

# Loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling

mr. S.F. Sagel<sup>1</sup>  
advocaat te Den Haag

**Als een werknemer wordt geschorst of op non-actief gesteld moet de werkgever het loon dan doorbetalen? Uitlatingen van regeringszijde brachten verwarring maar de Hoge Raad verschafte duidelijkheid in maart jl. Een schorsing of op non-actiefstelling is een oorzaak voor het niet-verrichten van de bedongen werkzaamheden die voor risico van de werkgever komt, ongeacht of deze aan de werkgever of de werknemer te wijten valt. Stefan Sagel becommentarieert.**

Een werkgever kan om verschillende redenen een werknemer de toegang tot het werk weigeren. Soms gebeurt dat bij wijze van disciplinaire maatregel die wordt ingegeven door verwijtbaar (wan)gedrag van de werknemer: In dergelijke gevallen wordt gesproken van ‘schorsing’. Wanneer de weigering haar grond vindt in omstandigheden die niet, althans niet alleen, aan de werknemer te wijten zijn, wordt meestal gesproken van ‘op non-actiefstelling’. De vereisten voor een geldige schorsing of op non-actiefstelling zijn gelijk.<sup>2</sup> Blijkens de rechtspraak brengt het beginsel van goed werkgeverschap mee dat de werkgever in het algemeen verplicht is om de werknemer toe te laten tot het werk. Slechts wanneer er zwaarwegende redenen zijn voor schorsing of op non-actiefstelling, zoals ernstig wangedrag van de werknemer of een volledig onwerkbaar conflictsituatie op het werk, zal een vordering tot opheffing van die maatregelen worden afgewezen.<sup>3</sup>

## VOOR RISICO VAN WERKGEVER?

Bij de beantwoording van de vraag of een geschorste of op non-actief gestelde werknemer zijn recht op loon behoudt, staan de art. 7:627 en 7:628 BW centraal. Art. 7:627 BW bepaalt dat geen loon is verschuldigd voor de tijd waarin de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht: ‘geen arbeid, geen loon’. Art. 7:628 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer in afwijking daarvan zijn loon *wel* behoudt wanneer hij zijn arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in rede-

lijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat de werknemer voor een succesvol beroep op art. 7:628 lid 1 BW zal moeten aantonen dat hij gedurende de tijd dat hij zijn werk niet kon doen, daartoe *wel bereid* was. Blijkens art. 7:628 lid 5 BW kan bij schriftelijke overeenkomst voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer van de risicoregeling van art. 7:628 lid 1 BW worden afgeweken en een oorzaak van inactiviteit die in beginsel voor risico van de werkgever komt, voor rekening van de werknemer worden gebracht. Na die zes maanden kan blijkens art. 7:628 lid 7 BW slechts bij CAO of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan van art. 7:628 lid 1 BW worden afgeweken.

De heersende leer in de literatuur en de lagere rechtspraak is van oudsher geweest dat een schorsing of op non-actiefstelling een oorzaak voor het niet-verrichten van de bedongen werkzaamheden is die, zo zij al niet aan de schuld van de werkgever valt te wijten, in elk geval in diens risicosfeer valt en daarmee voor zijn rekening komt. Een werknemer die door een schorsing zijn

werkzaamheden niet verricht, behoudt volgens die heersende leer dan ook zijn recht op loon, tenzij de mogelijkheid tot schorsing onder inhouding van loon rechtsgeldig is bedongen op de voet van art. 7:628 lid 5 en/of 7 BW.<sup>4</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van de reparatiewet Flexwet in 1998 bleek evenwel dat van de zijde van de regering anders tegen deze kwestie aan werd gekeken. Geheel in strijd met de tot dan toe heersende leer gaf minister De Vries destijds aan dat een werknemer die wegens een disciplinaire schorsing niet werkt, die non-actieveit aan zijn eigen gedrag te wijten heeft, zodat deze niet valt onder het risico van de werkgever. Nu een disciplinaire schorsing geen werkgeversrisico is, kan de werknemer tijdens een dergelijke schorsing geen aanspraak op loon ontlenen aan art. 7:628 lid 1 BW, aldus de minister. Aan de afwijkingsmogelijkheden die de leden 5 en 7 van art. 7:628 bieden, komt men dan niet (eens) toe.<sup>5</sup>

De uitlatingen van de minister hebben tot verdeeldheid in de literatuur geleid. Verschillende auteurs hebben sinds 1998 met een beroep op de uitlatingen van de

*Ook als de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen kan hij zich volgens de HR niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken*



minister bepleit dat een werknemer die een schorsing of op non-actiefstelling aan zichzelf te wijten heeft, geen recht heeft op loon op grond van art. 7:628 lid 1 BW, omdat een dergelijke schorsing in zijn eigen risicosfeer valt.<sup>6</sup> Anderen, waaronder Van der Grinten, verdedigen de 'oude' leer en stellen dat een schorsing een oorzaak van niet-werken vormt die, ongeacht of de schorsing aan de werknemer valt te wijten, in de risicosfeer van de werkgever ligt.<sup>7</sup>

#### ARREST VAN AFGELOPEN MAART

De Hoge Raad heeft in het recente arrest Van der Gulik/Visser & Partners duidelijkheid gecreëerd.<sup>8</sup> Van der Gulik was werkzaam als directeur van het Hypotheekcentrum West-Brabant van Visser & Partners. Nadat tussen partijen problemen waren gerezen, is Van der Gulik per 28 maart 1996 geschorst. Per 1 juli 1997 is de arbeidsovereenkomst ontbonden. Van der Gulik vorderde salaris, bestaande uit provisie over de schorsingsperiode van meer dan een jaar. De werkgever

verweerde zich tegen die vordering met de stelling dat Van der Gulik geen aanspraak op provisie kon doen gelden, omdat hij zich voorafgaand aan de schorsing ernstig had misdragen en de schorsing daarmee aan zichzelf te wijten had.

De rechtbank besliste bij tussenvonnis dat Van der Gulik, indien hij de schorsing inderdaad aan zichzelf te wijten had, geen aanspraak had op provisie tijdens die schorsing en belastte de werkgever met het bewijs daarvan. Bij eindvonnis besliste de rechtbank dat de werkgever in het hem opgedragen bewijs geslaagd was. Van der Gulik had zich volgens de rechtbank ernstig misdragen en de werkgever had daarmee gegronde redenen om hem te schorsen. Nu de schorsing onder die omstandigheden voor risico van Van der Gulik kwam, kon deze geen aanspraak maken op provisie gedurende de schorsing.

De Hoge Raad casseerde en besliste als volgt: 'Ingevolge art. 7:628 lid 1 BW behoudt de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is "een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen" in de zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon.' De werkgever kan zich, aldus de Hoge Raad,

*Als de werkgever met inhouding van loon zou kunnen schorsen zonder contractuele grondslag, zou dat in strijd zijn met de wettelijke boetebepalingen*

niet eenzijdig aan de verplichting tot betaling van loon onttrekken. 'Dat is', aldus de Hoge Raad, 'ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten.' Een schorsing onder inhouding van loon is volgens de Hoge Raad alleen mogelijk indien op geldige wijze – dat wil zeggen op de wijze als voorgeschreven in art. 7:628 lid 5 en 7 BW – van art. 7:628 lid 1 BW is afgeweken.

#### PRAKTISCH WERKBAAR

Het arrest van de Hoge Raad verdient instemming. Allereerst past de beslissing van de Hoge Raad beter in het wettelijk systeem dan de benadering die spreekt uit het vonnis van de rechtbank. Van der Grinten heeft er terecht op gewezen dat een benadering als door de rechtbank gehanteerd, waarin de werkgever de mogelijkheid tot schorsing onder inhouding van loon ook heeft wanneer daarvoor *geen* contractuele grondslag is, zich niet zou verdragen met de wettelijke bepalingen ter zake van de boete.<sup>9</sup> Blijkens art. 7:650 BW is het opleggen van een boete slechts mogelijk als de mogelijkheid daartoe in de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk is bedongen. Het verlies van de aanspraak op loon bij een schorsing wegens een bepaalde overtreding, kan als boete wegens die overtreding worden beschouwd. Het ligt dan ook in de rede dat ook een schorsing onder inhouding van loon niet zonder contractuele grondslag mogelijk is.

De benadering van de rechtbank, waarin de werkgever onder omstandigheden ook *zonder* contractuele grondslag de werknemer onder inhouding van loon kan schorsen, heeft bovendien de eigenaardige consequentie dat de werkgever in feite het effect van een ontslag op staande voet kan bewerkstelligen – te weten onmiddellijke beëindiging van de loonbetaling – *zonder* dat de werknemer dezelfde rechtsbescherming heeft.<sup>10</sup> Een ontslag op staande voet moet, op straffe van nietigheid, onverwijld worden gegeven, onder gelijktijdige en duidelijke mededeling van de reden. Zodanig strenge eisen worden niet aan een schorsing gesteld.

De voorgaande twee argumenten zijn

tamen theoretisch van aard. Mijn instemming met het arrest wordt uiteindelijk vooral ingegeven door de praktische werkbaarheid van de daarin vervatte beslissing. De Hoge Raad heeft ten aanzien van de verschuldigdheid van loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling een heldere en goed werkbare maatstaf aangereikt. De rechtspraktijk is mijns inziens niet gediend met het door de rechtbank gemaakte onderscheid tussen schorsingen en op non-actiefstellingen die in overwegende mate aan de werknemer zelf te wijten zijn – waarbij op grond van art. 7:628 lid 1 BW geen recht op loon bestaat – en schorsingen en op non-actiefstellingen die dat niet zijn, waarbij de werknemer op grond van art. 7:628 lid 1 BW wel recht op loon behoudt. Het hanteren van een dergelijk onderscheid zou zonder twijfel aanleiding geven tot veel onzekerheid – en daarmee tot veel procedures – over de vraag of de schorsing of op non-actiefstelling meer

aan de werknemer of de werkgever te wijten is en het loon verschuldigd is gebleven. De Hoge Raad heeft dergelijke discussies – en daarmee een hoop procedures – de pas afgesneden. De rechtszekerheid is daarmee gediend.

Ondanks de rechtszekerheid die het meebrengt, zal het arrest van de Hoge Raad zonder twijfel kritiek oogsten. Die kritiek zal zijn dat de door de Hoge Raad gekozen benadering er onder omstandigheden toe zal leiden dat werknemers die wegens ernstig wan gedrag langdurig geschorst zijn (bijvoorbeeld omdat, bij vermeende fraude, uitgebreid accountantsonderzoek nodig is), gedurende die schorsing hun recht op loon behouden, enkel en alleen omdat de werkgever zich niet kan beroepen op een rechtsgeldige afwijking van art. 7:628 lid 1 BW. Het voordeel van de rechtszekerheid dat de door de Hoge Raad geformuleerde 'hard and fast



### *Het onderscheid tussen schorsingen die in overwegende mate aan de werknemer te wijten zijn en schorsingen die dat niet zijn, zou veel onzekerheid en procedures scheppen*

rule' meebrengt, kan nimmer opwegen tegen dergelijke onaanvaardbaar onbillijke resultaten in individuele gevallen, zo zal de kritiek op het arrest zijn. Ik denk dat het wel zal meevallen met die onbillijke resultaten.

#### **IN GEVAL VAN ONAANVAARBARE ONBILLIJKHEID**

Wanneer de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel in een bepaald geval daadwerkelijk tot onaanvaardbaar onbillijke resultaten leidt, kunnen deze allereerst via de band van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid als verankerd in art. 6:248 lid 2 BW, worden opgevangen. In het arrest *Chicopee/Van Gerwen* van 1 juli 1993 heeft de Hoge Raad namelijk beslist dat 'niet uitgesloten is dat het in bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat een op

actiefstelling aanspraak maakt op loon. De formulering van de Hoge Raad in het arrest *Chicopee/Van Gerwen* lijkt te zijn ingegeven door de specifieke omstandigheden van de zaak die in cassatie aan de orde was en die zich erdoor kenmerkte dat de op non-actief gestelde werknemer elders betaalde arbeid verrichtte.

Wanneer zal de werkgever zich nu in de praktijk met succes op het standpunt kunnen stellen dat het 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' is dat een werknemer aanspraak maakt op loon tijdens een schorsing of op non-actiefstelling? Voorop moet worden gesteld dat uit het woord 'onaanvaardbaar' volgt dat de rechter het recht op loon slechts in bijzonder sprekende gevallen terzijde zal mogen schuiven. De rechter zal terughoudend moeten zijn en marginaal moeten toetsen. Bij de

Ook zal gewicht toekomen aan de lengte van de schorsing en de mate waarin de werknemer daaraan heeft bijgedragen. Is sprake van een korte schorsing, dan zal een loonaanspraak minder snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dan wanneer sprake is van een langdurige schorsing die door de werknemer willens en wetens is gerekt. Te denken valt aan een werknemer die het onderzoek naar zijn handelwijze, hangende hetwelk hij is geschorst, tegenwerkt waardoor de schorsing maanden in beslag neemt. Heeft de werkgever de lange duur van de schorsing daarentegen aan zichzelf te wijten omdat hij de zaak, nadat de werknemer is geschorst, heeft 'laten liggen', dan zal de loonaanspraak van de werknemer niet snel op grond van art. 6:248 lid 2 BW afgewezen kunnen worden.

Aan de financiële situatie van de werkgever en de werknemer komt ook gewicht toe. Heeft de werknemer elders betaalde arbeid verricht, dan zal in het algemeen eerder sprake zijn van een situatie waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer aanspraak maakt op loon dan wanneer hij geen andere inkomsten heeft.

En ook de omstandigheid dat de werkgever in een penibele financiële situatie verkeert, kan er toe bijdragen dat het onaanvaardbaar is dat een werknemer tijdens een schorsing aanspraak maakt op loon. Dat geldt vanzelfsprekend eens te meer wanneer die situatie door toedoen van de werknemer is ontstaan.

#### **VERREKENING MET ONTSLAGVERGOEDING**

Naast art. 6:248 lid 2 BW biedt ook het ontslag(vergoedings)recht handvatten om in sprekende gevallen aan eventuele onbillijke gevolgen van de door de Hoge Raad in het arrest *Van der Gulik* geformuleerde regel te ontkomen. Een schorsing of op non-actiefstelling vormt in de meeste gevallen het 'voorportaal' tot een beëindiging van het dienstverband, door middel van een ontbinding ex art. 7:685 BW of ontslag. Blijkens de rechtspraak nemen rechters een aan de ontbinding of het ontslag voorafgaande periode van betaalde non-activiteit vaak in aanmerking bij de begroting van een ontbindingsvergoeding ex

## *Bij disciplinaire schorsing wegens ernstig wangedrag van de werknemer zal een loonaanspraak eerder onaanvaardbaar zijn dan wanneer bijvoorbeeld de functie is vervallen*

non-actief gestelde werknemer aanspraak maakt op loon, terwijl hij elders betaalde arbeid verricht'.<sup>11</sup> Er kunnen zich, met andere woorden, gevallen voordoen waarin de werkgever zich met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan onttrekken aan de op hem rustende verplichting tot betaling van loon tijdens een schorsing of op non-actiefstelling.

Uit het voorgaande citaat zou kunnen worden afgeleid dat de werkgever zich slechts met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW aan de verplichting tot betaling van loon tijdens een schorsing kan onttrekken in gevallen waarin de geschorste werknemer 'elders betaalde arbeid verricht'. Mijns inziens moet het arrest niet zo beperkt worden gelezen en kunnen zich ook daarbuiten gevallen voordoen waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer tijdens schorsing of op non-

beantwoording van de vraag of een aanspraak op loon tijdens schorsing of op non-actiefstelling met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW kan worden afgeweerd, zal het vervolgens aankomen op een afweging van de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft zich in het arrest van 1993 niet uitgelaten over de vraag welke omstandigheden in dat verband relevant zijn.

Mijns inziens zal allereerst gewicht mogen toekomen aan de mate waarin de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer valt te verwijten. Is sprake van een disciplinaire schorsing wegens ernstig wangedrag aan de zijde van de werknemer dan zal een loonaanspraak eerder onaanvaardbaar zijn dan wanneer de op non-actiefstelling in het geheel niet aan de werknemer valt te wijten, bijvoorbeeld wanneer hij is heengezonden omdat zijn functie is vervallen.



art. 7:685 BW of een kennelijk-onredelijk-ontslagvergoeding ex art. 7:681 BW.

Een goed voorbeeld vormt een beschikking van de Kantonrechter te Tiel van 4 augustus 1999, waarin als volgt werd overwogen: 'De enkele omstandigheid dat Jongman reeds een aantal maanden op non-actief is gesteld en Weeda & Jellema Makelaardij BV gehouden zal zijn om tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst formeel beëindigd is het Jongman toekomstige loon uit te betalen is voor de kantonrechter voldoende aanleiding om bij toekenning van de vergoeding ex art. 7:685 BW te volstaan met het door Weeda & Jellema Makelaardij aangeboden bedrag van f 25.000'.<sup>12</sup>

In gevallen waarin een werknemer een schorsing geheel aan zichzelf te wijten heeft en het om die reden 'onbillijk' voorkomt dat de werknemer tijdens die schorsing zijn recht op loon heeft behouden, kan de rechter die onbillijkheid mitigeren door bij de begroting van de aan de werknemer toekomstige ontslagvergoeding het tijdens de schorsing verdiende loon in mindering te brengen op de toe te kennen vergoeding of door in de loonbetaling tijdens de schorsing aanleiding te zien om in het geheel geen vergoeding toe te kennen. Een dergelijke 'verrekening' verdraagt zich mijns inziens zonder meer met de door de Hoge Raad in het arrest Van der Gulik geformuleerde regel. In dat arrest is uitsluitend beslist dat een schorsing of op non-actiefstelling een oorzaak voor het niet-verrichten van de bedongen arbeid is die in de risicosfeer van de werkgever valt, zodat de werknemer die om die reden zijn werkzaamheden niet kan verrichten, zijn recht op loon behoudt. Daarmee is niet gezegd dat de omstandigheid dat ingevolge die regel tijdens een schorsing of op non-actiefstelling loon is betaald, niet in aanmerking zou mogen worden genomen bij de begroting van de vergoeding waarop de werknemer aan het einde van het dienstverband recht heeft.

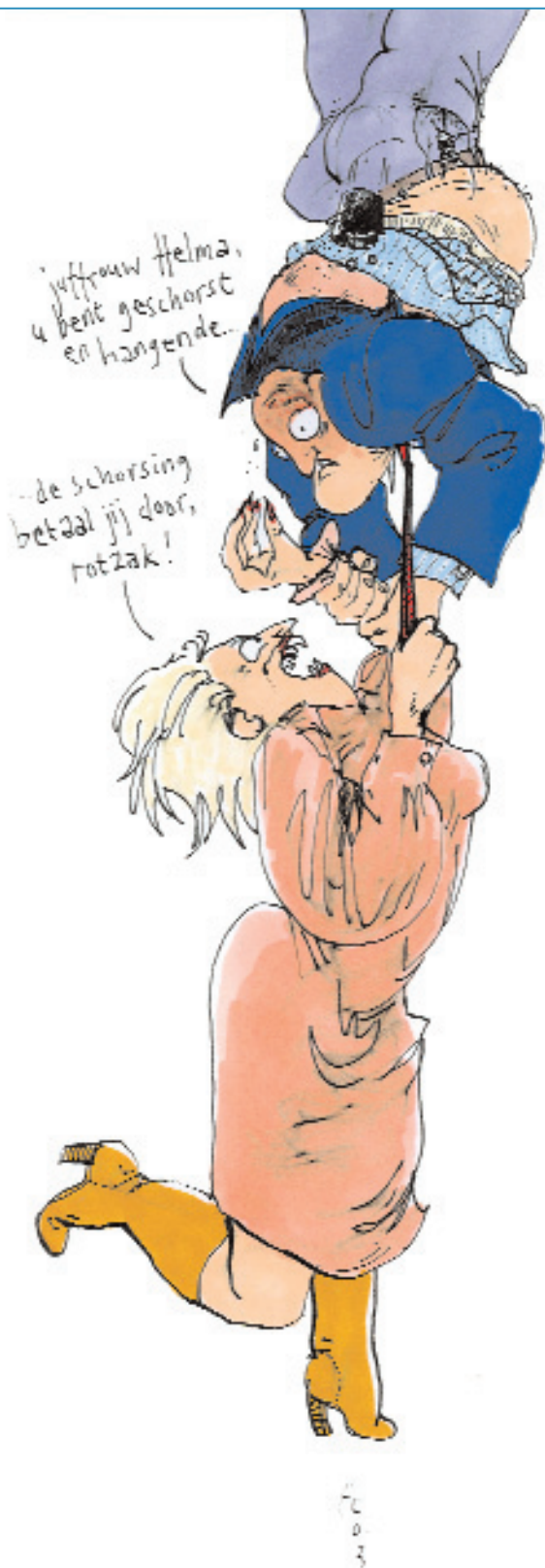
Vanzelfsprekend kan de mogelijkheid tot 'verrekening' van tijdens de schorsing of op non-actiefstelling betaald loon met de toe te kennen ontslagvergoeding slechts soelaas bieden in gevallen waarin een dergelijke ontslagvergoeding in beginsel op zijn plaats is.

Is de handelwijze van de geschorste werknemer bijvoorbeeld zo ernstig dat hij op grond daarvan terecht op staande voet is ontslagen of zijn arbeidsovereenkomst om die reden wegens een dringende reden is ontbonden, dan komt hem geen vergoeding toe en valt er voor de rechter niets te 'verrekenen'.<sup>13</sup> In dergelijke gevallen zal de werkgever die meent dat het onbillijk is dat hij gedurende de schorsing loon moet betalen, omdat hij zich niet kan beroepen op een geldige afwijking van art. 7:628 lid 1 BW, het moeten hebben van art. 6:248 lid 2 BW.

### IS SCHORSING OORZAAK VAN NON-ACTIVITEIT?

Het arrest Van der Gulik/Vissers & Partners zou zo gelezen kunnen worden dat een werknemer tijdens schorsing of non-actiefstelling *altijd* recht heeft op loon, tenzij de mogelijkheid tot schorsing onder inhouding van loon op rechtsgeldige wijze is bedongen. Die lezing gaat mij te ver. In het arrest Van der Gulik is slechts beslist dat de werkgever tijdens schorsing of op non-actiefstelling tot loonbetaling gehouden is, wanneer die maatregel de *oorzaak* voor het niet-verrichten van de bedongen arbeid is. Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin een werknemer pas wordt geschorst of op non-actief gesteld, nadat een andere oorzaak die krachtens art. 7:628 lid 1 BW wel in zijn risicosfeer valt, hem het werken reeds onmogelijk heeft gemaakt. In dergelijke gevallen kan niet gezegd worden dat de schorsing of op non-actiefstelling de *oorzaak* van de non-activiteit van de werknemer vormt en bestaat mijns inziens dan ook geen loonbetalingsverplichting tijdens de schorsing.

Een voorbeeld ter verduidelijking: een werknemer die als chauffeur in dienst is, wordt aangehouden nadat hij een verkeersongeval heeft veroorzaakt. Hij blijkt te veel alcohol te hebben gedronken en zijn rijbewijs wordt ingevorderd. De werknemer wordt strafrechtelijk veroordeeld tot een onvoorwaardelijke ontzegging van de rijbevoegdheid voor de duur van 12 maanden en kan zijn werkzaamheden om die reden niet meer verrichten. De ontzegging van de rijbevoegdheid is een oorzaak voor niet (kunnen) werken die blijkens de jurisprudentie op



## De rechter kan onbillijkheden beperken door het doorbetaalde loon in mindering te brengen op de ontslagvergoeding

grond van art. 7:628 lid 1 BW voor risico van de werknemer zelf komt.<sup>14</sup> Nadat de werkgever op de hoogte is gekomen van de ontzegging van de rijbevoegdheid wordt de werknemer voor de duur daarvan geschorst.

In dit geval vindt het niet kunnen verrichten van de bedongen chauffeurswerkzaamheden tijdens de schorsing zijn (werkelijke) oorzaak in de ontzegging van de rijbevoegdheid: wordt de schorsing weggedacht, dan blijft de werknemer verhinderd om zijn werkzaamheden te verrichten. De werkgever is onder die omstandigheden niet gehouden tot loonbetaling tijdens de schorsing. Dat verandert op het moment dat hij zijn rijbewijs weer terugkrijgt. Handhaaft de werkgever dan de schorsing, dan wordt met ingang van dat moment de schorsing de oorzaak van het niet-verrichten van de bedongen werkzaamheden, en verkrijgt de werknemer met ingang van dat moment op grond van de in het Van der Gulik-arrest geformuleerde regel, op grond van art. 7:628 lid 1 BW aanspraak op loon.

Tot slot rijst de vraag wat rechtens is in de situatie waarin de werknemer, pas *nadat* hij is geschorst of op non-actief gesteld, ook vanwege een *tweede* oorzaak die krachtens art. 7:628 lid 1 BW *wel* voor zijn risico komt, zijn werkzaamheden niet kan uitoefenen. Keren wij terug naar de chauffeur die wegens rijden onder invloed werd aangehouden. Deze keer wordt zijn rijbewijs niet direct ingenomen. De werkgever schorst de werknemer wel direct wegens het rijden

onder invloed. Hangende de schorsing wordt het rijbewijs alsnog ingenomen. In een dergelijk geval behoudt de werknemer bij aanvang van de schorsing zijn recht op loon, nu het niet kunnen verrichten van de werkzaamheden in die periode uitsluitend wordt veroorzaakt door de schorsing. Maar hoe moet worden gedacht over de situatie die ontstaat wanneer het rijbewijs hangende de schorsing alsnog wordt ingevorderd? Ik zou menen dat de billijkheid meebrengt dat de loonbetalingsverplichting dan vervalt, omdat de werknemer met ingang van dat moment geen recht op loon zou hebben gehad wanneer hij *niet* geschorst zou zijn. Niet valt in te zien waarom een geschorste of op non-actief gestelde werknemer een betere rechtspositie zou verdienen dan een werknemer die niet is geschorst of op non-actief gesteld.

### KORTOM, DUIDELIJKHEID

In het arrest Van der Gulik/Visser & Partners heeft de Hoge Raad kortom een duidelijke regel gesteld voor de verschuldigdheid van loon tijdens schorsing of op non-actiefstelling. Een schorsing is een oorzaak voor het niet-verrichten van de bedongen werkzaamheden die op grond van art. 7:628 lid 1 BW voor risico van de werkgever komt, ongeacht

of deze aan de werkgever of de werknemer valt te wijten. Is een werknemer door een schorsing verhinderd om zijn werk te verrichten, terwijl hij daartoe wel bereid is, dan is de werkgever tot loonbetaling gehouden, tenzij de mogelijkheid van schorsing onder inhouding van loon oprechtsgeldige wijze op de voet van art. 7:628 lid 5 en 7 BW is bedongen. Hetzelfde geldt bij een op non-actiefstelling.

De door de Hoge Raad geformuleerde regel bevordert de rechtszekerheid en past goed in het wettelijk systeem. Voorzover de door de Hoge Raad geformuleerde regel in bijzondere gevallen tot onaanvaardbare resultaten leidt, kunnen deze op verschillende manieren worden ondervangen. Wanneer een aanspraak op loon tijdens een schorsing of op non-actiefstelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan de rechter deze op grond van art. 6:248 lid 2 BW afwijzen. Ook kan de rechter de omstandigheid dat tijdens schorsing of op non-actiefstelling het loon is doorbetaald in aanmerking nemen bij de begroting van een ontslagvergoeding. Tot slot is van belang dat een recht op loon tijdens schorsing of op non-actiefstelling slechts bestaat wanneer die schorsing of op non-actiefstelling de *oorzaak* is van het niet-verrichten van het werk.

### NOTEN

- 1 Mr. S.F. Sagel is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en heeft het cassatiemiddel dat leidde tot het in deze bijdrage besproken arrest mede toegelicht. Een uitgebreidere versie van deze bijdrage verschijnt in het tijdschrift *ArbeidsRecht* (2003, nr. 6/7).
- 2 Zie G.J.J. Heerma van Voss, Losbl. *Arbeidsovereenkomst*, aant. 3.1 bij art. 7:611 BW.
- 3 Zie daarover: M. van Eck, Schorsing en op non-actiefstelling, *ArbeidsRecht*, 2002, 41, p. 8-9 en R.A.A. Duk, Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling; een voorbeeld van rechtsvinding in het arbeidsrecht, *Recht op Scherp* (W. Duk-bundel), Zwolle, 1984, p. 495.
- 4 Zie M. Brink, 'Schorsing en onvrijwillige non-activiteit van werknemers', in: *Onverwijlded spoed*, Zwolle, 1987, p. 67; M.M. Olbers, 'Arbeidstuchtrecht', in: *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 76; Asser-Kortmann-De Leede-Thunissen (1994), nr. 350, Van der

- Grinten/Van der Grinten en Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer 2002, p. 175.
- 5 Zie S.W. Kuip en C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en Zekerheid*; parlementaire geschiedenis, 1999, p. 354-357.
- 6 Zie M. van Eck, Schorsing en op non-actiefstelling, *ArbeidsRecht* 2002, 41, p. 9-10. Zie voorts J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam), 1999, p. 204.
- 7 Van der Grinten/Van der Grinten en Bouwens, a.w., p. 175.
- 8 HR 21 maart 2003, RvdW 2003, 55 en JAR 2003/91.
- 9 Van der Grinten, a.w., p. 175.
- 10 Van Slooten, a.w., p. 205.
- 11 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666.
- 12 Zie Ktr. Tiel 4 augustus 1999, Prg. 1999, 5229 en voorts Ktr. Utrecht 18 april 2002, JAR 2002/93 (gelet op periode van non-activiteit is vergoeding lager dan factor C = 1 geïndiceerd); Ktr. Haarlem 31 mei 2002, JAR 2002/160 (gelet op 4 1/2 maanden doorbe-

- taalde non-activiteit in het geheel geen plaats voor vergoeding); Ktr. Amsterdam, 15 mei 1997 Prg. 1997, 4800 (wegens periode van betaalde non-activiteit is slechts vergoeding op basis van Kantonrechtformule met correctiefactor 0,5 geïndiceerd); Ktr. Harderwijk 25 maart 1988, Prg. 1988, 2887; Anders: Ktr. Leeuwarden 26 oktober 1994, JAR 1995/199, waarin de aan de ontbinding voorafgaande periode van non-activiteit niet 'in mindering werd gebracht' op de vergoeding, omdat de werkgever de zaak zelf lang had laten liggen.
- 13 Een vergoeding komt in die gevallen niet aan de orde, nu een geldig ontslag op staande voet blijkt HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 niet kennelijk onredelijk kan zijn en krachtens art. 7:685 BW slechts een ontbindingsvergoeding kan worden toegekend wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens veranderingen in de omstandigheden.
- 14 Ktr. Amersfoort 12 december 2001, JAR 2002/34.