziging van artikel 1638d BW in artikel 7:628 BW, meer aansluiting is gezocht bij de in de rechtspraak ontwikkelde risicoverdeling. Het valt hierbij op dat het artikel, behalve de zinsnede in de redelijkheid, geen inhoudelijk criterium meer geeft. Het wordt als het ware aan de rechter overgelaten om de risicoverdeling vorm te geven. Hierbij kan het een en ander afhangen van de omstandigheden van het geval.⁶⁸ Hieronder zal in navolging van hoofdstuk 1 op lidsgewijze manier de rechtspraak omtrent artikel 7:628 BW onderzocht worden.

2.2.1. De verschillende elementen van artikel 7:628 lid 1 BW

De elementen die de kern vormen van artikel 7:628 lid 1 BW zijn achtereenvolgens de bereidheid van de werknemer, de overeengekomen arbeid en de verhindering van het niet

⁶⁴ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

⁶⁵ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 318-319.

⁶⁶ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 89.

⁶⁷ Y. Konijn, 'NBW: eigenrichting in het arbeidsrecht?', *Sociaal Recht* 1991, p. 115.

⁶⁸ G. J. J. van Voss, *Actualiteiten sociaal recht. De arbeidsovereenkomst als Titel 7.10 BW*, Deventer: Kluwer 1997, p. 36-37.

verrichten van de arbeid. Met name in het laatste element komt de risicoverdeling omtrent de loondoorbetaling tot uitdrukking. Het hangt hierbij van de omstandigheden van het geval af of een oorzaak redelijkerwijs voor rekening komt van de werkgever of de werknemer.

2.2.1.1. De bereidheid van de werknemer

De bereidheid om de overeengekomen arbeid te verrichten speelt een rol bij de vraag of het verrichten van de arbeid in de risicosfeer van de werknemer dient te liggen of niet.⁶⁹ Eerder is al aangegeven dat de werknemer er verstandig aan doet om zijn bereidheid aan de werkgever kenbaar te maken. In een arrest van de Hoge Raad uit 1952 is immers bepaald dat de werknemer voor het slagen van de loonvordering bereid moet zijn geweest de arbeid te verrichten gedurende de tijd waarvoor hij de loonvordering instelt.⁷⁰ Hierbij is het mogelijk dat de bereidheid in beginsel niet aanwezig is maar later weer herleeft, waardoor de werknemer op dat moment weer recht op loon verkrijgt.⁷¹

Het niet bestaan van de bereidheid op een bepaald tijdstip impliceert niet altijd dat de werknemer hierdoor in het geheel geen aanspraak meer kan maken op loondoorbetaling.⁷² Ook wanneer een werknemer elders werkzaam is geweest, wil dat nog niet zeggen dat hij niet meer bereid was de bedongen arbeid te verrichten.⁷³ De werkgever dient hier dus bedacht op te zijn indien hij niet geconfronteerd wil worden met een loonvordering.

Een verstandige werknemer doet er goed aan om bij zijn nieuwe werkgever in de arbeidsovereenkomst te bedingen dat hij weer bij zijn oude werkgever aan de slag mag gaan indien hij wordt opgeroepen. Zo staat hij sterk bij het bewijzen van zijn bereidwilligheid om de arbeid te verrichten en beperkt hij het risico van het verliezen van zijn loonaanspraak.⁷⁴ In een recent arrest uit 2005 is het Hof te Amsterdam de werknemer tegemoet gekomen als het gaat om de duur van de bereidheid. In het arrest werd aangenomen dat de bereidheid niet alleen aanwezig was nadat deze uitdrukkelijk door de werknemer kenbaar was gemaakt, maar ook voor de daaraan tot de datum van het nietige ontslag voorafgaande periode. De werkgever vond in de bereidverklaring van de werknemer geen aanleiding hem te verzoeken zijn werk te hervatten. Hierdoor mocht er vervolgens van worden uitgegaan dat de werkgever ook van eerdere bereidverklaringen geen gebruik zou hebben gemaakt.⁷⁵

Hoewel de werknemer er verstandig aan doet om zijn bereidheid kenbaar te maken, vormt het niet in alle gevallen een noodzakelijke voorwaarde voor het behouden van zijn loonaanspraak. Het hangt af van de omstandigheden van het concrete geval of een werknemer zijn bereidheid kenbaar moet maken.⁷⁶ Zo is het met name van belang of de werkgever, zonder het uitdrukkelijk kenbaar maken van de bereidheid door de werknemer, toch heeft moeten begrijpen dat de werknemer bereid was de overeengekomen arbeid te verrichten.⁷⁷ Wanneer de werkgever een werknemer om de een of andere reden wegstuurt, kan in het algemeen het tonen van de bereidheid niet van de werknemer worden verlangd. Het is echter ook mogelijk dat sprake is van bijzondere omstandigheden die met zich meebrengen dat de werknemer toch

⁶⁹ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 25.

⁷⁰ HR 1 februari 1952, NJ 1953, 366.

⁷¹ HR 12 december 1952, NJ 1953, 603.

⁷² J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 135.

⁷³ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207.

⁷⁴ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 218-219.

⁷⁵ Hof Amsterdam 8 december 2005, JAR 2006/132.

⁷⁶ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 96.

⁷⁷ HR 9 november 1962, NJ 1962, 473.

blijk moet geven van zijn bereidheid tot het verrichten van arbeid. Een voorbeeld hiervan is een arrest uit 1988, waarbij het ging om een werkneemster die had verklaard dat zij bij het regelen van een oppas weer aan het werk zou gaan. Echter had ze nagelaten om aan de werkgever kenbaar te maken dat de oppas geregeld was.⁷⁸

Aan de andere kant geldt dat de werknemer niet continu zijn bereidheid kenbaar hoeft te maken. Dit dient hij wel te doen indien hij redelijkerwijs kan begrijpen dat de werkgever zijn standpunt heeft gewijzigd en weer een beroep op de werknemer wil doen.⁷⁹ Uiteindelijk is het ook vermeldenswaardig dat de werknemer geen voorwaarden mag verbinden aan zijn bereidheid.

Zo heeft de werknemer geen recht op loondoorbetaling indien hij werkhervatting afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de arbeidsomstandigheden worden aangepast.⁸⁰

In dit arrest uit 1995 ging het om een werknemer die na een periode van ongeschiktheid zijn werk weer kon hervatten. De Hoge Raad gaf hierbij wel aan dat goed werkgeverschap met zich mee kan brengen dat de werkgever zich inspant om mogelijkheden te zoeken om de arbeidsomstandigheden meer conform de wensen van de werknemer aan te passen.⁸¹

De Hoge Raad heeft ter bescherming van de werknemer een vermoeden van daadwerkelijke en voortdurende bereidheid ontwikkeld. Globaal heeft de werkgever twee mogelijkheden om aan zijn loondoorbetalingsverplichting te ontkomen. Zo kan hij de bereidheid en kenbaarheid bestrijden. Een andere mogelijkheid is om het vermoeden te ontcrachten.⁸² De Hoge Raad heeft echter aangegeven dat het ontbreken van de daadwerkelijke bereidheid slechts kan worden aangenomen wanneer de werkgever duidelijke aanwijzingen aan het licht kan brengen, waaruit blijkt dat de bereidheid van de werknemer ontbreekt. Van een dergelijke aanwijzing is volgens de Hoge Raad in ieder geval sprake indien de werknemer na een oproep van de werkgever niet op het werk verschijnt.^{83 84}

2.2.1.2. De overeengekomen arbeid

In tegenstelling tot artikel 1638d BW en de huidige artikelen 7:627 BW en 7:629 BW, gaat het in artikel 7:628 BW om de overeengekomen arbeid in plaats van om de bedongen arbeid. Echter lijkt het erop dat hiermee geen inhoudelijk verschil is beoogd door de wetgever.⁸⁵

In een arrest van de Hoge Raad uit 2001 was de vraag aan de orde wat dient te worden verstaan onder de overeengekomen arbeid beschreven in artikel 7:628 BW.⁸⁶ Het ging hier om een werknemer die op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een aantal afzonderlijke perioden werkzaamheden had verricht. Doordat de werknemer na de laatste arbeidsovereenkomst niet meer aan de slag kon, stelde hij een loonvordering in op basis van artikel 7:628 BW jo. artikel 7:668 BW. De werkgever weerde de vordering af met de stelling dat het laatste project als bedongen arbeid moest worden beschouwd en het project daarmee was beëindigd. De Hoge Raad verwierp de stelling van de werkgever, daar uit het stelsel van de wet en op basis van artikel 7:668 BW, de overeengekomen arbeid uit artikel 7:628 BW moet worden opgevat als de soort werkzaamheden waarvoor de werknemer zich had

⁷⁸ HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 56.

⁷⁹ HR 19 januari 2001, JAR 2001/26.

⁸⁰ HR 3 maart 1995, NJ 1995, 470.

⁸¹ Zie hiervoor o.a. de artikelen 7:611 en 7:658a BW.

⁸² HR 8 september 1984, NJ 1985, 245.

⁸³ HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611.

⁸⁴ C. Bosse, *Monografieën sociaal recht. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 165.

⁸⁵ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 25.

⁸⁶ HR 21 december 2001, JAR 2002/19, NJ 2002, 283.

verbonden in de voortgezette arbeidsovereenkomst.⁸⁷ Uit het een ander volgt verder dat wanneer de werkgever geen nieuw project heeft voor de werknemer, dit in beginsel in de risicosfeer van de werkgever behoort te liggen. Het voorgaand beschreven houdt in dat in het geval waarbij sprake is van een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd, waarvoor bij beëindiging voorafgaande opzegging is vereist, voor de interpretatie van de overeengekomen arbeid uit artikel 7:628 BW geen betekenis wordt toegekend aan het gegeven dat de arbeid voor bepaalde tijd is bedongen.⁸⁸

De gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer

In hoofdstuk 1 is al aangegeven dat de Hoge Raad in 1978 een eerste uitzondering heeft toegelaten op de gedachte dat de overeengekomen arbeid alleen de overeengekomen aard en omvang van de arbeid beslaat. De Hoge Raad overwoog dat een werknemer die deels arbeidsongeschikt is geraakt, maar wel bereid is arbeid te verrichten voor het gedeelte waartoe hij in staat is, recht heeft op een daarbij passend gedeelte van loon. Het aanbod van de werknemer om de bedongen arbeid in beperkter omvang te verrichten wordt als het ware gelijkgesteld met het aanbod de bedongen arbeid te verrichten.⁸⁹ Het hangt echter van de omstandigheden van het geval af, of van de werkgever gevergd kan worden dat hij van het aanbod van de werknemer gebruik maakt. Hierbij spelen de inhoud van het aanbod van de werknemer, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf van de werkgever een belangrijke rol.⁹⁰ De verplichting van de werkgever omtrent het tewerkstellen van de deels arbeidsongeschikte werknemer is ook geregeld in artikel 7:658a BW. Zo zegt lid 2 van dit artikel dat de werkgever maatregelen en aanwijzingen moet geven om de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten.

In 1985 wordt de ingezette lijn van de Hoge Raad verduidelijkt en tevens doorgetrokken. De Hoge Raad overwoog dat ook de werknemer die zich bereid verklaart in het kader van een volledige dagtaak⁹¹ een deel te verrichten van de werkzaamheden die behoren tot zijn functie, aanbiedt de bedongen arbeid te verrichten voor het gedeelte waartoe hij in staat is. Hieraan voegde de Hoge Raad toe dat van een dergelijke bereidverklaring ook sprake is, indien een aanvaarding daarvan door de werkgever een aanpassing en wijziging van de in zijn onderneming bestaande arbeidsverdeling tot gevolg heeft.⁹² Ook hierbij staat de vraag centraal of een dergelijke aanpassing wel van de werkgever kan worden gevergd.

Uit voorgaande twee arresten blijkt dat zowel een aanbod van de werknemer om de bedongen arbeid in beperkter omvang te verrichten als een aanbod om een deel van de overeengekomen functie te verrichten, onder het element overeengekomen arbeid dient te worden geschaard. Het goed werkgeverschap brengt als het ware met zich mee dat de werkgever de zieke werknemer in staat moet stellen andere arbeid ter beschikking te geven die voor de krachten van de werknemer berekend zijn. Deze verplichting geldt zoals eerder aangegeven niet voor

⁸⁷ Artikel 7:668a BW regelt dat werknemers na drie tijdelijke overeenkomsten of na een dienstverband langer dan 3 jaar automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen. Het artikel is bedoeld om werknemers te beschermen tegen de onzekerheid van veel tijdelijke contracten.

⁸⁸ F. J. L. Pennings & J.G.F.M. Hoffmans, *Arbeidsrecht. Wet en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2010, p. 38.

⁸⁹ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248.

⁹⁰ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 136-137.

⁹¹ Met een volledige dagtaak wordt bedoeld op de in de onderneming gebruikelijke arbeidstijd en het aldaar normale arbeidstempo.

⁹² HR 8 november 1985, NJ 1986, 309.

zover op grond van de door de werkgever te stellen en zonedig te bewijzen omstandigheden een dergelijke verplichting redelijkerwijs niet van hem kan worden gevraagd.⁹³

De Hoge Raad heeft eind 1991 de arresten uit 1978 en 1985 verder aangescherpt. Zo dienen volgens de Hoge Raad geen verschillende beoordelingsmaatstaven te worden gehanteerd met betrekking tot de vraag of het gaat om het verrichten van een deel van de bedongen arbeid dan wel een andere vorm van passende arbeid. Daarnaast geeft de Hoge Raad aan dat een mogelijke aanspraak van de werkgever op wettelijke subsidie- of re-integratievoorzieningen mee kunnen spelen bij de vraag of van de werkgever kan worden gevegd dat hij aanpassingen aanbrengt in zijn onderneming. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat het mede van belang is of de arbeidsongeschiktheid binnen of buiten de werksfeer is ontstaan. In het eerste geval kan volgens de Hoge Raad meer van de werkgever worden gevegd.⁹⁴ In 2001 was sprake van een situatie waarbij volgens de Hoge Raad in ieder geval niet van de werkgever kon worden gevegd om passend werk voor de werknemer te zoeken. De werknemer had weliswaar aangeboden de bedongen arbeid te verrichten, maar hij was hiertoe niet in staat. Een tijdig en passend aanbod tot het verrichten van andere arbeid had hij daarnaast ook niet gedaan.⁹⁵

Aan de andere kant dient de werkgever volgens een uitspraak van de Hoge Raad uit 2003 ervoor te zorgen dat, in reactie op het aanbod van de werknemer om passend werk te verrichten, de werknemer zo spoedig mogelijk weet waar hij aan toe is. De werkgever dient naast deze informatieplicht tevens te onderzoeken of er andere passende arbeid voorhanden is. Zolang de werkgever verzuimt om op het aanbod in te gaan, mag ervan worden uitgegaan dat de werkgever geen goede gronden heeft om niet op het aanbod in te gaan. Dit geldt zelfs indien later blijkt dat het toch niet mogelijk zou zijn geweest de werknemer de door hem aangeboden passende arbeid aan te bieden.⁹⁶ Indien de werkgever dus zonder deugdelijke grond zijn werknemer niet in staat stelt andere passende werkzaamheden te verrichten, loopt hij het risico het loon door te moeten betalen krachtens 7:628 BW. Dit dient hij dan te doen vanaf het tijdstip waarvan de deugdelijke gronden ontbreken voor de niet tewerkstelling. De hoogte van het loon zal in die situatie dan gelijk zijn aan het loon dat passend is voor de door de werknemer aangeboden arbeid.⁹⁷

2.2.1.3. De vermindering van het niet verrichten van de arbeid

Zoals eerder aangegeven komt in bovenstaande zinsnede de risicoverdeling het best tot uitdrukking. Over een aantal risico's bestaat van begin af aan overeenstemming over het feit dat die risico's voor rekening van de werkgever dienen te komen.⁹⁸ Zo zullen oorzaken die de werkgever kunnen worden toegerekend wegens verwijtbaar handelen of nalaten voor zijn rekening komen. Indien de werkgever bijvoorbeeld de arbeidsomstandigheden niet in acht neemt, met als gevolg dat de werknemer zijn arbeid niet meer kan verrichten, dient de werkgever het loon door te betalen. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is indien de werkgever zijn vrachtwagenchauffeur ertoe aanzet om de arbeids-, rij- en rusttijden te overtreden, waardoor de chauffeur wegens het verliezen van zijn rijbewijs de bedongen arbeid niet meer kan uitoefenen.⁹⁹ Risico's die weliswaar minder verwijtbaar zijn, maar waarvan in

⁹³ HR 4 januari 1991, NJ 1991, 270.

⁹⁴ HR 13 december 1991, NJ 1992, 441.

⁹⁵ HR 9 februari 2001, JAR 2001/41.

⁹⁶ HR 17 januari 2003, JAR 2003/41.

⁹⁷ HR 18 maart 2005, JAR 2005/99.

⁹⁸ M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25.

⁹⁹ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 126.

het algemeen overeenstemming bestaat dat ze meer in de risicosfeer van de werkgever liggen, vormen de normale bedrijfsrisico's. Hierbij kan gedacht worden aan een bedrijfssluiting wegens een verbouwing die van tevoren gepland was¹⁰⁰, ziekte of overlijden van de werkgever waardoor het werk wegvalt¹⁰¹ alsook wisselingen in bedrijvigheid wegens concurrentie en seizoenspatronen.¹⁰² Andere oorzaken die in het algemeen voor rekening van de werkgever dienen te komen zijn het gebrek aan orders of stagnatie in de aanvoer van producten¹⁰³, overheidsverboden die te wijten zijn aan de werkgever¹⁰⁴ en calamiteiten waartegen de werkgever zich had behoren te verzekeren.¹⁰⁵

Naast bovengenoemde gevallen zijn er echter ook situaties waarvan wordt gezegd dat het te ver gaat om die onder het normale bedrijfsrisico te laten vallen. Zo is het discutabel of de verhindering van de werknemer wegens brand voorzienbaar was of dat het meer als een vorm van overmacht behoort te worden gezien. Hierbij zijn vaak verschillende omstandigheden van belang, waaronder de vraag of de werkgever zich voldoende tegen brand heeft verzekerd.¹⁰⁶ Andere risico's die niet onder het normale bedrijfsrisico vallen zijn oorlogstoestanden, rampen¹⁰⁷, dierziekten en het beperken van het aantal nachtdiensten door de invoering van de Arbeidstijdenwet.¹⁰⁸ Deze risico's worden ook wel gezien als exceptionele risico's.¹⁰⁹

Artikel 7:628 BW wordt in de dagelijkse rechtspraak veel benut als het gaat om opzeggingen in strijd met artikel 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen. Niet werken na een ongeldig gegeven ontslag komt voor rekening van de werkgever.¹¹⁰ Daarnaast vormt het ook de grondslag voor vele andere loonaanspraken. De volgende vooralsnog onbehandelde situaties uit de rechtspraak, waarbij de risicoverdeling omtrent de verplichting tot loondoorbetaling discutabel is, komen nog aan bod:

- Schorsingen
- Weigeren werknemer wegens vermeende arbeidsongeschiktheid
- Stakingen
- Situatieve arbeidsongeschiktheid¹¹¹

Schorsingen

De Hoge Raad heeft ten aanzien van het schorsen of op non-actief stellen van een werknemer bepaald dat een dergelijke omstandigheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.¹¹² Het niet verrichten van arbeid door de werknemer is in dergelijke situaties immers terug te voeren op een beslissing van de werkgever.¹¹³ Indien de uitspraak nader wordt bestudeerd valt op dat de Hoge Raad ook afstand neemt van het oordeel van de rechtbank, hetgeen inhoudt dat de werkgever geen loon door hoeft te betalen indien de schorsing te wijten is aan de werknemer. Centraal in de overwegingen van de Hoge Raad staat dat de

¹⁰⁰ Ktg. Haarlem 23 september 1997, JAR 1997, 20.

¹⁰¹ HR 23 januari 1925, NJ 1925, 381.

¹⁰² M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25-26.

¹⁰³ HR 21 december 2001, NJ 2002, 283

¹⁰⁴ HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492.

¹⁰⁵ HR 23 januari 1925, NJ 1925, 381.

¹⁰⁶ A. T. J. M. Jacobs e.a., *Monografieën sociaal recht. De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009, p. 32.

¹⁰⁷ Denk hierbij aan de oorlogen in Irak, overstromingen en terroristische aanslagen.

¹⁰⁸ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 127.

¹⁰⁹ P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 36.

¹¹⁰ H. L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 89.

¹¹¹ A. T. J. M. Jacobs e.a., *Monografieën sociaal recht. De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33.

¹¹² HR 21 maart 2003, JAR 2003/91.

¹¹³ M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 28.

werkgever zich tijdens het bestaan van de arbeidsovereenkomst niet mag onttrekken aan de verplichting tot betaling van loon, ook niet wanneer het gedrag van de werknemer een gegronde reden voor de schorsing geeft.¹¹⁴ De Hoge Raad geeft hierbij aan dat anders het gevaar bestaat dat de werkgever zich eenzijdig aan de verplichting tot loondoorbetaling kan onttrekken. De werkgever zou immers dan de mogelijkheid worden geboden om hetzelfde effect te bereiken als ontslag op staande voet, namelijk de werknemer onbeperkt schorsen met inhouding van loon. Een schorsing met inhouding van loon zal derhalve alleen mogelijk zijn middels lid 5 en 7 van artikel 7:628 BW.¹¹⁵ Hetzelfde principe is van toepassing indien de werkgever zijn werknemer op non-actief stelt op het moment dat de werknemer nog geen kennis heeft kunnen nemen van het deskundigenoordeel van het UWV, welke inhoudt dat hij arbeidsgeschikt is. Vanaf het moment op non-actiefstelling heeft de werknemer dan recht op loon. Dat de werknemer, voor de non-actiefstelling, niet bereid was aangepaste werkzaamheden te verrichten doet daar niet aan af.¹¹⁶

Een schorsing of non-actiefstelling door de werkgever leidt niet in alle situaties direct tot loondoorbetaling. Zo werd in 2005 een werknemer op non-actief gesteld wegens de onthouding van een vereiste verklaring voor het verrichten van arbeid. De werknemer was betrokken geweest bij een vechtpartij, hetgeen voldoende grond vormde om de vereiste verklaring van betrouwbaarheid niet te verlenen.¹¹⁷ Hoewel de werknemer loondoorbetaling vorderde, was de kantonrechter in Delft van mening dat het arrest van de Hoge Raad uit 21 maart 2003 niet van toepassing was. De werknemer kan immers niet werken als gevolg van een wettelijke belemmering die is ontstaan door het handelen van de werknemer. De oorzaak van het niet werken door de werknemer moet in deze situatie dus niet worden gezocht in de non-actiefstelling.¹¹⁸ Deze beschreven situatie vormt echter een uitzondering op de regel, daar de werkgever bij zowel onterecht als terecht gegeven schorsingen verplicht is het loon door te betalen. De werkgever doet er daarom goed aan om gebruik te maken van de afwijkingsmogelijkheden beschreven in lid 5 en 7 van artikel 7:628 BW.

Weigeren werknemer wegens vermeende arbeidsongeschiktheid

Een andere situatie waarin artikel 7:628 lid 1 een rol speelt is wanneer de werkgever afgaat op het oordeel van het UWV welke inhoudt dat de werknemer arbeidsongeschikt is, terwijl het gevaar bestaat dat het oordeel achteraf onjuist blijkt te zijn. De vraag is of het risico voor rekening van de werkgever behoort te komen indien achteraf blijkt dat het oordeel omtrent de ongeschiktheid onjuist is. De Hoge Raad heeft hierover duidelijkheid verschaft op 23 juni 2000. De Hoge Raad oordeelde dat wanneer de werknemer zichzelf niet ongeschikt acht om arbeid te verrichten en zich bereid verklaard, recht heeft op loondoorbetaling indien achteraf blijkt dat de werknemer inderdaad niet ongeschikt voor het werk zou zijn geweest. De Hoge Raad geeft daarnaast aan dat het niet relevant is of het loon op de uitvoeringsinstelling kan worden verhaald.¹¹⁹ Daarnaast is in een later arrest bepaald dat de werknemer zijn beweerde arbeidsgeschiktheid niet met medische gegevens hoeft te onderbouwen. Het risico van de onjuistheid van een gegeven oordeel komt dus ook voor de werkgever indien de werknemer

¹¹⁴ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 133.

¹¹⁵ C. Assers, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, p. 125.

¹¹⁶ Rb. Dordrecht 24 september 2003, JAR 2003/247.

¹¹⁷ Werknemer werkte als alarminstalleateur waarvoor een verklaring van betrouwbaarheid vereist is conform de Wet Particuliere Beveiligingsorganisaties.

¹¹⁸ Ktg. Delft 15 december 2005, RAR 2006, 33.

¹¹⁹ HR 23 juni 2000, JAR 2000/163.

zijn visie op zijn geschiktheid niet medisch heeft beargumenteerd.¹²⁰ Evenals de schorsing of non-actiefstelling is er in deze situatie ook sprake van een beslissing van de werkgever met betrekking tot het niet werken van de werknemer.¹²¹ De kantonrechter oordeelde in 2006 dat het UWV aansprakelijk is jegens de werkgever voor een achteraf onjuist gegeven oordeel betreffende de geschiktheid van de werknemer om de overeengekomen arbeid te verrichten.¹²²

Stakingen

Een volgende situatie waarbij de risicoverdeling uit artikel 7:628 BW van belang is, is bij de klassieke werkstaking. Eerder is al aangegeven dat de Hoge Raad ten aanzien van bijzondere vormen van collectieve acties, naast de klassieke werkstaking, het artikel geen arbeid, geen loon hanteert.¹²³ In beginsel geldt dit principe ook voor de klassieke werkstaking.¹²⁴

In het eerste Schelde-arrest werd ten aanzien van werkwilligen aangegeven dat deze werknemers recht hebben op loondoorbetaling. In het arrest was sprake van een wilde staking van een klein aantal werknemers, waarbij werknemers die bereid waren arbeid te verrichten werden tegengehouden voor de hoofdpoot van het bedrijf.¹²⁵ De Hoge Raad heeft vier jaar later een verfijning aangebracht in de leer inzake de werkstaking.¹²⁶ Een gewone werkstaking wordt geacht meer in de risicosfeer van de werknemer te liggen en een wilde staking meer in de risicosfeer van de werkgever. De eerstgenoemde staking wordt in georganiseerd verband uitgevoerd en heeft als doel om arbeidsvoorwaardelijke eisen door te drukken. Bij een wilde staking daarentegen kan gedacht worden aan ongeorganiseerde protestacties met een meer incidenteel karakter.¹²⁷ De werknemer dient bij de wilde staking wel te bewijzen dat hij zowel een werkwillige als een buitenstaander is ten opzichte van de groep stakers, indien hij zijn recht op loondoorbetaling veilig wil stellen.¹²⁸

Twee jaar na de gemaakte tweedeling heeft de Hoge Raad wederom getracht de risicoverdeling omtrent de werkstaking verder af te bakenen.¹²⁹ Zo is aangegeven dat het mogelijk is om via de arbeidsovereenkomst een andere risicoverdeling af te spreken in het kader van werkstakingen. Bovendien is het volgens de Hoge Raad van belang of de werkgever de betrokken werknemer op een andere plek kan plaatsen, dan bij de onderneming waar de werkstaking is uitgebroken. Door dit arrest wordt de mogelijkheid geboden voor werkwillige werknemers om bij een georganiseerde werkstaking loondoorbetaling te vorderen wanneer ze kunnen betogen dat hun werkgever hen elders had kunnen plaatsen.¹³⁰

Situatieve arbeidsongeschiktheid

Tot slot is het voor de werknemer in het kader van situatieve arbeidsongeschiktheid mogelijk loondoorbetaling te vorderen. Situatieve arbeidsongeschiktheid valt niet als ziekte aan te merken conform artikel 7:629 BW, maar kan derhalve wel een aanspraak op loon geven volgens 7:628 BW.¹³¹ Het gaat hier om ziekmakende omstandigheden die in de risicosfeer van de werkgever liggen en waarbij hervatting van de werkzaamheden hoogstwaarschijnlijk

¹²⁰ HR 6 april 2001, JAR 2001/80.

¹²¹ M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 28.

¹²² Ktg. Zaandam 2 maart 2006, JAR 2006/112.

¹²³ Oftewel: minder arbeid, minder loon.

¹²⁴ P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 36.

¹²⁵ HR 10 november 1972, NJ 1973, 60.

¹²⁶ HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55.

¹²⁷ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 268-269.

¹²⁸ P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008, p. 37.

¹²⁹ HR 17 november 1978, NJ 1979, 184.

¹³⁰ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 273.

¹³¹ A. T. J. M. Jacobs e.a., *Monografieën sociaal recht. De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33.

zal leiden tot schade aan de gezondheid van de werknemer. Een voorbeeld hiervan is een gerezen arbeidsconflict tussen de werkgever en werknemer, waarbij van de laatste niet meer kan worden gevergd om arbeid te verrichten.¹³² De Hoge Raad heeft vrij recent een uitspraak gedaan omtrent deze vorm van arbeidsongeschiktheid. Volgens de Hoge Raad dient de werknemer feiten en omstandigheden aan te voeren die tot het oordeel kunnen leiden, dat met het oog op psychische of lichamelijke klachten, van hem niet kan worden gevergd om zijn werkzaamheden te verrichten.

Hierbij geldt het voorbehoud dat de werknemer wel zijn medewerking dient te verlenen aan het wegnemen van de oorzaak van de ongeschiktheid.¹³³ In een dergelijke situatie behoudt de werknemer dus zijn recht op loon en is niet het gevaar aanwezig dat hij wordt ontslagen. Echter zal niet altijd arbeidsongeschiktheid na bijvoorbeeld een arbeidsconflict voor rekening van de werkgever komen. Zo zal de werknemer het een en ander aannemelijk moeten maken en moet hij bovendien meewerken aan de oplossing van het probleem.

De uitspraak van de Hoge Raad werd enkele maanden later door de kantonrechter in Hoorn bij zijn vonnis in ogenschouw genomen. Het ging hier om een mishandeling van de echtgenoot van de werkneemster door een collega. De werkneemster was er volgens de kantonrechter niet in geslaagd om voldoende aannemelijk te maken dat de ontstane onwerkbaar situatie het gevolg was van een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever moest komen. Daarnaast was het volgens de kantonrechter ook niet onmogelijk voor de werkneemster om het werk weer op te pakken.¹³⁴

2.2.2. De rechtspraak omtrent de overige leden van artikel 7:628 BW

In het vorige hoofdstuk is lidsgevijs ingegaan op artikel 7:628 BW. Hoewel de risicoverdeling van de loondoorbetalingsverplichting met name tot uitdrukking komt in lid 1 van artikel 7:628 BW, is het van belang om de rechtspraak omtrent de overige leden van het artikel ook in kaart te brengen. Vooral de afwijkingmogelijkheden beschreven in lid 5 en 7 vormen een belangrijk onderdeel van de risicoverdeling, aangezien de werkgever met behulp van deze leden de risicoverdeling op een voor hem gunstiger manier kan indelen.

Zoals eerder beschreven worden in het tweede lid van artikel 7:628 BW geldelijke uitkeringen verminderd met het loon uit lid 1 en lid 3. Een voorbeeld van zo'n uitkering is de WW-uitkering die in mindering mag worden gebracht op het te betalen loon.¹³⁵

Een andere mogelijkheid is dat op basis van een CAO-fonds uitkeringen worden gedaan die conform lid 2 op het loon mogen worden ingehouden. Een voorbeeld hiervan is de uitkering in de bouwnijverheid bij vorstverlet. Het Garantiefonds Loondoorbetaling bij Vorst verstrekt aan de werknemer een loondervingsuitkering. Vervolgens verwerft het fonds het zelfstandig recht om het aan de werknemer verstrekte bedrag van de werkgever in te vorderen.

De bepaling omtrent de loondoorbetaling bij vorst geeft aan dat de werkgever in beginsel gehouden is tot loondoorbetaling bij vorst. Pas op het moment dat de werkgever zijn verplichtingen omtrent de loondoorbetaling niet nakomt neemt het fonds deze over.¹³⁶

¹³² J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 142.

¹³³ HR 27 juni 2008, JAR 2008/188.

¹³⁴ Ktg. Hoorn 8 september 2008, RAR 2009, 4.

¹³⁵ F. B. J. Grapperhaus & M. Jansen, *Monografieën sociaal recht. De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999, p. 71.

¹³⁶ Technisch bureau bouwnijverheid, *Collectieve arbeidsovereenkomst voor de Bouwnijverheid*, Harderwijk: CAO Bouw 2001, p. 27-28.

Geldelijke uitkeringen worden dus ook verminderd met loonvormen die vallen onder lid 3. Bij lid 3 gaat het om loon dat afhankelijk is van de uitkomsten van de te verrichten arbeid dat niet naar tijdruimte is vastgesteld. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan doorbetaling van een overwerkvergoeding van de werknemer¹³⁷ en vrije kost en inwoning.¹³⁸ Het loon dat afhankelijk is van andere zaken, zoals de winst van de werkgever, valt niet onder lid 3.¹³⁹

Vervolgens wordt in lid 4 het loon, zowel het loon waar de werknemer recht op heeft krachtens lid 1 als het loon krachtens lid 3, verminderd met de bespaarde onkosten. Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat de bepaling met name ongerechtvaardigde verrijking probeert tegen te gaan in het geval dat de werknemer geen arbeid hoeft te verrichten.¹⁴⁰ Echter heeft de Hoge Raad in 1979 beslist dat het loon niet wordt verminderd met inkomsten die de werknemer in relatie tot een andere dienstbetrekking heeft verkregen.¹⁴¹ De vraag is echter of deze uitspraak geen ongerechtvaardigde verrijking met zich meebrengt, indien de werknemer tijdens het niet verrichten van de arbeid andere werkzaamheden verricht. De werknemer krijgt dan inkomsten uit twee dienstbetrekkingen waardoor hij er financieel op vooruit gaat. Het is echter moeilijk om vast te stellen of de andere werkzaamheden naast of in plaats van de weggevallen arbeid komen, daar veel mensen deeltijdwerk verrichten.¹⁴²

De leden 5, 6 en 7 van artikel 7:628 BW laten slechts in beperkte mate een afwijking toe van de leden 1 tot en met 4. Gebleken is dat omtrent deze afwijkingsmogelijkheden een lange voorgeschiedenis bestaat. Naast de grenzen aan de afwijkingsmogelijkheden die zijn geformuleerd in de leden zelf, zijn hieraan ook grenzen via rechterlijke uitspraken tot stand gekomen. Zo is in 1959 bepaald dat uitsluiting van artikel 7:628 BW na een nietig gegeven ontslag verboden is.¹⁴³ Een ander voorbeeld is de uitspraak dat de werkgever op een uitsluiting van artikel 7:628 BW, welke staat beschreven in de CAO, niet geldig is wanneer de werknemer hierdoor geen beroep meer kan doen op de sociale zekerheidswetten.¹⁴⁴ Naast deze algemene uitsluitingen worden middels CAO, afwijkingen overeengekomen die betrekking hebben op bepaalde situaties. Hierbij kan met name gedacht worden aan onwerkbaar weer, schorsingen zonder behoud van loon en afwijkingen ten aanzien van oproepkrachten. Ook in de individuele arbeidsovereenkomst wordt vaak gebruik gemaakt van afwijkingen met betrekking tot verschillende oproepverhoudingen. Een veelvoorkomende grond die door oproepkrachten wordt gebruikt vormt de redelijkheid en billijkheid, of het goed werkgeverschap, om een afwijking ongeldig te maken.^{145 146}

2.3 Conclusie

Bij het beschrijven van de rechtspraak omtrent het artikel geen arbeid, geen loon, is duidelijk geworden dat het artikel gerelateerd is aan de periode waarin niet wordt gewerkt. Het artikel komt daarbij in beeld bij bijzondere vormen van collectieve acties. Door middel van deze collectieve acties wordt er door de werknemers onvoldoende gepresteerd, waardoor de werkgever gerechtigd is loondoorbetaling gedeeltelijk of geheel te weigeren.

¹³⁷ Ktg. Sittard 5 september 2001, JAR 2001/209.

¹³⁸ HR 20 oktober 1978, NJ 1979, 80.

¹³⁹ HR 31 oktober 1941, NJ 1942, 198.

¹⁴⁰ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 233-234.

¹⁴¹ HR 5 januari 1979, NJ 1980, 289.

¹⁴² J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 235.

¹⁴³ HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588.

¹⁴⁴ Ktg. Eindhoven 8 maart 1990, NJ 1992, 145.

¹⁴⁵ Ktg. Zwolle 21 juli 1992, JAR 1992/60; Ktg. Utrecht 1 april 1993, JAR 1993, 108.

¹⁴⁶ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 236-240.

Daarnaast is gebleken dat omtrent artikel 7:628 BW zeer gevarieerde rechtspraak voorhanden is. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval dient de werknemer zijn bereidheid aan de werkgever kenbaar te maken. Wat betreft het element overeengekomen arbeid is van belang dat het hier gaat om de soort werkzaamheden waarvoor de werknemer zich heeft verbonden. In 1978 heeft de Hoge Raad overwogen dat een deels arbeidsongeschikte werknemer die arbeid verricht in beperkter omvang, recht heeft op een passend gedeelte van het loon. Deze ingezette lijn is in 1985 en 1991 doorgetrokken. Uiteindelijk is ruim aandacht besteed aan de zinsnede waarin de risicoverdeling het best tot uiting komt, namelijk de verhindering van het niet verrichten van de arbeid. Discutabele situaties die in verband staan met de risicoverdeling zijn achtereenvolgens schorsingen, vermeende arbeidsongeschiktheid, stakingen en situatieve arbeidsongeschiktheid. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2000 dat een onjuist afgegeven oordeel van het UWV over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer voor rekening van de werkgever behoorde te komen. In het kader van situatieve arbeidsongeschiktheid wordt daarentegen niet zo snel de verplichting tot loondoorbetaling aangenomen, daar de werknemer het een en ander aannemelijk moet maken en bovendien dient mee te werken aan de oplossing van het conflict.

Hoofdstuk 3: Rechtseconomische analyse van de loondoorbetalingsverplichting

De rechtseconomische benadering zal in dit hoofdstuk worden toegepast op de verplichting van de werkgever tot loondoorbetaling. In de vorige twee hoofdstukken is in kaart gebracht op welke wijze de verdeling van de risicosfeer tussen de werkgever en werknemer uit de artikelen 7:627 en 7:628 BW zich heeft ontwikkeld. Hierbij is ook aandacht besteed aan verschillende situaties waarbij de loondoorbetalingsverplichting omstreden is.

Het toepassen van de rechtseconomie op de in kaart gebrachte risicoverdeling kan nieuwe inzichten met zich meebrengen. Hierna volgt eerst een beschrijving van de rechtseconomie, waarna deze benadering vervolgens zal worden toegepast op verschillende situaties waarbij de risicoverdeling onderwerp van discussie is.

3.1 Een economische analyse van het recht

De rechtseconomie bestaat uit twee wetenschappelijke disciplines die samen worden gebundeld, namelijk het recht en de economie. De benadering maakt een economische analyse van bestaande rechtsregels mogelijk, met als doel om de juridisch geldende regels te beoordelen op hun wenselijkheid. Het kan tevens aangeven hoe het recht dient te worden ingericht om het gedrag van individuen beter te sturen naar meer wenselijke resultaten. De benadering kan dus gebruikt worden om zowel bestaande als alternatieve rechtsregels te beoordelen op wenselijkheid.

De toegevoegde waarde van de rechtseconomie bestaat aldus uit de volgende elementen:

- Het inzichtelijk maken van de invloed van rechtsregels op het gedrag van partijen.
- Evalueren of deze rechtsregels leiden tot gewenste economische effecten.
- Het formuleren van eventuele alternatieve oplossingen.
- De effecten van de rechtsregels op de financiële positie van partijen in kaart brengen.¹⁴⁷

De invloed van de rechtsregels op het menselijk gedrag behoort op een globale manier te worden geanalyseerd omdat mensen nu eenmaal niet altijd dezelfde rechtskeuzes maken. Vanuit rechtseconomisch perspectief dienen rechtsregels tot stand te komen die in een bepaalde situatie leiden tot een maximaal resultaat voor de betrokken partijen. Onder een maximaal resultaat wordt verstaan dat zoveel mogelijk baten worden gerealiseerd door de betrokken partijen tegen zo laag mogelijke kosten.¹⁴⁸ Hierbij dienen de begrippen kosten en baten ruim te worden opgevat, daar ze niet alleen in geld uit te drukken zijn. Denk bijvoorbeeld aan de immateriële schade die een werknemer lijdt doordat hij wordt ontslagen en de moeite die hij heeft bij het vinden van een nieuwe werkgever. Afhankelijk van de situatie kunnen de kosten van de werknemer in verhouding groter zijn dan de baten die de werkgever door het ontslag verkrijgt. Vanuit rechtseconomisch perspectief is het voorgaande ongunstig, daar de rechtseconomie tot doel heeft om een zo groot mogelijk resultaat voor beiden betrokken partijen te genereren in een bepaalde situatie.¹⁴⁹

Kritiek op de rechtseconomie

De rechtseconomie is geleidelijk van de Verenigde Staten naar Europa gekomen. Aanvankelijk werd de komst van de rechtseconomische benadering naar Europa sceptisch

¹⁴⁷ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 1.

¹⁴⁸ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 7-8.

¹⁴⁹ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 12-13.

bekeken. Dit komt met name doordat de rechtseconomie ook alternatieve rechtsregels tracht te formuleren die leiden tot betere resultaten in het rechtsverkeer.¹⁵⁰ Bij deze ‘normatieve’ analyse van het recht wordt een bepaalde rechtsregel gecreëerd die in een situatie het meest wenselijk wordt geacht vanuit het perspectief van efficiëntie. De geformuleerde rechtsregel dient dan zoveel mogelijk baten te genereren voor de betrokken partijen. De ‘positieve’ analyse van de rechtseconomie wordt minder kritisch bekeken doordat het bestaande rechtsregels analyseert.¹⁵¹

De kritische blik op de rechtseconomie kan met name worden verklaard door het verschil in de manier waarop naar het recht wordt gekeken. Vanuit puur juridisch perspectief dient het recht te worden gezien als een instrument om gerezen conflicten tussen de betrokken partijen op te lossen. Op deze manier wordt er ex post (achteraf) gekeken en blijft de vraag achterwege hoe het recht doorwerkt op het gedrag van mensen. In de rechtseconomie wordt daarentegen ex ante (vooraf) het effect van een bepaalde rechtsregel onder de loep genomen. Bij het in kaart brengen van het effect van een rechtsregel wordt gekeken naar de keuze die een mens maakt in een bepaalde situatie.¹⁵²

Hoewel in beginsel de rechtseconomische benadering aan kritiek onderhevig was, met name waar het ging om de ‘normatieve’ analyse, heeft de rechtseconomie inmiddels belangrijke bijdragen op verschillende rechtsgebieden geleverd. Denk hierbij aan het overeenkomstenrecht, aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht. Hierdoor is het zeer waarschijnlijk dat de rechtseconomie ook van toegevoegde waarde kan zijn op het gebied van de verplichting tot loondoorbetaling.¹⁵³

Het Pareto en Kaldor-Hicks criterium

De rechtseconomie heeft als doel om in zoveel mogelijk situaties ‘Pareto’ verbeteringen te realiseren. Er is sprake van een Pareto verbetering wanneer een rechtsregel tot gevolg heeft dat de betrokken partijen beiden erop vooruitgaan. Het voordeel van een dergelijke verbetering is dat er geen verliezers zijn. Nadeel van het criterium is dat het in veel situaties onmogelijk is om een dergelijke verbetering te realiseren. In tegenstelling tot de Pareto verbetering, biedt het ‘Kaldor-Hicks’ criterium meer ruimte voor verandering. Het criterium geeft de verhouding aan tussen de totale baten van rechtsregels en de daarmee gepaard gaande kosten ervan. Wanneer door een rechtsregel in verhouding meer baten worden gerealiseerd door de betrokken partijen, is sprake van een Kaldor-Hicks verbetering. Nadeel van het criterium is dat er sprake is van verliezers die met de kosten blijven zitten.¹⁵⁴

3.2. Artikel 1638d BW vanuit rechtseconomisch perspectief

In het eerste hoofdstuk is uiteengezet dat de verplichting van de werkgever tot loondoorbetaling minder snel werd aangenomen onder artikel 1638d BW. Sprake moest zijn van schuld of een persoonlijk toevallige verhindering aan de kant van de werkgever. De ruime overmachtsopvatting die destijds van toepassing was op de verplichting

¹⁵⁰ R. van den Bergh & D. Heremans, ‘Recht en economie’, *Tijdschrift voor Economie en Management* 1987, p. 139-141.

¹⁵¹ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 3-4.

¹⁵² A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 14.

¹⁵³ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 5.

¹⁵⁴ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 8-10.

tot loondoorbetaling wordt vanuit rechtseconomisch perspectief allesbehalve toegejuicht.¹⁵⁵ Grofweg liggen hieraan twee redenen ten grondslag.

Ten eerste kon de werkgever te eenvoudig onder de loondoorbetalingsverplichting uit komen. Hierdoor werden niet de juiste gedragsprikkelers verstrekt aan de werkgever om de werknemer arbeid te laten verrichten. In het geval van bijvoorbeeld de matroos was het voor de werkgever aantrekkelijker om niet op de matroos te wachten, daar dit tijdsverlies en eventuele extra salariskosten met zich mee zou brengen. Wanneer de werkgever daarentegen ook het loon zou moeten doorbetalen tijdens de periode dat het schip weg was, zou de werkgever minder snel beslissen niet op de matroos te wachten of zelfs eventueel acties ondernemen om hem sneller tewerk te stellen. De werkgever zou met andere woorden de gedragslijn kiezen die voor hem de meeste baten op zou brengen.¹⁵⁶

In tweede instantie kwam de ruime overmachtssituatie het nettoresultaat van kosten en baten voor de betrokken partijen waarschijnlijk niet ten goede. De werknemer werd ten opzichte van de werkgever met teveel kosten geconfronteerd. De matroos in kwestie verkreeg immers geen inkomsten en zou daarnaast te maken kunnen hebben gehad met enige vormen van frustratie. De werkgever leed daarentegen in beginsel geen schade.

Het arrest Meijer/De Schelde

Sinds de komst van het arrest Meijer/De Schelde is een ontwikkeling ten gunste van de werknemer in gang gezet. Situaties waarbij zowel aan de kant van de werkgever als aan de kant van de werknemer sprake was van overmacht, behoorden in het vervolg voor rekening van de werkgever te komen wanneer een dergelijke situatie meer in de risicosfeer van de werkgever diende te liggen.¹⁵⁷ Door de komst van de risicoverdeling naar billijkheid is de kans groter dat rechtseconomische verbeteringen worden bereikt. De werkgever zal namelijk minder snel onder de loondoorbetalingsverplichting uit kunnen komen door alleen maar te stellen dat sprake is van overmacht. Door deze ingezette ontwikkeling zal de veelal financieel zwakkere werknemer meer beschermd worden dan voorheen. Dit is een uitermate gunstige ontwikkeling, daar in de oude situatie onder omstandigheden de gevolgen voor de werknemer op financieel vlak niet in verhouding stonden tot de financiële gevolgen van de werkgever. Vanuit de rechtseconomie bezien is de ingezette lijn een verbetering, daar de winst voor de werknemer aanzienlijk stijgt in verhouding tot de kosten die de werkgever maakt. In verhouding zou de totale som van kosten en baten dus gunstiger uitvallen dan voorheen. Een dergelijke ontwikkeling is conform het principe van het Kaldor-Hicks criterium.¹⁵⁸

Tijdelijke rechtsonzekerheid

Hoewel de gedachtegang van de rechtseconomie positief staat tegenover de komst van de risicoverdeling in 1972, is de gedachtegang minder te verenigen met de tijdelijke onzekerheid die was ontstaan omtrent het loondoorbetalingsvraagstuk. Uit de kamerbehandeling blijkt dat de wetgever de destijds ontwikkelde jurisprudentie beter tot uiting wilde laten komen. Pas in 1996 is de in 1972 ontwikkelde risicoverdeling opgenomen in artikel 7:628 BW met de komst

¹⁵⁵ W. A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 97.

¹⁵⁶ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 8.

¹⁵⁷ HR 10 november 1972, NJ 1973, 60.

¹⁵⁸ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 29-31.

van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.¹⁵⁹ Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid had de inmiddels ontwikkelde jurisprudentie al veel eerder geformuleerd moeten worden in de wet. Volgens de rechtseconomie dienen partijen namelijk te beschikken over zo volledig mogelijke informatie om de meest gunstige gedragslijn te kunnen volgen.¹⁶⁰ Doordat lange tijd de rechtsregels omtrent de loondoorbetalingsverplichting alleen te destilleren waren uit de jurisprudentie, was de kans aanwezig dat zowel de werkgever als werknemer in een bepaalde mate niet wisten welke rechtskeuzes ze moesten maken met betrekking tot de destijds heersende leer. Het was waarschijnlijk niet altijd even helder voor de betrokkenen of het oude artikel 1638d BW of alleen de destijds ontwikkelde jurisprudentie van toepassing was op hun situatie.

3.3 Artikel 7:628 BW vanuit rechtseconomisch perspectief

De elementen die van belang zijn bij het beoordelen van de verplichting van de werkgever tot betaling van loon zijn in de vorige twee hoofdstukken uitvoerig behandeld. De vraag is nu hoe de rechtseconomie tegen deze verschillende elementen aankijkt.

3.3.1. De drie elementen van artikel 7:628 lid 1 BW

3.3.1.1. Bereidheid

In de voorgaande hoofdstukken is beschreven dat de bereidheid van de werknemer niet in alle situaties een essentiële voorwaarde vormt voor de loondoorbetalingsverplichting.¹⁶¹ Door de vele uitspraken die op dit gebied zijn gedaan, is het niet altijd even duidelijk wanneer de werknemer heeft voldaan aan dit criterium. Voor zowel de werknemer als de werkgever is duidelijkheid wel gewenst, daar zij anders niet in staat worden gesteld om de meest efficiënte rechtskeuzes te maken. Hoewel een geraffineerd advocaat arbeidsrecht waarschijnlijk wel in staat zal zijn om de meest efficiënte rechtskeuzes te maken, is het voor de normale burger niet altijd even duidelijk door de grote hoeveelheid rechtspraak op dit punt.¹⁶²

Het hangt vaak af van de omstandigheden van het geval of er sprake is van bereidheid. Daarnaast is het ook mogelijk dat de bereidheid aan de kant van de werknemer niet aanwezig is, maar later weer herleeft.¹⁶³ Ook wanneer een werknemer elders werkzaam is geweest, wil dat nog niet zeggen dat de werknemer bij zijn oorspronkelijke werkgever niet bereid was de bedongen arbeid te verrichten. Zo stelt Langemeijer in zijn conclusie bij een arrest uit 1952 dat onder de werking van het BW het enkel verrichten van werk bij een andere werkgever de bereidheid niet teniet zou doen, omdat anders artikel 7:628 BW een dode letter zou worden.¹⁶⁴ In 1964 werd daarentegen beslist dat indiensttreding bij een andere werkgever tot gevolg heeft dat artikel 7:627 BW van kracht wordt in verhouding tot zijn oorspronkelijke werkgever.¹⁶⁵ Stein merkt in zijn noot bij een uitspraak uit 1985 op dat een betere maatstaf om de bereidheid te beoordelen is gelegen in de nieuw opgedane werkkring. Wanneer de omstandigheden die daarmee samenhangen gunstiger zijn, zou volgens hem mogen worden aangenomen dat de

¹⁵⁹ Kamerstukken I 1995/1996, 23 438, nr. 193, p. 6-7.

¹⁶⁰ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 15.

¹⁶¹ H. L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 88.

¹⁶² A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 44-45.; W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 14-16.

¹⁶³ HR 12 december 1952, NJ 1953, 603.

¹⁶⁴ HR 1 februari 1952, NJ 1953, 366.

¹⁶⁵ HR 6 november 1964, NJ 1965, 88.

bereidheid om het eerdere werk te hervatten niet langer aanwezig is.¹⁶⁶ In soortgelijke zin werd dat ook geoordeeld op 5 november 1993, waarin ook nog eens werd opgemerkt dat niet is vereist dat de werknemer in de procedure kenbaar moet maken dat hij bij een andere werkgever in dienst is getreden.¹⁶⁷

Wanneer de rechtseconomische gedachtegang wordt toegepast op de conclusie die Langemeijer geeft, kan worden betwist of een volgens de rechtseconomie zo gunstig mogelijk resultaat wordt bereikt. Immers wordt de werknemer die een salaris verdient bij zijn nieuwe werkgever en zijn loonaanspraken behoudt bij zijn oorspronkelijke werkgever dubbel betaald. De werkgever ontvangt als tegenprestatie daarentegen geen bedongen arbeid en gaat er ook nog eens financieel op achteruit. Gestreefd wordt echter naar Pareto efficiënte situaties, zoals in de normale situatie wanneer de werknemer tegen betaling van loon zijn bedongen arbeid verricht voor de werkgever.¹⁶⁸ Zowel de werkgever als de werknemer gaan er normaal gesproken bij een goedlopend bedrijf financieel op vooruit. De opvatting van Stein zal eerder Pareto efficiënte situaties in de hand werken. In eerste instantie leidt het voor de werknemer tot meer baten, daar de omstandigheden bij zijn nieuwe werkgever gunstiger zijn. In tweede instantie hoeft de werkgever er ook niet direct financieel op achteruit te gaan, daar de bereidheid wordt geacht niet meer aanwezig te zijn. Indien de werkgever er door omstandigheden wel op achteruit gaat, worden er waarschijnlijk meer baten gegenereerd dan kosten waardoor wel sprake is van een Kaldor-Hicks verbetering.¹⁶⁹ Een groot nadeel van de opvatting van Stein is echter dat het moeilijk is om een duidelijke maatstaf neer te leggen. Zo is het onduidelijk wanneer in een bepaalde situatie sprake is van betere omstandigheden in een nieuwe dienstbetrekking. Deze omstandigheden vallen haast niet te meten, daar niet iedere werknemer een vooruitgang bij een nieuw opgedane werkkring op dezelfde aspecten beoordeeld.¹⁷⁰

3.3.1.2. *Overeengekomen arbeid*

De Hoge Raad heeft in verschillende uitspraken bevestigd dat een aanbod van de werknemer om de overeengekomen arbeid in beperkter omvang te verrichten ook moet worden gezien als het verrichten van de overeengekomen arbeid.¹⁷¹ Deze uitspraken zijn vanuit rechtseconomisch perspectief wenselijk omdat het leidt tot gunstige gedragsprikkel aan met name de kant van de werkgever. Zo dient de werkgever de deels arbeidsongeschikte werknemer andere arbeid ter beschikking te stellen die voor zijn krachten bekwaam zijn. Wanneer namelijk de werknemer aanbiedt om een deel van de overeengekomen arbeid te verrichten dient de werkgever hierop te anticiperen indien hij niet het risico wil lopen om het loon door te betalen.¹⁷² Vanuit de rechtseconomie leidt dit tot het volgen van een gunstige gedragslijn door de werkgever omdat anders een onvoldoende sanctie wordt gesteld op de lakse houding van de werkgever ter zake van zowel zijn informatieplicht als zijn onderzoeksplicht. Als de werkgever meent dat het aangeboden werk niet mogelijk is of dat eventuele aanpassingen in het bedrijf niet te verwezenlijken zijn, zal de werkgever dit namelijk toch aan de werknemer kenbaar moeten maken.

¹⁶⁶ HR 13 december 1985, NJ 1986, 293.

¹⁶⁷ HR 5 november 1993, JAR1993/262.

¹⁶⁸ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 121-122.

¹⁶⁹ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 63-64.

¹⁷⁰ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 15-17.

¹⁷¹ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248; HR 8 november 1985, NJ 1986, 309; HR 13 december 1991, NJ 1992, 441.

¹⁷² HR 17 januari 2003, JAR 2003/41.

Vanuit de rechtseconomie wordt het in dit geval dus toegejuicht dat artikel 7:628 BW geldt als een sanctie voor de werkgever wanneer deze mede verantwoordelijk is voor het te weinig of te laat reïntegreren van de werknemer. Het recht leidt in dit geval tot maatschappelijk gewenste resultaten.¹⁷³ Een andere sanctie die in dit verband ook van belang is, is wanneer het UWV bij de aanvraag van een WIA-uitkering constateert dat de werkgever zich niet voldoende heeft ingespannen voor het reïntegreren van de werknemer. In dat geval kan namelijk de loondoorbetalingsplicht bij ziekte verlengd worden krachtens artikel 25 WIA.¹⁷⁴ Daarnaast spelen de ww-aanspraken van de werknemer ook bij dit verhaal mee. De werkgever en werknemer betalen hiervoor immers premies die een gedeelte van het brutoloon vormen. Echter zal met name de loondoorbetalingsverplichting uit artikel 7:628 BW de gewenste gedragsprikkel leveren die de werkgever ertoe zetten om inspanningen te verrichten voor het te werk stellen van de werknemer.

Met de komst van de Wet verbetering poortwachter is een amendement gekomen dat de verplichting van de werkgever regelt omtrent het treffen van maatregelen die nodig zijn om de werknemer in staat te stellen passend werk te verrichten.¹⁷⁵ Uit de kamerbehandeling blijkt dat hiermee is getracht om de hiervoor beschreven rechtspraak te codificeren.¹⁷⁶

3.3.1.3. Risicoverdeling

De risicoverdeling vertoont overeenkomsten met de rechtseconomische gedachte, in die zin dat de risicoverdeling ook een afweging maakt bij de beoordeling of wel of geen loondoorbetalingsverplichting van toepassing is. Met uitzondering van toerekenbare risico's en de normale bedrijfsrisico's, wordt er een afweging gemaakt in de situaties waarin de verplichting tot loondoorbetaling discutabel is. Het verschil is echter dat de rechtseconomie in tegenstelling tot het recht niet het criterium rechtvaardigheid hanteert.¹⁷⁷ Toch wil dat niet zeggen dat een rechtsregel niet zowel rechtvaardig als maatschappelijk gezien efficiënt kan zijn.

Schorsingen

Vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid wordt in veel gevallen geoordeeld dat de zwakkere werknemer recht heeft op loondoorbetaling, aangezien het niet ontvangen van loon voor hem grote gevolgen kan hebben. Wanneer we bijvoorbeeld de schorsing als voorbeeld nemen, zien we dat deze in haast alle gevallen voor rekening van de werkgever komt.¹⁷⁸ Naast het gegeven dat dit in het algemeen als rechtvaardig wordt gezien, leidt deze risicoverdeling in de meeste gevallen tot het meest gunstige resultaat vanuit rechtseconomisch perspectief. De te ontvangen baten, welke bestaan uit loon tijdens een periode van schorsing of non-actiefstelling, dienen te worden gezien als een compensatie voor de vele kosten waar de werknemer mee wordt geconfronteerd. Zo brengt deze disciplinaire maatregel gezichtsverlies en tegelijkertijd een diffamerende werking met zich mee waaruit zowel materiële als immateriële schade kan voortvloeien. Denk bijvoorbeeld aan het solliciteren van de

¹⁷³ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 13.

¹⁷⁴ D.P.O. den Daas & B. van Hees, *Ziekte en arbeidsongeschiktheid 2008. Rechten en plichten van werknemers en werkgevers*, Deventer: Kluwer 2007, p. 55-56.

¹⁷⁵ Zie hieromtrent artikel 7:658a BW.

¹⁷⁶ Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr. 13.

¹⁷⁷ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 17.

¹⁷⁸ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 133.

werknemer voor een andere functie.¹⁷⁹ De werkgever kan daarentegen zelf de beslissing nemen of bij een schorsing van de werknemer tijdelijk meer baten worden gegenereerd dan kosten. Zo is het mogelijk dat de werknemer de sfeer probeert te verzieken of andere werknemers in hun werk belemmert waardoor de werkgever er meer baat bij heeft dat de werknemer zich voorlopig gedeisd houdt. Daarnaast kan de tijdelijke schorsing worden gezien als een middel om de werknemer als het ware weer op het juiste pad te brengen. De werkgever is in ieder geval niet geheel vrij in zijn beslissing tot het overgaan van een schorsing of non-actiefstelling. Sprake moet zijn van ernstig tekortschieten aan de kant van de werknemer hetgeen deugdelijk gemotiveerd dient te worden. Daarnaast is het beginsel van goed werkgeverschap van toepassing zodat de werknemer voldoende dient te worden gehoord en de zwaarte van de maatregel evenredig moet zijn aan het tekortschietende gedrag van de werknemer.¹⁸⁰

Vermeende arbeidsongeschiktheid

De situatie waarin het ook gaat om een beslissing van de werkgever in het kader van het wel of niet laten werken van de werknemer is de omstandigheid waarbij sprake is van vermeende arbeidsongeschiktheid.¹⁸¹ In tegenstelling tot de risicoverdeling die van toepassing is bij de schorsing van een werknemer, wordt de risicoverdeling omtrent vermeende arbeidsongeschiktheid minder efficiënt bevonden. De reden hiervoor is dat de werkgever als het ware in een spagaat komt te staan, waardoor het hem haast onmogelijk wordt gemaakt om een gunstige eenduidige gedragslijn te volgen.¹⁸² Zo komt het risico van een achteraf onjuist gegeven oordeel van het UWV omtrent de arbeidsongeschiktheid van de werknemer voor zijn rekening.¹⁸³

Het gevolg van de uitspraak is dat de werkgever die ervan overtuigd mag zijn dat het verrichten van werk schadelijk is voor de werknemer toch voor een dilemma komt te staan. Hij kan ofwel de werknemer met behoud van loon naar huis sturen, ofwel de werknemer toelaten tot de arbeid en aansprakelijkheid voor gezondheidsschade bij de werknemer riskeren. In het kader van artikel 7:658 BW is de werkgever immers verplicht om de werknemer in bescherming te nemen. Daarbij komt nog dat het tewerkstellen van een ongeschikte werknemer ook schade kan opleveren voor derden en andere werknemers.¹⁸⁴ Het dilemma wordt extra ingewikkeld gemaakt door de regel dat de werkgever in beginsel geen inzage heeft in de medische gegevens omtrent de geschiktheid van de werknemer.¹⁸⁵ Vanuit de rechtseconomie bezien is het dus lastig te voorspellen welke gedragslijn de werkgever zal volgen indien hij met een dergelijk dilemma wordt geconfronteerd.¹⁸⁶

Normale bedrijfsrisico's

¹⁷⁹ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 143-148.

¹⁸⁰ C. Assers, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008, p. 124.

¹⁸¹ M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 28.

¹⁸² W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 15-17.

¹⁸³ HR 23 juni 2000, JAR 2000/163.

¹⁸⁴ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 98.

¹⁸⁵ HR 6 april 2001, JAR 2001/80.

¹⁸⁶ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 5 e.v.; W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 17.

De rechtseconomische gedachtegang kan zich in beginsel verenigen met de gedachte dat min of meer normale bedrijfsrisico's voor rekening komen van de werkgever. Naast het gegeven dat in veel gevallen het risico had kunnen worden voorkomen door beter anticiperend ondernemerschap, zouden de gevolgen voor de werknemer voor het niet ontvangen van loon tot ongunstige resultaten kunnen leiden. Het geeft de werkgever als het ware gunstige gedragsprikkel om zich dusdanig te gaan gedragen dat hij negatieve bedrijfsrisico's zoveel mogelijk probeert te voorkomen. De werknemer heeft hier immers vaak geen invloed op. Deze gedachtegang toont overeenkomsten met de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht. Wanneer de juiste partij namelijk aansprakelijk is voor schade waarvoor hij voor een groot deel verantwoordelijk is, zal hij in het vervolg meer voorzorgsmaatregelen in acht nemen en meer zorgvuldigheid betrachten.¹⁸⁷

In de rechtspraak zijn verschillende oorzaken van het niet verrichten van arbeid tot het normale bedrijfsrisico van de werkgever gerekend. Hierbij kan worden gedacht aan het stilleggen van het werk voor reparaties, stagnatie in de aanvoer van grondstoffen, gebrek aan orders, het niet nakomen van een afnemer van zijn contractuele verplichtingen en de dood van de werkgever zelf.¹⁸⁸ Zoals hiervoor is beschreven zal dit in de meeste gevallen leiden tot gunstige resultaten vanuit het perspectief van kosten en baten. Echter kan in sommige situaties worden betwijfeld of deze risicoregeling leidt tot gunstige resultaten. De werkgever kan, ondanks in acht genomen voorzorgsmaatregelen en zorgvuldigheid, er namelijk soms niks aan doen dat een bepaald bedrijfsrisico zich voordoet. De risicoregeling leidt in deze situaties dan ook niet tot bepaalde gedragsprikkel.¹⁸⁹ Daarbij komt dat wanneer een werkgever financieel tijdelijk in zwaar weer verkeerd, het tot ongunstige resultaten leidt indien hij van al het werkzame personeel het volledig loon dient door te betalen. Denk bijvoorbeeld aan een bouwbedrijf dat op de rand van faillissement verkeerd wordt geconfronteerd met vorst waardoor een zeer groot deel van het personeel niet kan werken. In dergelijke situaties zou het beter zijn om de gevolgen van deze bedrijfsrisico's te delen. Zo kan in een dergelijke situatie het vanuit rechtseconomisch perspectief gunstiger zijn dat de werkgever maar de helft van het loon hoeft door te betalen indien het voortbestaan van zijn bedrijf hierdoor niet in gevaar komt.¹⁹⁰

3.3.2. De afwijkingmogelijkheden

Het hiervoor genoemde bedrijfsrisico van het niet kunnen verrichten van arbeid wegens vorst, zou ook middels een CAO of individuele arbeidsovereenkomst kunnen worden uitgesloten. Met name in weersgevoelige sectoren zal de risicoverdeling afhankelijk van de situatie sterk kunnen verschillen.¹⁹¹

Vanuit rechtseconomisch perspectief wordt het in beginsel als zeer wenselijk gezien dat werkgevers samen met werknemers invulling kunnen geven aan de arbeidsovereenkomst op de manier zoals zij goedgevoelen. Contractsvrijheid vormt in de rechtseconomie namelijk de manier voor mensen om hun welzijn te maximaliseren. Op deze wijze kunnen mensen

¹⁸⁷ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 74-75.

¹⁸⁸ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 126.

¹⁸⁹ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 174-177.

¹⁹⁰ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 97.

¹⁹¹ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 41.

onderling Pareto verbeteringen trachten te realiseren.¹⁹² Zo kan lid 5 door de werkgever worden aangewend om de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst een aantal normale bedrijfsrisico's af te dekken. Echter werkt deze mogelijkheid wel een vorm van risicoafwenteling in de hand. Mede daarom is het vanuit zowel juridisch als rechtseconomisch perspectief gunstig dat deze contractsvrijheid aan een aantal beperkingen onderhevig is. Zo is het niet mogelijk om het loon in te houden van de werknemer bij een nietig gegeven ontslag wegens strijd met artikel 3:40 BW.¹⁹³

Wanneer het voor de werkgever mogelijk zou zijn om zonder beperkingen van de loondoorbetalingsverplichting af te wijken, zou dit kunnen leiden tot strategisch gedrag aan de onderhandelingstafel bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst. De werkgever zou in veel gevallen de informatieasymmetrie die tussen partijen bestaat uit kunnen buiten.¹⁹⁴ Het gevolg hiervan is dat de informatieasymmetrie ertoe kan leiden dat de werkgever er niet op uit is om de gezamenlijke contractuele winst te maximaliseren.¹⁹⁵

Een andere reden waarom beperkingen aan de afwijkingsmogelijkheden wenselijk zijn is dat met name werknemers vaak niet in staat zijn om de gevolgen van bepaalde contractuele voorwaarden goed te voorzien. Werknemers kunnen in een dergelijke situatie niet rationeel handelen daar ze niet in staat zijn om de keuzes te maken die hun welzijn bevorderen. Vanuit deze invalshoek bezien is het maar goed dat na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst alleen nog maar via CAO kan worden afgeweken ten nadele van de werknemer. De werkgever zou anders voor langere tijd een risicoverdeling overeen kunnen komen, binnen de beperkingen die de rechtspraak heeft gegeven, die met name alleen voor hem baten genereert indien een bepaalde situatie zich voordoet.¹⁹⁶

3.4 Artikel 7:627 BW vanuit rechtseconomisch perspectief

De Hoge Raad heeft in 1986 beslist dat bijzondere vormen van collectieve acties naast de gewone werkstaking ertoe kunnen leiden dat de werkgever geheel van zijn loondoorbetalingsverplichting is ontheven.¹⁹⁷ Hierbij kan gedacht worden aan estafettestakingen en langzaamaanacties die funest zijn voor de bedrijfsvoering. De loonkorting kan volgens de Hoge Raad bij de in die uitspraak aan de orde zijnde acties toegepast worden ten aanzien van het gehele personeel, waaronder ook de werkwilligen.¹⁹⁸ Deze regeling geeft dus niet aan werkwilligen de juiste gedragsprikkel om hun arbeidsverplichting te vervullen tijdens de periode waarin sprake is van deze vormen van collectieve acties. Ze ontvangen immers toch geen tegenprestatie voor verrichte arbeid.¹⁹⁹

Echter is het juist bij deze vormen van collectieve acties haast onmogelijk voor de werkgever om vast te stellen of er door een bepaalde werknemer wel of niet voldoende is gewerkt.

¹⁹² B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 7 e.v.; W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 50.

¹⁹³ HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588.

¹⁹⁴ Met informatieasymmetrie wordt bedoeld dat de ene partij over meer informatie beschikt dan de andere partij.

¹⁹⁵ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 55-56.

¹⁹⁶ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 65.

¹⁹⁷ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

¹⁹⁸ Echter wordt in de praktijk de uitspraak van de Hoge Raad haast niet toegepast.

¹⁹⁹ A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004, p. 12-13.

De werkgever kan met andere woorden niet goed vaststellen of een individuele werknemer ingevolge 7:627 BW recht heeft op loon. Anders dan bij de gewone werkstaking zouden werknemers zonder het lopen van enig financieel risico actie kunnen voeren tegen de werkgever. Vanuit rechtseconomisch perspectief is het daarom gunstig dat het arrest een gedeeltelijke loondoorbetaling heeft mogelijk gemaakt. Immers vormt de gedeeltelijke looninhouding een vorm van ongelijkheidscompensatie ten behoeve van de werkgever. Daarnaast volgt ook uit het NS-arrest dat de rechter deze actievormen eerder kan verbieden dan de klassieke werkstaking, daar actievoerders mogelijk niet op hun loon worden gekort. Deze gedachtegang vertoont ook overeenkomsten met de economische analyse van de onrechtmatige daad, waarbij de schadeveroorzaker de gelaedeerde dient te compenseren.²⁰⁰

Gelet op het voorgaande is de mening van Van Slooten vanuit rechtseconomisch perspectief het best te onderbouwen. Hij geeft immers aan dat het artikel 7:627 BW ook kan worden gelezen als 'geen behoorlijke arbeid, minder loon'. Een dergelijke ongelijkheidscompensatie is dus vanuit rechtseconomisch perspectief zeer wenselijk. Dit in tegenstelling tot Konijn, die vindt dat bijzondere collectieve acties niet onder artikel 7:627 behoren te vallen. Volgens Konijn dienen deze acties ook gewoon te vallen onder het verrichten van arbeid, daar onvoldoende presteren volgens Konijn ook valt onder het verrichten van arbeid.²⁰¹

Indien gedeeltelijke looninhouding van toepassing is, is het moeilijk om vast te stellen hoe hoog de loonkorting per werknemer dient te worden vastgesteld. Het Hof te Amsterdam heeft in 2003 hieromtrent een uitspraak gedaan. Het ging om een door de vakbonden georganiseerde arbeidsvoorwaardenactie. Hierin kregen de buspassagiers gratis openbaar vervoer aangeboden waardoor aanzienlijk nadeel aan de werkgevers werd toegebracht. Het Hof overwoog dat de werkgevers gerechtigd waren om een aanzienlijk deel van het salaris van de werknemers niet uit te betalen gedurende de periode dat de actie gevoerd werd. Een salariskorting van 50% werd door het Hof gerechtvaardigd geacht.²⁰²

3.5 Conclusie

Voorts is inzichtelijk gemaakt dat de rechtseconomie van toegevoegde waarde kan zijn als het gaat om het in kaart brengen van de effecten van rechtsregels. Zo is gebleken dat een Kaldor-Hicks verbetering wordt bereikt met de komst van het arrest Meijer/De Schelde. De ingezette ontwikkeling leidt tot een verbetering, daar de werknemer beter wordt beschermd dan voorheen. Ondanks de destijds ontwikkelde leer omtrent de verplichting tot loondoorbetaling, is het te laat opnemen van de ontwikkelde jurisprudentie in de wet de rechtszekerheid voor de betrokken partijen niet ten goede gekomen. De rechtseconomische gedachtegang is in dit hoofdstuk ook toegepast op de drie belangrijkste elementen van de verplichting tot loondoorbetaling. In het kader van de bereidheid van de werknemer is gesteld dat een betere maatstaf om de bereidheid te beoordelen is gelegen in een eventueel nieuw opgedane werkkring. Wanneer deze omstandigheden gunstiger zijn dan voorheen worden er waarschijnlijk meer baten gegenereerd dan kosten. Een andere uitkomst van de rechtseconomische analyse is dat zeer secuur dient te worden omgegaan door de werkgever bij schorsingen, gelet op de hoge kosten die een dergelijke sanctie voor de werknemer met zich meebrengt. Uiteindelijk is gebleken dat een gedeeltelijke looninhouding vanuit rechtseconomisch perspectief gunstig is aangezien het een vorm van compensatie vormt.

²⁰⁰ W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 71-73.

²⁰¹ Y. Konijn, 'NBW: eigenrichting in het arbeidsrecht?', *Sociaal Recht* 1991, p. 115.

²⁰² Hof Amsterdam 9 januari 2003, JAR 2003/34.

Hoofdstuk 4: Een algehele beschouwing van de loondoorbetalingsverplichting

Gebleken is dat in de loop der jaren de jurisprudentie is ontwikkeld ten gunste van de werknemer. De ommekeer is met name afkomstig van het arrest Meijer/ De Schelde.²⁰³ De wetgever heeft naar mijn mening pas zeer laat de ontwikkelde jurisprudentie vanaf 1972 in de wet tot uiting laten komen.²⁰⁴ Het is in ieder geval een gegeven dat het voor 1972 gunstiger was om werkgever te zijn dan heden ten dage het geval is als het gaat om de verplichting tot loondoorbetaling. Echter zijn er voor de werkgever nog steeds afwijkingsmogelijkheden mogelijk die de ontwikkeling in de rechtspraak kunnen doorkruisen. In dit hoofdstuk zullen zowel aspecten van de loondoorbetalingsverplichting die al eerder aan bod zijn gekomen, als aspecten die nog niet de revue hebben gepasseerd uitvoerig worden beschreven. Bij het beschrijven van deze aspecten wordt gebruik gemaakt van de literatuur. Hieraan voeg ik waar mogelijk ook mijn eigen mening toe. Op deze wijze probeer ik meer inzicht in de systematiek van de loondoorbetalingsverplichting te creëren.

4.1 Een beschouwing van De Schelde arresten en artikel 7:628 BW

De Schelde arresten

De beslissing van de Hoge Raad inzake het eerste Schelde arrest werd niet door iedereen positief ontvangen. Zo was Scholten van mening dat het arrest prikkels kon geven voor werknemers om te gaan staken.²⁰⁵ Het werd immers niet gezien als een onmogelijke opgave om de bedrijfsgang te ontwrichten. Deels ben ik het met Scholten eens, daar de mogelijkheid werd geboden dat vakbonden vaker konden staken. Een kleine groep zou dan een uitkering uit de stakingskas ontvangen terwijl de overige werkwillige werknemers hun loonaanspraken veilig konden stellen.²⁰⁶ Een ander punt van kritiek was dat door het arrest in de risicoregeling geen ruimte meer was voor overmacht. Zo stelde Bockwinkel dat het buiten beschouwing laten van overmacht, waarbij de werkgever geen loon hoeft door te betalen, in strijd was met de wil van de wetgever. Volgens hem was de risicoverdeling tevens niet in balans, daar enerzijds de werkgever loon moest doorbetalen zonder arbeid te ontvangen en anderzijds de werknemer geen arbeid behoefde te verrichten om loon te ontvangen. In het ergste geval was er immers voor de werknemer sprake van geen loon, geen arbeid.²⁰⁷ Ondanks de verschillende kritische uitspraken uit de literatuur bevestigde de Hoge Raad het eerste Schelde arrest door twee latere uitspraken. De literatuur ontving deze uitspraken over het geheel gezien positief, daar vanaf meet af aan kritiek is geweest op de woorden 'persoonlijk betreffende toevallige omstandigheid'.²⁰⁸

In het tweede Schelde arrest heeft de Hoge Raad twee typen stakingen onderscheiden, waardoor een staking niet altijd voor rekening van de werkgever hoeft te komen. Geoordeeld werd dat werkwilligen die bij incidentele protestacties als buitenstaander dienen te worden beschouwd het recht op loon behoren te behouden.²⁰⁹ Hoewel deze verfijning op het eerste Schelde arrest duidelijk aangeeft in welke gevallen een staking in de risicosfeer van de werkgever dient te liggen, heeft het arrest ook kritiek met zich meegebracht.

²⁰³ HR 10 november 1972, NJ 1973, 60.

²⁰⁴ Kamerstukken II 1993/1994, 23 438, nr. 3, p. 24.

²⁰⁵ Zie G. J. Scholten bij zijn noot in HR 10 november 1972, NJ 1973, 60.

²⁰⁶ J. Leijten, 'Heeft de Hoge Raad de lust tot staken aangewakkerd?', *NJB* 1973, p. 337 e.v.

²⁰⁷ A. Bockwinkel, 'Verschuldigdheid van loon bij overmacht om te werken', *SMA* 1974, p. 370 e.v.

²⁰⁸ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 192-193.

²⁰⁹ HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55.

Zo is Van der Grinten van mening dat ook een wilde staking voor rekening van het risico van de werknemers dient te komen. De reden die kortweg hiervoor wordt gegeven is dat hij vindt dat een dergelijk gebeuren meer werknemers aangaat en om die reden in de risicosfeer van de werknemers als groep dient te liggen.²¹⁰ Hoewel ik een dergelijke redenatie van Van der Grinten wel kan begrijpen zal het naar mijn mening niet leiden tot redelijke resultaten. Zo zijn er immers situaties denkbaar waarbij werknemers daadwerkelijk bereid zijn om arbeid te verrichten maar hierbij worden verhinderd door andere werknemers.

Artikel 7:628 BW

Van Slooten is van mening dat voor de toepassing van artikel 7:628 BW aansluiting dient te worden gezocht bij artikel 6:75 BW dat gaat over overmacht. Hij stelt dat er weliswaar sprake is van een bijzondere positie van artikel 7:628, maar dat er voor de rest geen wezenlijke verschillen zijn.²¹¹ Mijns inziens zou een gelijkstelling van artikel 7:628 BW met artikel 6:75 BW niet correct zijn. Het bereik van artikel 7:628 BW is naar mijn mening veel groter, daar ook in het geval van overmacht de werknemer recht heeft op loondoorbetaling. Zo kunnen overheidsmaatregelen die tot doel hebben om de totale bedrijvigheid in een bedrijfstak te verminderen ook gekwalificeerd worden als een vorm van overmacht. Dergelijke maatregelen worden echter wel voor het risico van de werkgever gebracht.²¹² Daarnaast wordt het bijzondere karakter van artikel 7:628 BW bevestigd door de bijzondere mogelijkheden tot afwijking.

Bij de afwijkingsmogelijkheden beschreven in de leden 5 en 7 van artikel 7:628 BW zijn wel enige vraagtekens te plaatsen. Zo is het mogelijk dat tussen werknemers onderling ongelijke behandeling plaatsvindt doordat sommige werknemers wel en sommige werknemers niet langer dan zes maanden in dienst zijn. Hierdoor kan een werknemer die korter in dienst is dan zes maanden in dezelfde omstandigheden geen recht hebben op loondoorbetaling, terwijl een werknemer die langer in dienst is hier wel recht op heeft.²¹³ Een ander gevolg van de afwijkingsmogelijkheden is dat schorsing zonder behoud van loon alleen nog maar mogelijk is voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. In die zin ben ik het met Van Slooten eens dat het ontbreken van een uitgebreide mogelijkheid van schorsing zonder behoud van loon te betreuren is, daar de werkgever hierdoor meer wordt beperkt in zijn sanctiemogelijkheden. Dit kan indirect ook ten nadele van de werknemer werken omdat de werkgever op die wijze eerder zoekt naar mogelijkheden voor ontslag.²¹⁴

4.2 Discutabele uitspraken omtrent artikel 7:628 BW

Vermeende arbeidsongeschiktheid

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet dat de werkgever voor een dilemma kan komen te staan bij de beoordeling van de geschiktheid van de werknemer tot het verrichten van arbeid. Indien de werknemer achteraf wel geschikt zou zijn geweest en hij zich bereidwillig had getoond dan komt dit risico voor de werkgever indien hij de werknemer niet tot de arbeid had toegelaten. Dit is ook het geval wanneer de werkgever zijn oordeel tot het niet toelaten van de werknemer had gebaseerd op het oordeel van het UWV.²¹⁵

²¹⁰ W. C. J. L. van der Grinten & W. H. A. C. M. Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 96.

²¹¹ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 198-201.

²¹² J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht I; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 126-127.

²¹³ Kamerstukken II 1997/1998, 25 263, nr. 5, p. 10.

²¹⁴ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 242.

²¹⁵ HR 23 juni 2000, JAR 2000/163.

Naar mijn mening is het onredelijk om het risico van een onjuist afgegeven oordeel van het UWV voor rekening van de werkgever te laten komen. De werkgever draait dan immers op voor de onjuiste bevindingen van de deskundige. Echter is het de vraag of de rol van de deskundige wel een rol mag spelen bij de beoordeling van de vraag of de werknemer recht heeft op loondoorbetaling krachtens artikel 7:628 BW.²¹⁶ Nergens blijkt immers uit de bedoeling van de wetgever dat het deskundigenoordeel van belang is bij het vaststellen van de risicoverdeling omtrent de loondoorbetalingsverplichting. Daarnaast is voor het bepalen van arbeidsongeschiktheid krachtens artikel 7:629 BW het deskundigenoordeel ook niet doorslaggevend.²¹⁷ Hoewel het deskundigenoordeel dus los moet worden gezien van artikel 7:628 BW, zal de werkgever waarschijnlijk niet zo snel een oordeel vellen dat indruist tegen het oordeel van de deskundige. Hij zou dan immers aansprakelijkheid voor gezondheidsschade kunnen riskeren indien het oordeel van de deskundige over de ongeschiktheid van de werknemer achteraf toch juist bleek te zijn. Een consequentie van de uitspraak is in ieder geval dat het oordeel van de werknemer over zijn eigen geschiktheid tot het verrichten van arbeid niet al te licht door de werkgever dient te worden opgevat.

Situatieve arbeidsongeschiktheid

Een werknemer kan grondige redenen hebben om niet de bedongen arbeid te verrichten op basis van klachten die zijn terug te voeren op een conflict. Duidelijk is geworden dat deze vorm van arbeidsongeschiktheid de werknemer aanspraak kan geven op loondoorbetaling krachtens artikel 7:628 BW.²¹⁸ De Hoge Raad heeft bij zijn uitspraak in 2008 omtrent de situatieve arbeidsongeschiktheid met name de verantwoordelijkheid gelegd bij de werknemer. Zo dient de werknemer het een en ander aannemelijk te maken en zijn medewerking te verlenen aan het wegnemen van de oorzaak van de ongeschiktheid.²¹⁹

Door bedrijfsartsen wordt gebruik gemaakt van de zogenaamde Stecr-richtlijnen bij de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid na een gerezen arbeidsconflict.²²⁰ Een veelvoorkomend toegepast instrument van deze wegwijzer is de afkoelingsperiode. Hoewel er strikt genomen geen medisch probleem aan de orde is, wordt de afkoelingsperiode in dit soort situaties dus vaak gebruikt. Een dergelijke afkoelingsperiode lijkt me derhalve gunstig daar deze ervoor zorgt dat een arbeidsconflict niet direct uit de hand hoeft te lopen. In tegenstelling tot de uitspraak van de Hoge Raad wordt in de Stecr-richtlijnen meer gesproken over de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de werkgever en werknemer voor het oplossen van het probleem. Dit lijkt me geheel terecht omdat een conflict mijns inziens meestal vanuit twee kanten ontstaat. Hoewel door het arrest strenge eisen aan de werknemer zijn gesteld voor het behouden van de loonaanspraken, zijn er ook uitspraken geweest die overwogen dat de werkgever nalatig was geweest. Zo kwam het door de werknemer niet verrichten van arbeid wegens situatieve arbeidsongeschiktheid voor het risico van de werkgever aangezien deze te lang had gewacht met het inschakelen van een bemiddelaar.²²¹ Ondanks het feit dat de Hoge Raad niet uitdrukkelijk overweegt dat de werkgever ook verplicht is om de ongeschiktheid bij de werknemer weg te nemen, wordt dit door de lagere rechtspraak wel logisch gevonden.²²²

²¹⁶ Zie voor de rol van de deskundige ook artikel 7:629a BW.

²¹⁷ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 154-158.

²¹⁸ A. T. J. M. Jacobs e.a., *Monografieën sociaal recht. De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33.

²¹⁹ HR 27 juni 2008, JAR 2008/188.

²²⁰ Zie www.stecr.nl

²²¹ Ktg. Apeldoorn 26 februari 2003, JAR 2003/92.

²²² D. J. B. de Wolff, *Monografieën sociaal recht. Goed werknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 201-202.

Bereidheid en in staat zijn

Eerder is aangegeven dat de bereidheid van de werknemer in veel gevallen een belangrijke voorwaarde vormt voor het recht van de werknemer op loondoorbetaling. Wat echter onbehandeld is gebleven, is de vraag of naast de eis van de bereidheid van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten ook vereist is dat de werknemer daartoe in staat is. Het gaat hierbij om de voorwaarde dat de werknemer fysiek in staat dient te zijn om de bedongen arbeid te verrichten. Het gaat dus niet om de vraag of de werknemer wel bekwaam of geschikt genoeg is voor het verrichten van de bedongen arbeid.²²³

In beginsel was het niet geheel duidelijk of de werknemer naast zijn bereidheid ook in staat moest zijn om de bedongen arbeid te verrichten.²²⁴ Deze onzekerheid is onder meer ontstaan uit het zogenaamde Schlatmann arrest uit 1950. Hierin overwoog de Hoge Raad dat voor de toepassing van artikel 1638d het niet relevant was of de werknemer in staat kon worden geacht tot een aan de verbintenis beantwoorde prestatie.²²⁵ Strekking was aldus dat gewaarborgd werd dat de arbeider zijn loon niet kon worden onthouden wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid. Daarnaast is verwarring ontstaan over de vraag of ‘in staat zijn’ een vereiste is door arresten van de Hoge Raad die samenhangen met de re-integratie van de werknemer. Het gaat dan om uitspraken over loonaanspraken krachtens artikel 7:628 BW omtrent een deels arbeidsongeschikte werknemer die in staat is om een passend gedeelte van de overeengekomen arbeid te verrichten. Tot slot is de Hoge Raad het probleem vaak uit de weg gegaan door het niet in staat zijn tot het verrichten van de arbeid onder te brengen in de beoordeling van de vraag voor wie zijn risico de verhindering tot het verrichten van arbeid diende te liggen.²²⁶

Door de onduidelijkheden werd in de literatuur verschillend geoordeeld over de vraag of het in staat zijn van de werknemer tot het verrichten van arbeid een voorwaarde is voor het in aanmerking komen voor loondoorbetaling. Zo oordeelde Van der Grinten dat de bereidheid van de werknemer slechts van belang is voor zover de werknemer daadwerkelijk in staat is om de bedongen arbeid te verrichten.²²⁷ In de rechtspraak werd na 1950 uiteindelijk geoordeeld dat het begrip in staat zijn wel degelijk van belang is in het kader van de bereidheid van de werknemer.²²⁸ Zo blijkt uit het arrest Uslu/Edelweis dat een zieke werknemer die zich bereid heeft getoond tot het verrichten van arbeid alleen hiertoe bereid kan zijn indien hij daadwerkelijk de bedongen arbeid zal hervatten indien de werkgever hiertoe gelegenheid biedt. Dit is ook het geval wanneer het gaat om een werknemer die beroep heeft ingesteld tegen een beslissing van een bedrijfsvereniging hetgeen de werknemer arbeidsgeschikt heeft verklaard. In dit geval betrok de Hoge Raad het niet in staat zijn van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid dus bij zijn beoordeling omtrent het begrip bereidheid.²²⁹

De gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer

In de vorige hoofdstukken is beschreven dat de loondoorbetalingsverplichting uit artikel 7:628 BW ook een grondslag kan vormen voor gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers.

²²³ M. E. L. Fikkers, ‘Loon naar niet werken?’, SR 2005, p. 221-224.

²²⁴ T. van Peijpe, ‘Risicoverdeling volgens 1638d BW en volgens 7.10.3.8 Ontwerp N.B.W.’, SMA 1974, p. 149-160.

²²⁵ HR 28 april 1950, NJ 1951, 54.

²²⁶ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 224-227.

²²⁷ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 69.

²²⁸ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 136.

²²⁹ HR 18 januari 1991, NJ 1991, 273.

Deze ontwikkeling is te lezen in drie verschillende arresten afkomstig van de Hoge Raad.²³⁰ Zo is in het arrest uit 1985 door de Hoge Raad overwogen dat de werkgever aanpassingen in zijn organisatie dient te verrichten indien hierdoor de deels arbeidsgeschikte werknemer weer arbeid kan verrichten.²³¹ In een andere uitspraak van de Hoge Raad is zelfs overwogen dat wanneer de werknemer zich bereid verklaart passende arbeid te verrichten en deze arbeid nader specificiert, de werkgever op grond van het goed werkgeverschap verplicht is de werknemer eventueel op basis van een nieuwe arbeidsovereenkomst in staat te stellen arbeid te verrichten die aan hem kan worden opgedragen. Dit met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden.²³²

In de literatuur wordt door Hoogendijk betwijfelt of de drie re-integratie arresten al gedurende het eerste jaar van toepassing kunnen zijn. Een arbeidsongeschikte werknemer zal namelijk volgens hem eerder gebruik maken van artikel 7:629 BW.²³³ Het is volgens hem dus niet waarschijnlijk dat een loonvordering op basis van artikel 7:628 BW eerder wordt ingesteld dan na afloop van het eerste jaar. Echter wanneer een werknemer ervoor kiest om nog voor het einde van het eerste ziektejaar ander passend werk te verrichten komt artikel 7:628 BW wel in beeld. Wanneer de werkgever hem vervolgens weigert passende arbeid te verrichten kan de werknemer een beroep doen op de re-integratie arresten en aldus artikel 7:628 BW. Een dergelijke mogelijkheid vind ik ook terecht daar het initiatief van de werknemer hierdoor wordt beloond en zijn re-integratie wordt versneld.²³⁴

Blijkens de verschillende opvattingen in de literatuur bestaat onduidelijkheid over de vraag of de Hoge Raad naar aanleiding van de re-integratie arresten een recht op tewerkstelling heeft erkend omtrent de deels arbeidsongeschikte werknemer. Zo is volgens Bakels in de arresten te lezen dat de Hoge Raad alleen de werknemer een recht geeft op zijn loonaanspraken en niet het recht op feitelijke tewerkstelling. Een recht op feitelijke tewerkstelling dient volgens hem afhankelijk te zijn van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad geeft immers aan dat de verplichting tot loondoorbetaling bestaat vanaf het moment dat de werkgever zonder deugdelijke gronden het aanbod van de werknemer weigert. De werkgever kan daarnaast na een periode van onderzoek naar arbeidsmogelijkheden beslissen dat er geen mogelijkheden zijn in de organisatie om de werknemer tewerk te stellen. In dat geval geldt de verplichting tot loondoorbetaling in beginsel niet, waarbij het een en ander afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.²³⁵ Smit leest in de uitspraken van de Hoge Raad in tegenstelling tot Bakels wel een recht op feitelijke tewerkstelling. Dit vloeit onder andere voort uit de verplichting die de Hoge Raad aan de werkgever oplegt. Zo is de werkgever gehouden om de werknemer in staat te stellen om de werknemer arbeid te laten verrichten die voor zijn krachten berekend is.²³⁶ Mijns inziens hebben de arresten inderdaad een recht op tewerkstelling voor de werknemer in de hand gewerkt. De werkgever wordt namelijk gedwongen om te zoeken naar mogelijkheden om de werknemer passende arbeid aan te bieden. Wanneer hij de werknemer weigert zonder deugdelijke redenen zal dat leiden tot een sanctie, namelijk de verplichting tot loondoorbetaling krachtens artikel 7:628 BW. Met deze sanctie in het achterhoofd wordt de werkgever als het ware gedwongen om te zoeken naar passende arbeid voor de werknemer. Deze regeling verbetert aldus de re-integratie.

²³⁰ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248; HR 8 november 1985, NJ 1986, 309; HR 13 december 1991, NJ 1992, 441.

²³¹ HR 8 november 1985, NJ 1986, 309.

²³² HR 14 september 1984, NJ 1985, 244.

²³³ B. Hoogendijk, 'Privaatrechtelijke aspecten van re-integratie', SMA 1999, p. 111.

²³⁴ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 279.

²³⁵ H. L. Bakels, *Arbeidsrechtspraak*, Deventer: Kluwer 1994, p. 90.

²³⁶ F. H. J. C. Smit, *Passende arbeid als recht van de mens*, Deventer: Kluwer 1994, p. 168.

Een belangrijke vraag is echter hoe ver de verplichting van de werkgever reikt om passend werk te bieden aan de deels arbeidsongeschikte werknemer. In de arresten heeft de Hoge Raad immers overwogen dat de werkgever verplicht kan worden om zijn organisatie aan te passen voor het bevorderen van de re-integratie van de werknemer, mits een dergelijke aanpassing van de werkgever kan worden gevegd.²³⁷ Zo kan het botsen met de functieomschrijving van de andere werknemers wanneer ze een gedeelte van hun werk dienen af te staan aan hun deels arbeidsongeschikte collega.²³⁸ Een andere vraag is of het ontbreken van een vacature een valide reden kan opleveren voor de werkgever. Hekkelman is van mening dat indien de werknemer zijn oude functie wil hervatten in aangepaste vorm en deze inmiddels is overgenomen door een ander, een dergelijk risico voor rekening van de werkgever behoort te komen.²³⁹ Doordat sommige functies in bepaalde organisaties moeilijk te verenigen zijn met tijdelijke plaatsvervangers, is Riphagen van mening dat een dergelijke situatie af te laten hangen van de omstandigheden van het geval. Hierbij kan worden gedacht aan de soort arbeid die wordt verricht en de organisatie zelf.²⁴⁰ Ik ben het met van Slooten eens in die zin dat het verlies van loonaanspraken niet te snel mag worden aangenomen. De werkgever wordt het dan te makkelijk gemaakt om de re-integratie van de werknemer dwars te zitten. De aard van de arbeid en de organisatie kunnen wat mij betreft alleen in hoogst uitzonderlijke gevallen een valide reden voor de werkgever vormen om de werknemer niet te werk te stellen.²⁴¹

Overige uitspraken omtrent de risicoverdeling

In de vorige hoofdstukken is naar voren gekomen dat bij uitspraken die puur gaan over de risicoverdeling vele verschillende situaties mogelijk zijn. De risicoverdeling is in veel situaties afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wel is duidelijk geworden dat de risicoverdeling na 1972 meer in het voordeel van de werknemer is ontwikkeld. Aldus werd in toenemende mate geoordeeld dat bepaalde omstandigheden meer in de risicosfeer van de werkgever liggen dan in die van de werknemer.

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de Hoge Raad waarin de Wet arbeid buitenlandse werknemers mede aan de orde was. Deze wet verbood de werkgever om een werknemer zonder een daarvoor benodigde tewerkstellingsvergunning te laten werken. De vreemdeling beschikte niet over een verblijfsvergunning en verbleef daarmee illegaal in Nederland. Nu de werkgever door dit verbod geen gebruik kon maken van de arbeid van de werknemer werd geoordeeld dat dit in beginsel aan de werkgever toe te rekenen was en het risico aldus voor zijn rekening kwam.²⁴² Indien echter de werknemer hierover onjuiste inlichtingen aan de werknemer heeft verschaft kan dat een grond zijn om het risico voor rekening van de werknemer te laten komen.²⁴³ Een wettelijk voorschrift dat het verrichten van arbeid niet toelaat komt ook weer niet altijd voor rekening van de werkgever. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak waarbij de Arbeidstijdenwet het noodzakelijk maakte om het aantal overeengekomen arbeidsuren in de nacht terug te dringen. Het aantal overeengekomen arbeidsuren in de nacht was namelijk in strijd met deze wet. Deze omstandigheid kwam derhalve niet voor rekening van de werkgever.²⁴⁴

²³⁷ HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248; HR 8 november 1985, NJ 1986, 309; HR 13 december 1991, NJ 1992, 441.

²³⁸ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 285.

²³⁹ G. Hekkelman, 'Beantwoording rechtsvraag', AAe 1980, p. 318.

²⁴⁰ J. Riphagen, 'Enkele vragen rond de werkhervatting van de gedeeltelijk hersteld verklaarde werknemer', SMA 1981, p. 149.

²⁴¹ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 286.

²⁴² HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492.

²⁴³ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 93.

²⁴⁴ Ktg. Amsterdam 28 mei 1999, JAR 1999/154.

Een ander voorbeeld is de situatie waarin sprake was van een werknemer die zijn werk als lasser niet meer kon verrichten wegens lawaaidoofheid. De rechtbank kwam tot het oordeel dat een dergelijke situatie meer in de risicosfeer van de werknemer behoorde te liggen. De Hoge Raad vond dat het oordeel van de rechtbank geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.²⁴⁵ Naar mijn mening is deze uitspraak een beetje een vreemde eend in de bijt daar de werknemer weliswaar arbeidsgeschikt was, maar echter wel arbeidsongeschikt diende te worden geacht ten opzichte van het lawaaiërende bedrijf van zijn werkgever. Het leek me aldus rechtvaardiger dat in deze situatie geoordeeld werd dat sprake was van situationele arbeidsongeschikt of van enige andere vorm van ziekte, waardoor de werknemer krachtens artikel 7:628 BW of artikel 7:629 BW wel aanspraak zou hebben op loondoorbetaling.²⁴⁶ Wellicht zou de Hoge Raad tegenwoordig tot een ander oordeel komen indien zich een dergelijk geval voordoet, daar de rechtspraak destijds nog niet was gecodificeerd in de wet.

Over het algemeen bestaat in zowel de literatuur als in de jurisprudentie overeenstemming over het gegeven dat normale bedrijfsrisico's meer in de risicosfeer van de werkgever behoren te liggen.²⁴⁷ Zo dient de werkgever aan de werknemer loon door te betalen in het geval dat de werknemer geen arbeid kan verrichten wegens een ingrijpende verbouwing.²⁴⁸ Dit lijkt me geheel terecht, daar de werkgever degene is die de beslissing neemt tot het overgaan tot de verbouwing. Een andere situatie die valt onder het normale bedrijfsrisico is het beëindigen van de bedrijfsvoering, waardoor de werknemer eveneens geen arbeid meer kan verrichten.²⁴⁹ Echter zijn er omtrent uitspraken die gaan over het normale bedrijfsrisico ook uitspraken die niet de ingezette lijn van de jurisprudentie volgen. Zo oordeelde het Hof te Amsterdam dat het niet voor risico van de werkgever behoorde te komen dat een handelsvertegenwoordiger minder opdrachten verkreeg door de economische achteruitgang. De desbetreffende handelsvertegenwoordiger was uitsluitend op provisiebasis werkzaam.²⁵⁰ Provisie valt echter volgens de rechtspraak en literatuur ook gewoon onder het loonbegrip, waardoor dit enkele gegeven naar mijn mening geen omstandigheid mag zijn om een vermindering van opdrachten meer in de risicosfeer van de werknemer te leggen.²⁵¹

Hoewel er over het algemeen overeenstemming bestaat over welke omstandigheden onder het normale bedrijfsrisico vallen, is het minder duidelijk hoe het zit met de risicoverdeling in de situatie waarin een normaal bedrijfsrisico zich voordoet nadat een vorm van overmacht zich heeft gemanifesteerd. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarbij door een burgeroorlog een tekort aan grondstoffen is ontstaan waardoor niet meer kan worden geleverd aan de afnemers. In een dergelijke situatie dient er naar mijn mening te worden geoordeeld dat sprake is van overmacht. Echter wanneer het toch al slecht ging met het bedrijf voordat de oorlog begon en vele andere concurrenten in de regio overeind weten te blijven, vind ik dat een dergelijk geval meer in de risicosfeer van de werkgever behoort te liggen.²⁵² Hiertoe dient naar mijn mening zo zorgvuldig mogelijk het causaal verband tussen de twee verschillende oorzaken te worden aangetoond, waarna kan worden overwogen of een dergelijke situatie meer in de risicosfeer van de werkgever of meer in de risicosfeer van de werknemer behoort te liggen.

²⁴⁵ HR 18 april 1986, NJ 1986, 763.

²⁴⁶ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 141-143.

²⁴⁷ M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25-26.

²⁴⁸ Ktg. Haarlem 23 september 1997, JAR 1998/20.

²⁴⁹ Hof Amsterdam 24 juni 2003, JAR 2003/198.

²⁵⁰ Hof Amsterdam 27 mei 2003/ JAR 2003/165.

²⁵¹ J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 87-88.

²⁵² J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 209-210.

4.3 Beperking en matiging van loonaanspraken

Beperking aanspraak op loon

De Hoge Raad heeft uitspraken gedaan omtrent de vraag of de aanspraak op doorbetaling van loon mag worden beperkt door de rechter wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, hetgeen voorheen ‘te goeder trouw’ werd genoemd. Aanvankelijk leek de Hoge Raad deze vraag negatief te beantwoorden. Zo merkte de Hoge Raad in 1950 op dat het de rechter niet vrij stond om een op artikel 7:628 BW gebaseerde loonvordering af te wijzen op basis van het oordeel dat een werknemer zich niet op artikel 7:628 BW mocht beroepen wegens strijd met ter goede trouw.²⁵³ Later in 1959 kwam de Hoge Raad eveneens tot een gelijklopend oordeel.²⁵⁴

De Hoge Raad nam later in 1979 ten opzichte van dit vraagstuk een ander standpunt in. Het gegeven dat een gebaseerde loonvordering op basis van artikel 7:628 BW niet door de rechter kan worden afgewezen werd door de Hoge Raad onjuist bevonden. Tevens overwoog de Hoge Raad dat het niet past in het wettelijk stelsel van artikel 7:628 BW indien de redelijkheid en billijkheid mee zouden kunnen brengen dat geen recht op loon bestaat indien de werknemer onvoldoende pogingen heeft gedaan om inkomen uit een andere dienstbetrekking te verkrijgen. Er kan immers geen aftrek van elders verdiend loon plaatsvinden.²⁵⁵ De Hoge Raad heeft vervolgens in 1993 overwogen dat het naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat een op non-actief gestelde werknemer aanspraak maakt op loondoorbetaling. Het ging in deze situatie om een werknemer die tijdens zijn non-actief stelling elders betaalde arbeid verrichte.²⁵⁶

Van Slooten acht het rechtvaardig dat de omvang of de duur van de loondoorbetaling op deze wijze wordt beperkt. De norm van de redelijkheid en billijkheid conform artikel 6:248 BW is echter strenger dan die geschetst in artikel 7:628 BW. Het gaat hier immers om de vraag of een risico ‘in redelijkheid’ nog langer voor rekening van de werkgever dient te komen. Een ander voorbeeld is een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin werd geoordeeld dat een buitengewoon lang durende aanhouding van vorst het normale bedrijfsrisico oversteeg.²⁵⁷ De loondoorbetalingsverplichting werd hier beperkt tot 22 dagen per seizoen.²⁵⁸ Een ander voorbeeld wordt gegeven door De Groot. In de tijd dat de golfcrisis ongebruikelijk lang duurde en er na 7 maanden nog steeds geen duidelijkheid was over het einde ervan, behoorde deze crisis volgens De Groot ook niet langer voor rekening van de werkgever te komen.²⁵⁹

Matiging aanspraak op loon

Naast de mogelijkheid dat de aanspraak op loon wordt beperkt wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid, kan de aanspraak op loon ook worden gematigd indien het gaat om een nietig gegeven ontslag. Deze mogelijkheid heeft de wetgever vastgelegd bij de wet Flexibiliteit en Zekerheid in artikel 7:680a BW. De rechter kan hiertoe ambtshalve beslissen, maar dient zich wel te houden aan de grens die is vastgesteld in artikel 7:680 lid 5 BW.²⁶⁰

²⁵³ HR 28 april 1950, NJ 1951, 54.

²⁵⁴ HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588.

²⁵⁵ HR 30 november 1979, NJ 1980, 289.

²⁵⁶ HR 1 juli 1993, JAR 1993/177.

²⁵⁷ CRvB 20 januari 1981, RSV 1981, 126.

²⁵⁸ W. A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 110.

²⁵⁹ E. W. de Groot, ‘De Golfloorlog, werktijdverkorting en art. 1638d BW’, NJB 1991, p. 740 e.v.

²⁶⁰ W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 100.

De geldsom mag namelijk niet minder zijn dan het loon voor de duur van de opzeggingstermijn op basis van artikel 7:672 BW of minder dan het loon voor een periode van 3 maanden. Het wettelijk criterium is ontleent aan een uitspraak van de Hoge Raad uit 1985, waarin werd geoordeeld dat een vordering van de werknemer tot loondoorbetaling voor matiging in aanmerking komt wanneer toewijzing van de gehele loonvordering tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.²⁶¹ Wanneer de rechter de loonvordering besluit te matigen dient hij te laten zien in zijn uitspraak dat hij zich van het hiervoor vermelde criterium bewust is, daar dit criterium terughoudend dient te worden toegepast.²⁶²

De matiging van de loonvordering is deels te danken aan verschillende standpunten in de literatuur. Zo bepleitte Bockwinkel dat aan sommige hoge loonvorderingen ook kleine fouten ten grondslag konden liggen.²⁶³ In een arrest uit 1979 werd door de Hoge Raad duidelijk gehoor gegeven aan de suggesties uit de literatuur.²⁶⁴ Bij deze uitspraak ging het om een werkgever die had verzuimd om een ontslagvergunning of ontbinding voor zover vereist aan te vragen. De loonvordering was in cassatie inmiddels meer dan 100.000 gulden geworden. In de tussentijdse periode had de werknemer gewoon inkomsten verworven. De Hoge Raad achtte het redelijk om artikel 680 lid 5 BW, destijds artikel 1639r, van analoge toepassing te verklaren op het onderhavige geval.²⁶⁵ Naar mijn mening is een loonmatiging in sommige gevallen ook gewenst, daar ook de werkgever kan dwalen omtrent een nietig gegeven ontslag. Inmiddels heeft de Hoge Raad ook gelijksoortige gevallen, naast de vernietigbare opzegging op grond van artikel 7:680a BW, aanvaard als matigingsgrond. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan verwijtbare gedragingen van de werknemer die sowieso tot het einde van de arbeidsovereenkomst op korte termijn hadden geleid.²⁶⁶

4.4. Spiegelbeeld van artikel 7:627 BW

De bepaling geen arbeid, geen loon uit artikel 7:627 BW sluit voor de werkgever de verplichting van betaling van loon uit gedurende de tijd dat de bedongen tegenprestatie in de vorm van arbeid niet wordt verricht. In de wet is echter geen bepaling terug te vinden die voor de werknemer de verplichting tot het verrichten van arbeid uitsluit wanneer de werkgever niet tijdig het loon heeft uitbetaald. Het enige middel dat de wet hiervoor concreet aan de werknemer ter beschikking stelt is het nemen van ontslag op grond van een dringende reden conform artikel 7:679 lid 2c BW. Deze onaantrekkelijke mogelijkheid zal door de werknemer niet vaak gekozen worden, omdat de werknemer eerder zijn heil zal gaan zoeken in het opschortingsrecht gevestigd in artikel 6:52 BW.²⁶⁷

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de hiervoor beschreven situatie zich voordeed was in een uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam in 1994. Hierbij ging het om een werkgever die al 4 maanden geen loon meer had uitbetaald aan de werknemer, hoewel hij hiervoor eerder bij vonnis was veroordeeld. De werknemer mocht hierdoor van de kantonrechter zijn verplichtingen die voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst opschorten en was niet verplicht gehoor te geven aan de oproep van de werkgever om weer arbeid te verrichten.²⁶⁸

²⁶¹ HR 26 april 1985, NJ 1985, 663.

²⁶² HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715.

²⁶³ A. Bockwinkel, 'Flitsen uit 25 jaar cassatierechtspraak over de arbeidsovereenkomst', SMA 1971, p. 652-654.

²⁶⁴ HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207.

²⁶⁵ J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 248 e.v.

²⁶⁶ HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715.

²⁶⁷ Y. Konijn, 'NBW: eigenrichting in het arbeidsrecht?' Sociaal recht 1991, p. 109 e.v.

²⁶⁸ Ktg. Amsterdam 8 december 1994, Prg. 1995, 4241.

Aan het beroep van de individuele werknemer op het opschortingsrecht zijn risico's verbonden. Het beste is om een dergelijke actie als werknemers gezamenlijk tegen te werkgever in te stellen. Een andere optie is het gebruik van het stakingsrecht. Naar mijn mening is in een situatie waarbij sprake is van niet tijdige loonbetaling het gebruik van het opschortingsrecht eerder aan te bevelen dan een staking. In tegenstelling tot het opschortingsrecht heeft het stakingsmiddel namelijk als nadeel dat men zijn aanspraak op loondoorbetaling verliest.^{269 270} De mogelijkheid van de werknemer op het beroep van het opschortingsrecht werd door het Hof te s'-Hertogenbosch nog maar eens onderstreept. Het Hof overwoog dat de werknemer terecht gebruik had gemaakt van zijn opschortingsrecht, daar de werkgever zijn verplichting als goed werkgever in ernstige mate had geschonden.²⁷¹

4.5 Artikel 7:628 BW en het verbod van werktijdverkorting

Het verbod van werktijdverkorting is terug te vinden in artikel 8 lid 1 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA). Het verbod heeft als doel om te voorkomen dat het loon van de betrokken werknemer door het toepassen van de werktijdverkorting een onaanvaardbare vermindering met zich meebrengt op grond van het beginsel geen arbeid, geen loon. Daarnaast heeft het verbod als doel om tevens te voorkomen dat het opzegverbod wordt omzeilt wanneer de arbeidstijd op nul uren wordt vastgesteld.²⁷²

Wanneer de werkgever een ontheffing heeft verkregen conform artikel 8 lid 3 BBA 1945, kan de werkgever alleen een evenredige vermindering van het doorbetalen van loon verwezenlijken indien hij krachtens artikel 7:628 BW niet gehouden is loon door te betalen. Het verbod van werktijdverkorting botst op deze wijze dus niet met de verplichting tot loondoorbetaling die volgens artikel 7:628 BW van toepassing is.²⁷³

Zondag stelt dat het verlenen van een ontheffing uitsluitend geldt voor de situatie waarin de werkgever eenzijdig de werktijd wil verminderen. Een dergelijke ontheffing kan namelijk ook worden verkregen op andere gronden dan de vraag of sprake is van een normaal bedrijfsrisico. Denk bijvoorbeeld aan de aanslagen van 11 september 2001 in de Verenigde Staten. Ook bevat artikel 8 BBA 1945 geen zelfstandige loongarantieregeling, waardoor geacht wordt dat de risicoverdeling van 7:628 BW zijn werking niet zal verliezen. Het zou immers niet wenselijk zijn wanneer de werking van artikel 7:628 BW afhankelijk wordt gesteld van het wel of niet verlenen van een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting.²⁷⁴

4.6 Conclusie

In de literatuur is de komst van de Schelde arresten over het geheel gezien positief ontvangen. Dit komt mede door het gegeven dat er aanvankelijk veel kritiek was op de woorden 'persoonlijk betreffende toevallige omstandigheid'. Echter is er ook kritiek geuit door Van der Grinten op de Schelde arresten, die van mening was dat ook een wilde staking geheel in de

²⁶⁹ HR 6 november 1992, JAR 1992/132.

²⁷⁰ Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?; Een onderzoek naar de privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 1999, p. 145 e.v.

²⁷¹ HR 29 september 2006, JAR 2006/263.

²⁷² J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009, p. 128-129.

²⁷³ Kamerstukken II 1998/1999, 26 257, nr. 110b, p. 3.

²⁷⁴ W. A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 145 e.v.

risicosfeer van de werknemer diende te liggen. Vervolgens is artikel 7:628 BW beschreven waarbij de visie van Van Slooten is betrokken en kritiek is geuit op de afwijkingsmogelijkheden beschreven in lid 5 en 7. Een punt van kritiek is dat de afwijkingsmogelijkheden ongelijke behandeling in de hand kunnen werken, daar sommige werknemers wel en sommige werknemers niet langer dan zes maanden in dienst zijn bij hun gezamenlijke werkgever. Verder zijn enkele discutabele uitspraken omtrent artikel 7:628 BW beschreven. Zo ontstond er verwarring uit het Schlatmann arrest uit 1950, waarin de Hoge Raad overwoog dat voor de toepassing van 1638d het niet van belang was of de werknemer in staat kon worden geacht tot een aan de verbintenis beantwoorde prestatie. Hierdoor was het niet geheel duidelijk of de werknemer naast zijn bereidheid ook in staat diende te zijn om de bedongen arbeid te verrichten. In de rechtspraak na 1950 is uiteindelijk overwogen dat het in staat zijn tot het verrichten van de arbeid ook van belang is in het kader van de bereidheid van de werknemer. Nadat verschillende uitspraken omtrent de risicoverdeling kritisch waren belicht, zijn de mogelijkheden tot beperking en matiging van de loonaanspraken behandeld. De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1979, mede naar aanleiding van vele suggesties uit de literatuur, de loonmatiging toegepast. Zo werd door Bockwinkel bepleit dat loonmatiging in sommige gevallen gewenst was doordat aan hoge loonvorderingen ook kleine fouten ten grondslag konden liggen. Het hoofdstuk is uiteindelijk afgesloten met een beschrijving van het spiegelbeeld van artikel 7:627 BW en een beschrijving over de samenhang van artikel 7:628 BW met de werktijdverkorting. Met het spiegelbeeld van artikel 7:627 BW wordt bedoeld op de mogelijkheid van de werknemer om de verplichting tot het verrichten van arbeid uit te sluiten voor het geval dat de werkgever niet tijdig het loon uitbetaald. De werknemer zou in dat geval het beste gebruik kunnen maken van zijn opschortingsrecht. Wat betreft de werktijdverkorting is duidelijk gemaakt dat artikel 8 BBA 1945 niet botst met de loongarantieregeling uit artikel 7:628 BW.

Conclusie

Inmiddels is de risicoverdeling van de loondoorbetalingsverplichting op een gestructureerde wijze in kaart gebracht. Gebleken is dat er vele verschillende situaties bestaan waarin de verplichting van de werkgever tot loondoorbetaling de overweging en bespreking waard is. De vraag of een bepaald risico in de risicosfeer van de werkgever of werknemer behoort te liggen is vaak afhankelijk van verschillende omstandigheden die bij de desbetreffende situatie spelen. Bij risico's die verwijtbaar zijn of behoren tot het normale bedrijfsrisico is dat minder het geval. Wel kan gesteld worden dat het feit dat bepaalde risico's vallen onder het normale bedrijfsrisico, ook iets zegt over de verdeling van de risicosfeer tussen de werkgever en werknemer. Immers bestaat er over het algemeen overeenstemming dat bepaalde risico's voor rekening van de werkgever behoren te komen.

In het eerste hoofdstuk is naar voren gekomen dat omtrent de verdeling van de risicosfeer een duidelijke verschuiving heeft plaatsgevonden. Met name artikel 7:628 BW (1638d oud BW) heeft een flinke metamorfose ondergaan. De ontwikkeling van de risicoverdeling omtrent de loondoorbetalingsverplichting is in gang gezet met de komst van De Schelde arresten. De wetgever heeft vervolgens de nieuwe wending bevestigd door te stellen dat de werknemer ook dan zijn recht op loon behoudt, als het verrichten van arbeid is verhinderd door omstandigheden die voor de werkgever in beginsel overmacht zouden opleveren, maar die toch voor zijn rekening dienen te komen doordat deze meer in zijn risicosfeer liggen. Hierdoor worden verschillende situaties die eerst onder de ruime overmachtsopvatting en aldus de risicosfeer van de werknemer behoorden, ondergebracht in de risicosfeer van de werkgever. Echter zijn er nog steeds mogelijkheden om de risicoverdeling anders in te delen ten nadele van de werknemer middels lid 5 en lid 7 van artikel 7:628 BW. Zo wordt in de CAO voor de Bouwnijverheid het risico van onwerkbaar weer voor rekening van de uitzendkracht geplaatst. Het risico wordt op deze manier afgewenteld op de werknemer.

Vervolgens is in hoofdstuk 2 de rechtspraak omtrent artikel 7:627 en 7:628 BW behandeld. In de rechtspraak is het artikel onder andere toegepast wanneer de werknemer te laat op het werk verscheen of in de situatie waarin hij een gevangenisstraf moest uitzitten. Daarnaast is het artikel ook toegepast in de situatie waarin de werknemer onvoldoende presteert door het voeren van bijzondere vormen van collectieve acties. In het kader van deze acties heeft de Hoge Raad aangegeven dat de persoon, die onvoldoende presteert door deze collectieve acties, niet verzekerd is van volledige loondoorbetaling. Hierbij gaat de Hoge Raad zelfs zo ver door te stellen dat de werkgever ook van zijn loondoorbetalingsverplichting is ontheven tegenover de werkwillige werknemers. Vanuit de rechtseconomie bezien geeft deze regeling niet de juiste gedragsprikkel aan werkwilligen om hun arbeidsverplichting te vervullen, daar ze tijdens deze periode toch geen tegenprestatie ontvangen voor de verrichte arbeid.

De drie belangrijkste elementen van artikel 7:628 BW vormen de kern van de risicoverdeling omtrent de loondoorbetalingsverplichting. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval dient een werknemer wel of niet zijn bereidheid kenbaar te maken. Daarnaast is het mogelijk dat de bereidheid in beginsel niet aanwezig is, maar later weer herleeft, waardoor de werknemer over die periode weer recht heeft op loon. De werkgever heeft globaal twee mogelijkheden om aan zijn verplichtingen te ontkomen. Zo kan hij de bereidheid en kenbaarheid bestrijden. Ook kan de werkgever het vermoeden van daadwerkelijke en voortdurende bereidheid ontcrachten. Dit vermoeden is ontwikkeld ten gunste van de werknemer om voor hem op deze manier de bewijslast te verlichten omtrent zijn bereidheid.

Voor wat betreft het element overeengekomen arbeid is met name het arrest van de Hoge Raad uit 1978 relevant. In dit arrest werd voor het eerst overwogen dat een deels arbeidsongeschikte werknemer die bereid is arbeid te verrichten voor het gedeelte waartoe hij in staat is, recht heeft op een daarbij passend gedeelte van loon. In een later arrest waarin deze ingezette lijn werd bevestigd, ging de Hoge Raad zelfs zo ver door te stellen dat indien mogelijk een aanpassing en wijziging van de organisatie nodig kan zijn om de deels arbeidsongeschikte werknemer te werk te stellen. Het moet daarbij wel van de werkgever kunnen worden gevergd dat hij een dergelijke aanpassing in zijn arbeidsverdeling doorvoert. Door deze uitspraken kan de werkgever in ieder geval niet meer het risico nemen om de deels arbeidsongeschikte werknemer die bereid is passende arbeid te verrichten, zonder deugdelijke gronden niet te werk te stellen.

De risicoverdeling komt het beste tot uitdrukking in de woorden 'de verhindering van het niet verrichten van arbeid'. Situaties waarin de loondoorbetalingsverplichting discutabel is zijn hierbij behandeld. Zo is gebleken dat in de meeste gevallen een schorsing of het non-actief stellen van een werknemer in de risicosfeer van de werkgever ligt. De Hoge Raad heeft willen voorkomen dat de werkgever hetzelfde effect zou kunnen bereiken als een ontslag op staande voet in de vorm van een onbeperkte schorsing gepaard gaande met een inhouding van loon. Een andere discutabele uitspraak van de Hoge Raad heeft te maken met de situatie waarin de werkgever afgaat op het oordeel van het UWV over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer hetgeen achteraf onjuist blijkt te zijn. Wanneer de werkgever de werknemer op basis van vermeende arbeidsongeschiktheid geen arbeid laat verrichten op basis van een onjuist gegeven oordeel van een deskundige van het UWV, komt dit voor rekening van de werkgever. Of het in alle gevallen rechtvaardig is dat een schorsing of beslissing op basis van een onjuist afgegeven oordeel over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer dient te komen voor rekening van de werkgever valt over te twisten. In het kader van situatieve arbeidsongeschiktheid wordt minder snel geoordeeld dat een dergelijk risico voor rekening van de werkgever dient te komen. De werknemer dient duidelijk feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit blijkt dat van hem niet kan worden gevergd om arbeid te verrichten.

Naast de vraag of de omstreden uitspraken omtrent de risicoverdeling een rechtvaardige risicoverdeling met zich meebrengt, is in hoofdstuk 3 de vraag gesteld of deze omstreden uitspraken ook wenselijk zijn vanuit rechtseconomisch perspectief. Zo leiden deze rechtsregels tot bepaald gedrag van partijen en is het van invloed op hun financiële positie. Ook zijn hierbij waar mogelijk alternatieve rechtsregelingen beschreven die in bepaalde situaties zouden leiden tot gunstige rechtseconomische resultaten. Zo is in het kader van de bereidheid gesteld dat vanuit rechtseconomisch perspectief het aanbevelingswaardig is om de bereidheid te beoordelen aan de hand van een eventueel nieuw opgedane werkkring. Voor wat betreft disciplinaire maatregelen zoals de schorsing is aangegeven dat dit een aanzienlijke diffamerende werking op de werknemer kan hebben en op deze manier aanzienlijke kosten met zich mee kan brengen. De werkgever dient hier aldus in het kader van goed werkgeverschap zorgvuldig mee om te gaan. De rechtseconomische benadering staat ongunstig tegenover de situatie waarbij het gaat om een beslissing van de werkgever over het tewerkstellen van de werknemer in het kader van vermeende arbeidsongeschiktheid. De werkgever wordt hierbij immers geconfronteerd met een dilemma, waarbij hij moet kiezen tussen het naar huis sturen van de werknemer met behoud van loon of het riskeren van aansprakelijk vanwege gezondheidsschade van de werknemer door het laten verrichten van arbeid. Tot slot wordt een eventueel toegepaste loonkorting in het kader van bijzondere vormen van collectieve acties toegejuicht. Het kan dienen als een vorm van ongelijkheidscompensatie ten behoeve van de werkgever.

In het laatste hoofdstuk is een algehele beschouwing van de loondoorbetalingsverplichting gegeven door het in kaart brengen van verschillende aspecten die met deze verplichting samenhangen. Hierbij is met name gebruik gemaakt van verschillende standpunten uit de literatuur om het inzicht in de systematiek van de loondoorbetalingsverplichting te vergroten. Zo heb ik aangegeven dat ik het eens ben met Van Slooten dat het ontbreken van een uitgebreide mogelijkheid van schorsing zonder behoud van loon te betreuren is doordat de werkgever hierdoor eerder zal zoeken naar mogelijkheden voor ontslag. Een ander aspect van de verplichting tot loondoorbetaling is dat de afwijkingsmogelijkheden beschreven in de leden 5 en 7 van artikel 7:628 BW kunnen leiden tot ongelijke behandeling tussen werknemers. Een werknemer die korter dan zes maanden in dienst is kan in dezelfde soort omstandigheden als een werknemer die net iets langer in dienst is dan 6 maanden geen recht hebben op loon.

Een redelijk duidelijk afgebakend gebied van de loondoorbetalingsverplichting en de bijbehorende risicoverdeling van artikel 7:628 BW, zijn de situaties waarin normale bedrijfsrisico's zich voordoen. Echter is aangekaart dat het minder duidelijk is hoe het zit met de risicoverdeling in de situatie waarin zich een normaal bedrijfsrisico voordoet nadat een vorm van overmacht zich heeft voorgedaan. Hierbij dient zo zorgvuldig mogelijk het causaal verband van de verschillende oorzaken te worden aangetoond, waarna kan worden beslist of het gaat om een normaal bedrijfsrisico of een vorm van overmacht.

Gebleken is aldus dat het sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval of een bepaald risico in de risicosfeer van de werkgever of van de werknemer dient te liggen. Zoals hiervoor beschreven kan de verdeling van de risicosfeer bij een normaal bedrijfsrisico zelfs niet op voorhand duidelijk zijn, indien hiervoor een ander risico zich heeft voorgedaan wat geacht wordt te vallen onder een vorm van overmacht. Echter is wel duidelijk geworden dat in de loop der jaren, met name na De Schelde arresten, de verdeling van de risicosfeer omtrent de loondoorbetalingsverplichting zich heeft ontwikkeld ten nadele van de werkgever. Zo dient de werkgever in de meeste gevallen loon door te betalen in het geval van een schorsing, een bereidwillige werknemer die deels arbeidsongeschikt is en in het geval dat de werkgever af is gegaan op een onjuist afgegeven oordeel van het UWV omtrent een arbeidsongeschikte werknemer. Vanuit de rechtseconomie bezien wordt een dergelijke ontwikkeling in de risicoverdeling in beginsel positief ontvangen. De financieel zwakkere werknemer wordt hierdoor beter beschermd dan de vaak financieel sterkere werkgever. Voor de werkgever blijft het echter mogelijk om de in de rechtspraak ontwikkelde risicoverdeling op bepaalde onderwerpen te doorkruisen. Zo kan de werkgever overeenkomen dat de werknemer voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst in geval van schorsing zijn loon niet behoudt. Een dergelijke risicoafwenteling is niet in alle situaties mogelijk. Zo kan de werkgever het risico van een nietig gegeven ontslag niet uitsluiten middels deze afwijkingsmogelijkheid, daar deze in strijd is met artikel 3:40 BW. Dat de verdeling van de risicosfeer ten nadele van de werkgever is ontwikkeld valt ook op te maken uit de bewijslastverdeling. Zo is in de rechtspraak een vermoeden van daadwerkelijke en voortdurende bereidheid ontwikkeld ter bescherming van de werknemer zijn loonaanspraken. Al met al kan gesteld worden dat de verdeling van de risicosfeer in de loop der jaren is ontwikkeld ten gunste van de werknemer. Gevallen van overmacht kunnen door artikel 7:628 BW toch voor rekening van de werkgever komen indien deze risico's meer worden geacht in zijn risicosfeer te liggen. In de rechtspraak is de verplichting tot betaling van loon verder geconcretiseerd als het gaat om onder andere normale bedrijfsrisico's, schorsingen en situatieve arbeidsongeschiktheid. De vraag of een risico onder dient te worden gebracht in de risicosfeer van de werkgever of van de werknemer is sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval waarbij vele verschillende situaties mogelijk zijn.

Literatuurlijst

Actiz 2008-2010

ActiZ, *CAO Verpleeg-, Verzorgingstehuizen en Thuiszorg*, SOVVT: 2008-2010, p. 18.

Algemene Bond Uitzendonderneming 2009-2014

Algemene Bond Uitzendondernemingen, *CAO voor Uitzendkrachten*, Amsterdam: ABU 2009-2014, p. 19.

Assers 2008

C. Assers, *Bijzondere overeenkomsten. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Bakels 1994

H. L. Bakels, *Arbeidsrechtspraak*, Deventer: Kluwer 1994.

Bakels 2009

H. L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van den Bergh & Heremans 1987

R. van den Bergh & D. Heremans, 'Recht en economie', *Tijdschrift voor Economie en Management* 1987, p. 139-141.

Bockwinkel 1971

A. Bockwinkel, 'Flitsen uit 25 jaar cassatierechtspraak over de arbeidsovereenkomst', *SMA* 1971, p. 652-654.

Bockwinkel 1974

A. Bockwinkel, 'Verschuldigdheid van loon bij overmacht om te werken', *SMA* 1974, p. 370 e.v.

Bosse 2003

C. Bosse, *Monografieën sociaal recht. Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Den Daas & Van Hees 2007

D.P.O. den Daas & B. van Hees, *Ziekte en arbeidsongeschiktheid 2008. Rechten en plichten van werknemers en werkgevers*, Deventer: Kluwer 2007.

Driessen 2010

M. J. A. C. Driessen e.a., *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Drongelen & Fase 2009

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht 1; De overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Fikkers 2005

M. E. L. Fikkers, 'Loon naar niet werken?', *SR* 2005, p. 221-224.

Grapperhaus & Jansen 1999

F. B. J. Grapperhaus & M. Jansen, *Monografieën sociaal recht. De uitzendovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1999.

Van der Grinten 1997

W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 1997.

Van der Grinten 2008

W. C. L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Van der Grinten & Bouwens 2005

W. C. J. L. van der Grinten & W. H. A. C. M. Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

De Groot 1991

E. W. de Groot, 'De Golfoorlog, werktijdverkorting en art. 1638d BW', *NJB* 1991, p. 740 e.v.

Van der Heijden 2008

P. F. van der Heijden, *Arbeidsrecht. Tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008.

Hekkelman 1980

G. Hekkelman, 'Beantwoording rechtsvraag', *AAe* 1980, p. 318.

Hoogendijk 1999

B. Hoogendijk, 'Privaatrechtelijke aspecten van re-integratie', *SMA* 1999, p. 111.

Jacobs 2009

A. T. J. M. Jacobs e.a., *Monografieën sociaal recht. De arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.

Konijn 1999

Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?; Een onderzoek naar de privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 1999.

Konijn 1991

Y. Konijn, 'NBW: eigenrichting in het arbeidsrecht?', *Sociaal Recht* 1991, p. 115.

Leijten 1973

J. Leijten, 'Heeft de Hoge Raad de lust tot staken aangewakkerd?', *NJB* 1973, p. 337 e.v.

Nentjes 2004

A. Nentjes, *Elementaire rechtseconomie*, Groningen: Wolters Noordhoff 2004.

Van Peijpe 1974

T. van Peijpe, 'Risicoverdeling volgens 1638d BW en volgens 7.10.3.8 Ontwerp N.B.W.', *SMA* 1974, p. 149-160.

Pennings & Hoffmans 2010

F. J. L. Pennings & J.G.F.M. Hoffmans, *Arbeidsrecht. Wet en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2010.

Riphagen 1981

J. Riphagen, 'Enkele vragen rond de werkhervatting van de gedeeltelijk hersteld verklaarde werknemer', SMA 1981, p. 149.

SER-advies 1991

Advies inzake de herziening van artikel 8 BBA en artikel 1638d BW (advies van 20 september 1991, SER 91/21), Den Haag: SER 1991.

Smit 1994

F. H. J. C. Smit, *Passende arbeid als recht van de mens*, Deventer: Kluwer 1994.

Van Slooten 1999

J. M. van Slooten, *Monografieën sociaal recht. Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999.

Technisch bureau bouwnijverheid 2001

Technisch bureau bouwnijverheid, Collectieve arbeidsovereenkomst voor de Bouwnijverheid, Harderwijk: CAO Bouw 2001, p. 27-28.

Van Velthoven & Van Wijck 2001

B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie. Een inleiding in de economische analyse van het recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Verhulp 2002

E. Verhulp e.a., *Monografieën sociaal recht. Flexibiele arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer 2002.

Van Voss 1997

G. J. J. van Voss, *Actualiteiten sociaal recht. De arbeidsovereenkomst als Titel 7.10 BW*, Deventer: Kluwer 1997.

Weterings 2007

W.C.T. Weterings, *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

De Wolff 2007

D. J. B. de Wolff, *Monografieën sociaal recht. Goed werknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

Zondag 2001

W. A. Zondag, *Werktijdkortering. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 23 januari 1925, NJ 1925, 381.
HR 31 mei 1940, NJ 1940, 1129.
HR 31 oktober 1941, NJ 1942, 198.
HR 28 april 1950, NJ 1951, 54.
HR 1 februari 1952, NJ 1953, 366.
HR 12 december 1952, NJ 1953, 603.
HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588.
HR 9 november 1962, NJ 1962, 473.
HR 6 november 1964, NJ 1965, 88.
HR 10 november 1972, NJ 1973, 60.
HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55.
HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248.
HR 20 oktober 1978, NJ 1979, 80.
HR 17 november 1978, NJ 1979, 184.
HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207.
HR 5 januari 1979, NJ 1980, 289.
HR 30 november 1979, NJ 1980, 289.
HR 27 maart 1981, NJ 1981, 492.
HR 8 september 1984, NJ 1985, 245.
HR 14 september 1984, NJ 1985, 244.
HR 26 april 1985, NJ 1985, 663.
HR 8 november 1985, NJ 1986, 309.
HR 13 december 1985, NJ 1986, 293.
HR 18 april 1986, NJ 1986, 763.
HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.
HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 56.
HR 1 juni 1990, NJ 1990, 715.
HR 4 januari 1991, NJ 1991, 270.
HR 18 januari 1991, NJ 1991, 273.
HR 13 december 1991, NJ 1992, 441.
HR 6 november 1992, JAR 1992/132.
HR 1 juli 1993, JAR 1993/177.
HR 5 november 1993, JAR1993/262.
HR 3 maart 1995, NJ 1995, 470.
HR 30 mei 1997, NJ 1997, 611.
HR 24 september 1999, JAR 1999/214.
HR 23 juni 2000, JAR 2000/163.
HR 9 februari 2001, JAR 2001/41.
HR 19 januari 2001, JAR 2001/26.
HR 6 april 2001, JAR 2001/80.
HR 21 december 2001, NJ 2002, 283
HR 17 januari 2003, JAR 2003/41.
HR 21 maart 2003, JAR 2003/91.
HR 19 december 2003, JAR 2004/14.
HR 18 maart 2005, JAR 2005/99.
HR 29 september 2006, JAR 2006/263.
HR 27 juni 2008, JAR 2008/188.

Hof Amsterdam

Hof Amsterdam 9 januari 2003, JAR 2003/34.
Hof Amsterdam 27 mei 2003/ JAR 2003/165.
Hof Amsterdam 24 juni 2003, JAR 2003/198.
Hof Amsterdam 8 december 2005, JAR 2006/132.

Rechtbank Dordrecht

Rb. Dordrecht 24 september 2003, JAR 2003/247.

Rechtbank 's-Hertogenbosch

Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 1973, Prg. 1974, 899.

Rechtbank Middelburg

Rb. Middelburg 18 januari 2002, JAR 2002/41.

Kantonrechter Apeldoorn

Ktg. Apeldoorn 26 februari 2003, JAR 2003/92.

Kantonrechter Amsterdam

Ktg. Amsterdam 28 mei 1999, JAR 1999/154.
Ktg. Amsterdam 8 december 1994, Prg. 1995, 4241.

Kantonrechter Delft

Ktg. Delft 15 december 2005, RAR 2006, 33.

Kantonrechter Eindhoven

Ktg. Eindhoven 8 maart 1990, NJ 1992, 145.

Kantonrechter Haarlem

Ktg. Haarlem 23 september 1997, JAR 1997, 20.

Kantonrechter Harderwijk

Ktg. Harderwijk 9 september 1987, Prg. 1988, 2926.

Kantonrechter Hoorn

Ktg. Hoorn 8 september 2008, RAR 2009, 4.

Kantonrechter Rotterdam

Ktg. Rotterdam 23 september 1991, Prg. 1991, 3554.

Kantonrechter Sittard

Ktg. Sittard 5 september 2001, JAR 2001/209.

Kantonrechter Utrecht

Ktg. Utrecht 1 april 1993, JAR 1993, 108.

Kantonrechter Zaandam

Ktg. Zaandam 2 maart 2006, JAR 2006/112.

Kantonrechter Zwolle

Ktg. Zwolle 21 juli 1992, JAR 1992/60;

Centrale Raad van Beroep

CRvB 20 januari 1981, RSV 1981, 126.