

ANNOTATIE

# Schorsing zonder behoud van loon tóch mogelijk?

*F.M. Dekker*

## 1. Feiten en procesverloop

V. is sinds 2001 in dienst van woningcorporatie Laurentius als statutair directeur. Hij is op 21 mei 2012 aangehouden en in voorlopige hechtenis genomen in verband met verdenking van (betrokkenheid bij) enkele misdrijven. In het vonnis staat de verdenking als volgt verwoord:

‘oplichting, verduistering, witwassen, als bestuurder meewerken aan verboden transacties en omkoping van andere dan ambtenaren. [eiser] werd ervan verdacht geld te hebben verdiend aan onroerend goed transacties voor Laurentius en dit (gedeeltelijk) voor zichzelf te hebben behouden. Justitie heeft een koffer met € 700.000,00 aan contant geld gevonden waarvan [eiser] heeft verklaard dat deze van hem is.’

Met ingang van 22 mei 2012 is V. geschorst, waarbij sinds 1 juni 2012 ook het loon is ingehouden. Per 23 juni 2012 is de voorlopige hechtenis geschorst onder de voorwaarden dat V. zich beschikbaar zou houden voor het onderzoek van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) en geen contact zou hebben met twee werknemers van Laurentius. Diezelfde dag heeft V. zich ziek gemeld, waarop Laurentius hem schriftelijk bevestigde dat het loon niet zal worden voldaan, omdat hij, ondanks de schorsing van de detentie, maar vanwege de daaraan verbonden voorwaarden, niet in staat was zijn werkzaamheden uit te voeren.

Op 11 juli 2012 is V. tijdens de buitengewone vergadering van de raad van commissarissen ontslagen als statutair directeur. Vanwege het opzegverbod tijdens ziekte is de arbeidsovereenkomst van V. hiermee niet geëindigd.

Bij vonnis van 10 augustus 2012 is de door V. ingestelde loonvordering afgewezen (zie Vznr. Breda 10 augustus 2012, AR 2012-0729). Tegen dit vonnis is hoger beroep ingesteld door V., maar hij heeft nog geen memorie van grieven genomen en de zaak is ambtshalve op de

parkeerrol geplaatst. Thans stelt V. opnieuw een loonvordering in. Hij stelt dat zich nieuwe feiten hebben voorgedaan. Bij beslissing van 3 oktober 2012 is namelijk de voorlopige hechtenis van V. opgeheven, waarmee tevens de aan de schorsing verbonden beperkende voorwaarden zijn vervallen. V. baseert zijn vordering primair op artikel 7:628 BW en subsidiair op artikel 7:629 BW.

## **2. Oordeel Voorzieningenrechter Breda**

De voorzieningenrechter oordeelt allereerst over de ontvankelijkheid van V. in het licht van de eerder gevoerde procedure en het hangende hoger beroep daarvan. Deze overweging zijn, hoewel interessant, voor het onderhavige commentaar niet van belang en zal ik daarom gemakshalve ook niet weergeven.

Ten aanzien van de primaire grondslag van de loonvordering van V. stelt de voorzieningenrechter voorop dat een schorsing in beginsel voor rekening van de werkgever komt, zodat deze het loon moet doorbetalen. In het vonnis van 10 augustus 2012, dat thans nog tussen partijen geldt, is evenwel geoordeeld dat gelet op – kort gezegd – de verdenking jegens V. en de schade en onrust die dat tot gevolg heeft gehad, alsmede gelet op de omstandigheid dat V. geen openheid van zaken had gegeven, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn de gevolgen van de schorsing voor rekening van Laurentius te laten komen en dat Laurentius daarom toch niet gehouden was tot betaling van het loon. Tussen partijen is niet in geschil dat dit oordeel in deze procedure als uitgangspunt heeft te gelden.

V. stelt thans dat jegens hem geen verdenking meer bestaat en dat hij openheid van zaken heeft gegeven. Deze stellingen worden niet gevolgd. Het OM is nog met het onderzoek bezig en heeft na opheffing van de voorlopige hechtenis beslag gelegd, zodat niet gezegd kan worden dat van een verdenking geen sprake meer is. Dat V. daadwerkelijk openheid van zaken heeft gegeven is voorts onvoldoende gebleken. Het voorgaande leidt volgens de voorzieningenrechter tot de volgende conclusie:

‘De enkele omstandigheid dat jegens [eiser] een (ernstige) strafrechtelijke verdenking bestaat, maakt niet dat de schorsing niet in redelijkheid voor rekening van Laurentius komt en dat doorbetaling van het loon onaanvaardbaar is. Echter, de omstandigheid dat [eiser] als directeur van Laurentius, terwijl hij verdacht wordt van ernstige misdrijven waardoor de organisatie van Laurentius zowel grote materiële als ernstige immateriële schade heeft geleden, terwijl voorts vast staat dat een koffer met € 700.000,- contant – mogelijk zwart – geld van [eiser] is gevonden, nalaat mee te werken aan het forensisch onderzoek van Laurentius, nalaat om tegenover Laurentius meer te verklaren over de gevonden € 700.000,-

dan dat deze geen verband houdt met Laurentius en nalaat om de gevraagde onderbouwing te geven over de projecten en transacties, maakt het vooralsnog onaanvaardbaar dat Laurentius thans het loon zou moeten doorbetalen.'

Ten aanzien van de subsidiaire grondslag van de loonvordering van V. oordeelt de voorzieningenrechter als volgt. Laurentius betwist dat werknemer arbeidsongeschikt is. Zij stelt dat UWV op 5 september 2012 heeft geoordeeld dat werknemer per 4 juli 2012 arbeidsgeschikt was en dat nadien geen andersluidend oordeel meer is gegeven. V. heeft dat niet betwist, zodat er van uitgegaan moet worden dat hij niet arbeidsongeschikt is. Daarom heeft hij evenmin op grond van artikel 7:629 BW recht op betaling van loon.

### **3. Schorsing en het recht op doorbetaling van loon**

Het oordeel van de voorzieningenrechter komt er in de kern op neer dat Laurentius bevoegd is V. te schorsen zonder behoud van loon. De vraag rijst of dit zich wel verdraagt met HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 m.nt. E. Verhulp (Van der Gulik/Visser & Partners). In dat arrest maakte de Hoge Raad immers uit dat een schorsing in de risicosfeer van de werkgever ligt en derhalve een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen in de zin van artikel 7:628 lid 1 BW. Daaraan voegde ons hoogste rechtscollege toe:

'Dat is ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. De werkgever kan zich immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken, ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert.'

Voor de vraag in wiens risicosfeer het niet werken valt, kijkt de Hoge Raad dus enkel naar de schorsingshandeling zelf. De achterliggende reden daarvan acht hij uitdrukkelijk niet van belang. Een schorsing met inhouding van loon is, in de woorden van de Hoge Raad, 'alleen mogelijk, indien naar luid van het in dit geding toepasselijke lid 5 (oud) van art. 7:628 van dit artikel is afgeweken bij schriftelijke overeenkomst of reglement'. Inmiddels is artikel 7:628 BW aldus aangepast, dat afwijking bij schriftelijke overeenkomst nog slechts mag voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Daarna kan enkel nog van artikel 7:628 lid 1 BW worden afgeweken bij cao (of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan).

Naar de letter genomen heeft de voorzieningenrechter het uit Van der Gulik/Visser & Partners voortvloeiende uitgangspunt niet miskend. Hij oordeelde namelijk:

'Gelet daarop moet voorlopig worden geoordeeld dat Laurentius, hoewel [eiser] thans niet

werkt wegens een oorzaak die in redelijkheid voor haar rekening komt, thans het loon van [eiser] niet behoeft te voldoen omdat dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn.’

De voorzieningenrechter heeft zich blijkens deze rechtsoverweging gerealiseerd dat de schorsing van V. een omstandigheid is die in de risicosfeer van Laurentius valt. Wat hij echter heeft gedaan, is een tweede redelijkheidstoetsing aanleggen. In de literatuur naar aanleiding van Van der Gulik/Visser & Partners is wel aangenomen dat dit inderdaad mogelijk is (zie S.F. Sagel, ‘Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling’, *ArbeidsRecht* 2003/6/7, p. 29 en W.A. Zondag, ‘De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon’, *ArA* 2003/2, p. 53-57). Beide schrijvers wijzen daarbij op HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 666 m.nt. P.A. Stein (Chicopee/Van Gerwen). In dat arrest was sprake van een werknemer die met behoud van loon was geschorst en van wie de arbeidsovereenkomst aansluitend werd ontbonden. Toen Chicopee na de ontbinding ontdekte dat Van Gerwen gedurende de schorsing elders een betaalde functie had aanvaard, vorderde hij een deel van het loon terug. De rechtbank wees de vordering af, daarbij onder meer overwegende dat voor analoge toepassing van de matigingsleer geen ruimte was. Dit oordeel hield in cassatie stand. De Hoge Raad gaf in een *obiter dictum* echter nog wel mee dat

‘[n]iet uitgesloten is dat het in bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de op non-actief gestelde werknemer aanspraak maakt op doorbetaling van loon terwijl hij elders betaalde arbeid verricht (...)’

Hoewel deze overweging inderdaad een aanwijzing is dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat onder bepaalde omstandigheden tijdens schorsing geen loon hoeft te worden betaald, is hier mijns inziens voorzichtigheid geboden. Van der Gulik/Visser & Partners werd immers pas tien jaar later gewezen. Bovendien was artikel 7:628 BW ten tijde van Chicopee/Van Gerwen nog semi-dwingend recht, waardoor uitsluiting ervan gemakkelijker was dan thans het geval is.

De tweede redelijkheidstoetsing kan naar mijn mening beter worden gebaseerd op de loonmatigingsjurisprudentie. In HR 11 juli 2008, *JIN* 2008/522 m.nt. W.A. Zondag (Fianed) is immers geoordeeld dat in gevallen waarin artikel 7:680a BW niet van toepassing is – omdat de loonvordering niet samenhangt met de vernietiging van een opzegging of een daarmee gelijk te stellen geval – een loonvordering desalniettemin kan worden gematigd op grond van artikel 6:248 lid 2 BW. Blijkens HR 28 september 2012, *JIN* 2012/172 m.nt. A.R. Houweling (Sappi) moeten bij een matiging krachtens artikel 6:248 lid 2 BW dezelfde maatstaven worden gehanteerd als in de rechtspraak voor de toepassing van artikel 7:680a BW zijn ontwikkeld. Dat houdt volgens de Hoge Raad in dat een rechter slechts bevoegd is tot matiging – krachtens

artikel 7:680a BW dan wel krachtens artikel 6:248 lid 2 BW – over te gaan, indien toewijzing van de loonvordering in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De rechter dient daarbij de terughoudendheid te betrachten die met deze maatstaf strookt en van die terughoudendheid in zijn motivering te doen blijken, aldus nog steeds de Hoge Raad. Uit deze twee arresten kan worden afgeleid dat *elke* loonvordering – dus eveneens die die niet verband houdt met een vernietigde opzegging of een daarmee gelijk te stellen geval – kan worden gematigd.

Ook bij de loonvordering van een werknemer die gedurende zijn schorsing geen loon heeft ontvangen, is matiging dus een optie. Hierbij moet echter wel in het achterhoofd worden gehouden dat het om een *tweede* redelijkheidstoetsing gaat. Het toerekeningscriterium van artikel 7:628 BW is immers ook reeds de redelijkheid. Dit brengt mijns inziens juridisch-technisch gezien beperkingen met zich ten aanzien van de omstandigheden die bij de beoordeling ex artikel 6:248 lid 2 BW in ogenschouw mogen worden genomen. Het zou immers vreemd zijn indien de omstandigheden die in de eerste redelijkheidstoetsing de ene kant op wijzen, in een tweede redelijkheidstoetsing zouden worden gebruikt om een andere richting aan te geven. De omstandigheden die hebben geleid tot het oordeel dat het niet werken van de werknemer in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, kunnen in mijn ogen in de tweede redelijkheidstoetsing dan ook niet opnieuw worden meegewogen. Aangezien de Hoge Raad in Van der Gulik/Visser & Partners stellig heeft geoordeeld dat schorsing in de risicosfeer van de werkgever ligt, ongeacht of de werkgever gegronde redenen had tot schorsing over te gaan en of de werknemer de schorsing aan zichzelf te wijten heeft, mogen de omstandigheden die de aanleiding waren voor de schorsing naar mijn mening niet worden betrokken bij de matigingsvraag. Voor een matiging van de loonvordering van een geschorste werknemer moeten er dus bijkomende, van de schorsingsgrond losstaande omstandigheden zijn. Op dit punt is Voorzieningenrechter Breda naar mijn oordeel de fout ingegaan. De redenen die hij noemt om V. zijn loonvordering te ontzeggen – de verdenking van ernstige misdrijven waardoor Laurentius grote schade heeft geleden, de aanwezigheid van een koffer met € 700.000 contant geld en de weigering van V. om mee te werken aan het forensisch onderzoek van Laurentius en om in dat verband een verklaring te geven omtrent de herkomst van de geldkoffer – zijn immers dezelfde als aan de schorsing ten grondslag lagen.

#### **4. Enkele bezwaren tegen het huidige systeem**

De conclusie die uit het vorenstaande moet worden getrokken, is dat een disciplinaire schorsing wegens (ernstig) wangedrag van de werknemer enkel gepaard mag gaan met inhouding van loon als op rechtsgeldige wijze van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. Bijzondere omstandigheden kunnen er in uitzonderingsgevallen weliswaar toe leiden dat het

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is de loonvordering van een geschorste werknemer toe te wijzen, doch dit moeten dan omstandigheden zijn die losstaan van de schorsing(sreden). De onderliggende oorzaak van de schorsing – het wangedrag van de werknemer – kan dus niet tot een dergelijke conclusie bijdragen. Deze ontsnappingsmogelijkheid biedt werkgevers derhalve weinig soelaas. Tegen deze stand van zaken zijn enkele bezwaren aan te voeren.

Om te beginnen zijn werkgevers voor het bedingen van de mogelijkheid van schorsing zonder loon afhankelijk van sociale partners. Sinds 1999 – de Reparatiewet bij de Wet flexibiliteit en zekerheid (hierna: Reparatiewet) – kan artikel 7:628 lid 1 BW na de eerste zes maanden immers nog slechts bij cao worden uitgesloten. Dit biedt weinig flexibiliteit om het sanctiebeleid aan de onderneming aan te passen. Tevens brengt dit mee dat het middel van de schorsing zonder loon voor werkgevers die niet onder een cao vallen in het geheel ontbreekt. Deze twee feiten zijn te betreuren omdat de variëteit van het sanctiearsenaal dat de werkgever ter beschikking staat erdoor wordt verkleind. Ontslag komt daardoor wellicht eerder in beeld (aldus ook J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 242). Uit de parlementaire geschiedenis van de Reparatiewet kan overigens worden opgemaakt dat deze consequentie door de (toenmalige) wetgever niet is bedoeld. Toen vanuit de Tweede Kamer werd gevraagd naar de gevolgen van het wetsvoorstel voor de disciplinaire schorsing werden de zorgen namelijk gesust met het antwoord dat deze gevolgen er niet zijn. Bij een disciplinaire schorsing zou het niet werken namelijk voor rekening van de werknemer komen (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 12, p. 10-11. Zie ook *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, nr. 7, p. 2-3):

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

Daarnaast komt het mij kunstmatig voor bij de beantwoording van de vraag voor wiens rekening een schorsing komt enkel te kijken naar de schorsingshandeling en niet naar de onderliggende reden. Aan Sagel moet evenwel worden toegegeven dat het alternatief, te weten

een systeem waarbij van geval tot geval moet worden uitgemaakt of bij schorsing het loon mag worden ingehouden, evenmin wenselijk is. (S.F. Sagel, 'Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling', *ArbeidsRecht* 2003/6/7, 29). Daarmee zou immers onzekerheid troef zijn.

Tot slot is onder het huidige systeem mogelijk een kunstgreep nodig bij de interpretatie van artikel 8 BBA. Het is namelijk niet zeker hoe deze bepaling zich verhoudt tot artikel 7:628 lid 1 BW of een daarvan afwijkende risicoverdeling als bedoeld in het vijfde of zevende lid van artikel 7:628 BW. Ten aanzien van eerstbedoelde verhouding lijkt zich geen probleem voor te doen. De meerderheidsopvatting is immers dat artikel 8 lid 1 BBA ten opzichte van artikel 7:628 lid 1 BW geen zelfstandige loongarantie bevat (uitgebreid hierover W.A. Zondag, *Werktijdsverkortings* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 142-151). Dat houdt in dat ingeval een omstandigheid volgens de maatstaf van artikel 7:628 lid 1 BW voor rekening van de werknemer komt, de werkgever geen ontheffing van artikel 8 lid 1 BBA nodig heeft om het loon in te houden. Wat de verhouding tussen artikel 8 lid 1 BBA en een contractuele risicoregeling als bedoeld in artikel 7:628 lid 5 en 7 BW betreft, liggen de kaarten evenwel anders. De heersende leer is namelijk dat een dergelijke risicoregeling niet derogeert aan artikel 8 lid 1 BBA (W.A. Zondag, *Werktijdsverkortings* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 151-158). Strikt genomen betekent dit dat in een situatie die volgens artikel 7:628 lid 1 BW voor rekening van de werkgever zou komen (zoals schorsing), de werkgever een ontheffing van artikel 8 lid 1 BBA nodig heeft om loon in te mogen houden, ook al is rechtsgeldig van artikel 7:628 lid 1 BW afgeweken (vergelijk Ktr. Lelystad 8 februari 2012, AR 2012-0212). Als deze redenering rechtens juist is, heeft de werkgever weinig aan een in een cao opgenomen beding op grond waarvan hij bij schorsing geen loon verschuldigd is. Om aan deze onwenselijke conclusie te ontkomen, wordt in de literatuur wel betoogd dat artikel 8 lid 1 BBA aldus moet worden geïnterpreteerd dat een schorsing zonder loon niet onder het bereik ervan valt (zie bijvoorbeeld J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 244 en W.A. Zondag, 'De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon', *ArA* 2003/2, p. 60-61). Een dergelijke interpretatie volgt echter niet uit de tekst van de bepaling, maar kan hooguit worden afgeleid uit het doel ervan. Dit leidt er echter toe dat onscherp is welke situaties wel en niet onder het verbod van artikel 8 lid 1 BBA moeten worden begrepen.

Gelet op deze bezwaren kan naar mijn mening worden gesteld dat de huidige wettelijke bepalingen niet goed hanteerbaar zijn bij het middel van de schorsing. Een wettelijke regeling ervan lijkt dan ook gewenst.

## 5. Slot

Medio jaren negentig van de vorige eeuw is geprobeerd de schorsing wettelijk te regelen

(wetsvoorstel 23 974). Het betreffende wetsvoorstel werd ingetrokken, omdat het toenmalige recht bij nader inzien bevredigend werd geacht. Inmiddels is artikel 7:628 BW evenwel gewijzigd in driekwart dwingend recht. En hoewel misschien onbedoeld (zie hierboven), zijn de mogelijkheden tot schorsing zonder loon – gelet op Van der Gulik/Visser & Partners – daarmee drastisch ingeperkt. Dit is, zoals gezegd, jammer omdat het middel van ontslag daardoor mogelijk eerder wordt aangewend. De huidige stand van het recht maakt een wettelijke regeling dus wellicht weer wel gewenst.