HOOFDSTUK 4

Bepaling, berekening en vormen

van loon

**§ 4.1 Bepaling van loon**

Een element van de arbeidsovereenkomst is het loon. Partijen zijn in beginsel vrij in

de vaststelling van het loon.1 Vaak is in de toepasselijke cao een regeling van het loon

opgenomen.2 Verder wordt op de vrijheid van partijen een zekere inbreuk gemaakt

door de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WMM) en de regels die een

gelijke behandeling van werknemers voorschrijven (zie over die laatste regels hoofdstuk

11). Een bevoegdheid om lonen en andere arbeidsvoorwaarden te regelen komt

onder de in art. 5 en 6 Wet op de loonvorming neergelegde voorwaarden toe aan de

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Deze bevoegdheid heeft al geruime

tijd geen praktische betekenis: zij wordt niet gebruikt.

De vaststelling van het loon behoeft niet uitdrukkelijk te geschieden. In § 2.1.2

kwam reeds aan de orde dat uit een bestendig gevolgde gedragslijn na verloop van

tijd voor de werknemer een rechtens afdwingbare aanspraak kan resulteren. Van

deze situatie moet worden onderscheiden het geval dat partijen het loon niet hebben

vastgesteld. De werknemer heeft in dat geval aanspraak op zodanig loon als ten

tijde van het sluiten der arbeidsovereenkomst voor arbeid als de overeengekomene

gebruikelijk was (art. 618).3 Bestaat er geen gebruik, dan moet het loon naar billijkheid

worden bepaald.4

1 Het afgelopen decennium zijn wettelijke beperkingen tot stand gebracht onder meer voor topfunctionarissen

in de (semi-)publieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen

publieke en semipublieke sector) en voor werknemers in de fi nanciële sector (zie onder meer

hoofdstuk 1.7 van de Wet op het fi nancieel toezicht). Deze regelingen blijven hierna buiten beschouwing.

Zie daarover o.a.: B. Barentsen & E.L.H. van der Vos, *TvAO* 2017/3, p. 159; H.E. Meerman

& D. Schuurman, *ArbeidsRecht* 2017/12; A. Keizer & N.J. Reijn, *TRA* 2017/70; C.F.J. van Tuyll, *TvAO*

2018/1, p. 37; A.M. Helstone & P. Disseldorp, *ArbeidsRecht* 2019/11; J.Stolk, *ArbeidsRecht* 2022/6;

A.M. Helstone, *TRA* 2022/49; M.S. Houwerzijl, *TRA* 2023/14.

2 Veelal aan de hand van een systeem van functiewaardering. Zie daarover: HR 3 maart 1989, *NJ*

1989/471; HR 7 april 1989, *NJ* 1989/533; HR 2 november 1990, *NJ* 1991/25; HR 31 mei 1991, *NJ*

1991/679; HR 27 september 1991, *NJ* 1991/788; HR 13 september 1996, *NJ* 1997/38, m.nt. Stein; HR

14 maart 2003, *JAR* 2003/89 en 2 mei 2003, *JAR* 2003/129 (RPBO); HR 5 maart 2010, *JAR* 2010/91;

HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:564.

3 De verwijzing naar plaatselijk gebruik is in 1997 vervallen (art. 1637q (oud)). Thans kan derhalve

ook het vakgebruik maatgevend zijn.

4 Ktr. Winschoten 16 maart 2010, *JAR* 2010/101 (maatstaf minimum(jeugd)loon).

**§ 4.2** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

114

Aan toepassing van art. 618 wordt pas toegekomen wanneer een arbeidsovereenkomst

tot stand is gekomen. Derhalve moet vaststaan dat partijen hebben afgesproken

dat de ene partij in dienst van de andere partij tegen loon arbeid zal verrichten.

Toepassing is met name aan de orde wanneer partijen zich niet hebben ‘bekommerd’

om de hoogte van een bepaald loonbestanddeel, zoals bepaalde toeslagen.5 Wanneer

partijen over de hoogte van (onderdelen van) het loon hebben onderhandeld, maar

daarover geen overeenstemming hebben bereikt, kan het wetsartikel een gebrek in

de wilsovereenstemming niet helen.6

Een wettelijke verplichting tot indexering van lonen bestaat niet. De werknemer

heeft rechtens geen aanspraak dat de koopkracht van het loon niet vermindert. Partijen

kunnen indexering overeenkomen. Ook redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen

dat het loon moet worden aangepast.7

Het loon is, evenals andere prestaties waarop de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst

aanspraak heeft, verschuldigd door de werkgever. Is de werkgever

een rechtspersoon, dan zal in beginsel uitsluitend de rechtspersoon aansprakelijk

zijn. Indien de bestuurder van de rechtspersoon verhindert dat de werkgever-rechtspersoon

aan zijn verplichtingen tegenover de werknemer voldoet, kan dit onder omstandigheden

een onrechtmatig handelen van de bestuurder zijn.8

**§ 4.2 Bruto- en nettoloon**

Meestal zal het loon in geld worden uitgedrukt in een brutobedrag. Dit bedrag omvat

mede de door de werknemer verschuldigde belastingen en sociale premies, voor

zover die door de werkgever moeten worden ingehouden en afgedragen.9 Door afdracht

wordt de werkgever gekweten.10 Veranderingen in de persoonlijke staat van

5 Vgl. Hof ’s-Hertogenbosch 3 juni 2014, *JAR* 2014/177 voor de bepaling van het (niet afgesproken)

loon voor slaapdiensten.

6 Vgl. (conclusie A-G Keus voor) HR 31 mei 2013, *JAR* 2013/160.

7 Een opmerkelijk (en zeker voor kritiek vatbaar) voorbeeld van een niet overeengekomen, maar op

de eisen van goed werkgeverschap gebaseerde verplichting tot aanpassing biedt HR 3 december

1999, *JAR* 2000/61. De Hoge Raad sanctioneert niet alleen het oordeel van de appelrechter dat

verhoging van de cao-lonen dwingt tot aanpassing van het niet door de cao beheerste loon van de

directeur, maar laat ook in stand de beslissing dat die verhoging gelijk moet zijn aan het nominale

bedrag van de verhoging van het maximum van de hoogste cao-lonen, terwijl niet vaststond dat

medewerkers bij de werkgever op het maximumsalaris van die hoogste klasse waren ingedeeld.

8 Vgl. HR 3 april 1992, *NJ* 1992/411, m.nt. Maeijer; HR 12 juni 2009, *JAR* 2009/182. Zie bijv. Hof Amsterdam

13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:90. Zie ook § 1.4.

9 Zie art. 27 e.v. Wet op de loonbelasting 1964 en art. 58 e.v. Wet fi nanciering sociale verzekeringen

(Wfsv). Het door de werkgever verschuldigde deel van de premies is niet begrepen in het brutoloon.

Dit deel mag ook niet verhaald worden op de werknemer. Elk afwijkend beding is nietig (art. 20 Wfsv).

Het werkgeversdeel van de pensioenpremie wordt evenmin tot het brutoloon gerekend; het werknemersdeel

wel. Zie *Kamerstukken II* 1969/70, 10245, nr. 5, p. 2; Van Slooten, p. 86 en 89; Asser/Lutjens

7-XI, 2019/433. Vgl. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1784 (*Steinweg/HDI-Gerling Verzekeringen*)

(deel pensioenpremie dat werkgever moet afdragen, valt niet onder begrip loon in art. 6:107a).

10 HR 22 januari 1971, *NJ* 1971/179; HR 17 november 1978, *NJ* 1979/149, m.nt. Stein; HR 19 juni 1998,

*JAR* 1998/169. Zie voor een geval waarin de werkgever het brutoloon diende uit te betalen aan

de werknemer, omdat hij de inhoudingen niet afdroeg aan de fi scus: Rb. Utrecht 29 mei 2019,

ECLI:NL:RBMNE:2019:3268.

*Bruto- en nettoloon* **§ 4.2**

115

de werknemer kunnen meebrengen dat op hem een ander regime van toepassing

wordt en hij een hoger of lager nettoloon ontvangt dan daarvoor.11

Partijen kunnen ook een nettobedrag overeenkomen ten aanzien van het gehele

loon of een onderdeel daarvan. Op de werkgever rust dan de verplichting de door de

werknemer verschuldigde loonheffi ng en premies voor zijn rekening te nemen. De

werkgever zal daarvoor het nettobedrag moeten ‘bruteren’. Het aldus gevonden bedrag

geldt als loon in de zin van titel 7.10. Eventuele verhogingen en verlagingen van

de inhoudingen zijn dan, zeker in beginsel, ten laste of ten gunste van de werkgever.

Redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat de gevolgen van een wetswijziging

tussen partijen worden verdeeld.12 Indien de werkgever bij het bruteren van het

netto overeengekomen loon een tarief toepast dat volgens de fi scus te laag is en de

werknemer ten aanzien daarvan alsnog wordt aangeslagen, komt dat voor rekening

van de werkgever. Dit geldt niet indien de werknemer binnen de daarvoor gestelde

termijnen met een redelijke kans op succes tegen de naheffi ng bezwaar had kunnen

en moeten maken.13

Wanneer de werkgever te weinig loonheffi ng heeft ingehouden en deze later alsnog

wordt ingevorderd, rijst de vraag of hij het door hem alsnog betaalde kan verhalen

op de werknemer.14 Omdat het gaat om door de werknemer verschuldigde belastingen

heeft deze een te hoog nettobedrag ontvangen. In zoverre is er sprake van

onverschuldigde betaling.15 Verhaal op de werknemer is evenwel uitgesloten wanneer

de werkgever een naheffi ngsaanslag krijgt opgelegd bij wijze van eindheffi ng.16

De loonheffi ng wordt in dat geval berekend naar een gebruteerd tabeltarief. Dit tarief

is gebaseerd op de veronderstelling dat de werkgever de loonheffi ng over de betrokken

loonbestanddelen voor zijn rekening neemt. Wil de werkgever de naheffi ngsaan-

11 Zie bijv. Ktr. Leeuwarden 10 februari 1983, *NJ* 1984/750 (werknemer is na zijn 65e verjaardag geen

AOW-premie meer verschuldigd). Vgl. Ktr. Utrecht 27 januari 1988, *Prg.* 1988/2850 (wegens arbeidsongeschiktheid

geen pensioenpremie verschuldigd).

12 HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/525. Vgl. Ktr. Amsterdam 29 april 1999, *JAR* 1999/122; P.C. Vas Nunes, *NJB*

1989, p. 1265; P.J.Y. Boringa & T.C.E. Boringa, *Adv.bl.* 1989, p. 591.

13 HR 10 oktober 1997, *JAR* 1997/233, onder verwijzing naar HR 15 november 1996, *NJ* 1997/160,

m.nt. Scheltema.

14 Hierover en meer in het algemeen over bruto- en nettoloon: Van Slooten, § 5.4. Zie over aanvulling

van de arbeidsovereenkomst, wanneer partijen bij de totstandkoming van onjuiste veronderstellingen

zijn uitgegaan: HR 8 november 1996, *NJ* 1997/84 en HR 13 februari 1998, *JAR* 1998/71. Zie

voorts Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1569 (vrijstellingsverklaring; navorderingsaanslag

inkomstenbelasting als gevolg van wijziging belastingverdrag voor risico werknemer)

en Hof ’s-Hertogenbosch 26 januari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:183 (cassatieberoep verworpen

in HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1107) (voor verhaal hoeft niet voldaan te zijn aan de

vereisten van art. 661).

15 Zie ook Memorie van antwoord bij de Wet op de Loonbelasting, *Kamerstukken II* 1962/63, 5380,

p. 4. Anders: Hof Amsterdam 12 mei 2005, *RAR* 2005/89 (geen onverschuldigde betaling maar ongerechtvaardigde

verrijking).

16 HR 24 september 2004, *BNB* 2004/414, m.nt. Zwemmer; HR 11 januari 2008, *JAR* 2008/38; E.H. van

Stigt Thans, *ArbeidsRecht* 2008/27. Zie voorts het in art. 42 lid 7 Zorgverzekeringswet neergelegde

verhaalsverbod ter zake van de door de inhoudingsplichtige verschuldigde inkomensafhankelijke

bijdrage.

**§ 4.3** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

116

slag op de werknemer verhalen, dan dient hij de Belastingdienst te verzoeken een

‘gewone’ naheffi ngsaanslag op te leggen.17

Verhaal van een ‘gewone’ naheffi ngsaanslag kan onder omstandigheden naar maatstaven

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, bijv. wanneer de werkgever,

zonder de werknemer daarin te kennen, afziet van bezwaar of beroep tegen de beslissing

van de Belastingdienst.18 Bij de beoordeling van de (on)aanvaardbaarheid van het

verhaal is in het bijzonder van belang of de werknemer erop heeft mogen vertrouwen

dat de inhouding door de werkgever juist was.19 Dat zal niet het geval zijn indien voor de

werknemer kenbaar was dat een te laag bedrag werd ingehouden of wanneer hij nalatig

is geweest bij het verstrekken van de voor een correcte inhouding vereiste inlichtingen.20

**§ 4.3 Minimumloon**

Voor vele arbeidsovereenkomsten geldt krachtens de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

(WMM) dat het loon niet lager mag zijn dan het bij of krachtens

die wet vastgestelde bedrag (art. 7 lid 1 WMM).21 Deze wet beoogt aan werknemers

een beloning te verzekeren die gezien de algehele welvaartssituatie in Nederland

als een aanvaardbare tegenprestatie voor de in dienstverband verrichte arbeid kan

worden beschouwd.22 De WMM geldt niet voor werknemers die buiten Nederland

werkzaam zijn, tenzij zij in Nederland wonen en de werkgever eveneens in Nederland

woont of gevestigd is (art. 4 lid 2 WMM). De werknemer die tijdens de looptijd

van die dienstbetrekking bestendig buiten Nederland verblijft en daarmee niet valt

binnen de Nederlandse welvaartssituatie, heeft geen aanspraak op minimumloon,

ook al houdt hij in Nederland woonruimte aan.23

De wet kent het recht op minimumloon slechts toe aan werknemers die een bepaalde

leeftijd hebben bereikt.24 Sinds 1 juli 2019 is die leeftijd 21 jaar.25 Op grond van

17 Op grond van art. 31 lid 1 aanhef en sub a onder 1° Wet op de loonbelasting 1964. Zie voor de fi scale

consequenties van het niet verhalen van nageheven belastingen en premies op de werknemer:

HR 19 oktober 1988, *BNB* 1988/336; HR 4 mei 1994, *BNB* 1994/234, 235 en 236, m.nt. Sinnighe

Damsté, en HR 22 november 2002, *BNB* 2003/86, m.nt. Kavelaars.

18 Vgl. Hof Amsterdam 12 mei 2005, *RAR* 2005/89.

19 Vgl. *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), art. 616, aant. 5. Zie ook Ktr. Heerenveen 20 november 1979, *Prg.*

1980/1498, m.nt. Abas.

20 Vgl. Ktr. Utrecht 5 november 1992, *JAR* 1993/51; Rb. Den Haag 20 september 1995, *V-N* 1995/4191;

Rb. Almelo 7 augustus 1996, *Prg.* 1996/4632; Rb. Rotterdam 25 maart 2011, *RAR* 2012/71; W.J. Hamer,

in: *Onderneming en werknemer*, 2001, p. 319; B.A. Voskamp, *ArbeidsRecht* 2006/34.

21 Wet van 27 november 1968, *Stb.* 1968, 657 (*Kamerstukken*, 9574), zoals sindsdien gewijzigd.

Dienstbetrekkingen waaraan, geheel of ten dele, een ‘oproepcontract’ ten grondslag ligt, zijn niet

uitgesloten van de werking van de WMM: HR 24 mei 2002, *NJ* 2003/708. De wet geldt niet alleen

voor arbeidsovereenkomsten naar burgerlijk recht maar ook voor anderen die tegen beloning arbeid

verrichten (zie: art. 2 lid 2 en 3 WMM en art. 1a en art. 2 Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag).

Zie daarover ook J. van Drongelen & E.C.M. Dekkers, *ArbeidsRecht* 2020/12.

22 MvT, 9574, nr. 3, p. 14.

23 HR 30 mei 1980, *NJ* 1980/634. Zie ook § 32.3.

24 De uitzondering voor AOW-gerechtigden is per 1 juli 2015 geschrapt. Wet van 4 juni 2015, *Stb.*

2015, 233. Dit gebeurde om verdringing van nog niet AOW-gerechtigden en oneerlijke concurrentie

zoveel mogelijk te voorkomen (MvT, 34108, nr. 3, p. 11).

25 Tot 1 juli 2017 was die leeftijd 23 jaar. Per genoemde datum werd dat 22 jaar. De verdere verlaging

vond twee jaar later plaats. Zie art. X van de Wet van 25 januari 2017, *Stb. 2017,* 24.

*Minimumloon* **§ 4.3**

117

art. 7 lid 3 WMM kan bij algemene maatregel van bestuur worden bepaald dat ook

werknemers beneden de eerdergenoemde leeftijd recht op minimumloon hebben.

Van deze mogelijkheid is gebruikgemaakt in het Besluit minimumjeugdloon.26 Het

minimumloon van jeugdigen is daarin gerelateerd aan het algemene minimumloon

(art. 8 lid 3 WMM). Het bedraagt thans voor vijftienjarigen 30%, voor zestienjarigen

34,5%, voor zeventienjarigen 39,5%, voor achttienjarigen 50%, voor negentienjarigen

60% en voor twintigjarigen 80% van het minimumloon.27 Voor leerwerkplekken in de

beroepsbegeleidende leerweg in het mbo zijn lagere percentages vastgesteld.28 De

regeling kent geen minimumbedragen voor dertien- en veertienjarigen.29

Het minimumloon is in de wet uitgedrukt in een bruto geldbedrag.30 De hoogte daarvan

wordt per 1 januari en per 1 juli van ieder jaar aangepast conform de procentuele

ontwikkeling van de contractlonen in de marktsector, de gepremieerde en gesubsidieerde

sector en bij de overheid. Op grond van art. 14 lid 5 WMM kan hiervan bij

algemene maatregel van bestuur worden afgeweken in geval van een bovenmatige

loonontwikkeling of bij een sterke toename van het volume van de socialezekerheidsuitkeringen.

31 De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is bevoegd het minimumloon

van tot een door hem aangewezen categorie behorende werknemers lager

vast te stellen indien de omvang van de bedrijvigheid in een bepaalde onderneming

dan wel een bepaalde bedrijfs- of beroepstak ernstig wordt bedreigd (art. 10 WMM). In

de regel is een dergelijke maatregel slechts mogelijk op verzoek van een werkgever of

van een rechtspersoonlijkheid bezittende organisatie van werkgevers of werknemers.

Het in de wet opgenomen bedrag is ten tijde van het verschijnen van dit commentaar

nog gekoppeld aan de ‘normale arbeidsduur’. Daaronder wordt verstaan de arbeidsduur

die in overeenkomstige arbeidsverhoudingen in de regel geacht wordt een

volledige dienstbetrekking te vormen, met dien verstande dat hierbij een arbeidsduur

van ten hoogste veertig uur per week in aanmerking wordt genomen (art. 12 lid 3

WMM).32 Veelal is de normale arbeidsduur terug te vinden in de toepasselijke cao.33

26 KB van 29 juni 1983, *Stb.* 1983, 300, zoals sindsdien gewijzigd. Zie over de wenselijkheid van een

minimumjeugdloon M.J. Hietkamp, *TRA* 2017/26.

27 Art. 2 Besluit minimumjeugdloon.

28 Zie art. 8 lid 4 WMM en art. 3 Besluit minimumjeugdloon.

29 Volgens HR 10 november 2006, *JAR* 2006/306, is het onderscheid tussen dertien- en veertienjarigen

enerzijds en personen van vijftien jaar en ouder anderzijds niet in strijd met art. 26 IVBPR

en de WGBLA. Aan het onderscheid ligt volgens de Hoge Raad een legitiem doel ten grondslag,

te weten het voorkomen dat arbeid voor de eerste groep een uit fi nancieel oogpunt aanlokkelijk

alternatief vormt voor en ten koste gaat van school- of andere (vormende) activiteiten.

30 Per 1 juli 2023 bedraagt het € 1995 per maand, € 460,40 per week en € 92,08 per dag.

31 Wet van 14 november 1991, *Stb.* 1991, 624.

32 Is de normale arbeidsduur niet vastgesteld in een aantal uren per week, maar op bijv. een aantal

uren per dag of per jaar, dan wordt voor de vaststelling van de maximale arbeidsduur per week

uitgegaan van de herleidingregels opgenomen in art. 2 Regeling minimumloon en minimumvakantiebijslag

(*Stcrt.* 2017, 34423).

33 Zie omtrent het begrip (normale) arbeidsduur in de zin van de WMM en de bewijslastverdeling ter zake:

HR 20 maart 1987, *NJ* 1988/4 (duur slaapdiensten geldt als arbeidsduur); HR 26 april 2002, *NJ* 2002/337

(vergelijking met werknemers buiten de betrokken onderneming; vaststelling normale arbeidsduur aan

de hand van drie niet op de arbeidsovereenkomst toepasselijke cao’s) en Ktr. Haarlem 31 januari 2018,

ECLI:NL:RBNHO:2018:3272 (niet vaststellen op basis van het gemiddelde aantal uren dat een werknemer

zelf heeft gewerkt, maar aan de hand van de fulltime werkweek in de branche of sector).

**§ 4.3** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

118

Zijn partijen een arbeidsduur overeengekomen die korter onderscheidenlijk langer is

dan de normale arbeidsduur, dan wordt het bedrag dat voor de betrokken werknemer

als minimumloon heeft te gelden naar evenredigheid verminderd respectievelijk vermeerderd

(art. 12 lid 1 WMM).34

Indien de omvang van de arbeid niet is overeengekomen – denk in het bijzonder

aan oproepcontracten – dan wordt voor de berekening van het minimaal verschuldigde

loon uitgegaan van de feitelijke arbeidsduur (art. 12 lid 2 WMM).35 Is het loon

niet naar tijdsruimte vastgesteld, maar afhankelijk van de uitkomsten van de verrichte

arbeid (bijv. ‘stukloon’), dan wordt voor de berekening van het verschuldigde minimumloon

uitgegaan van de tijd die de werknemer daadwerkelijk heeft besteed aan

de uitvoering van de verrichte arbeid (art. 12 lid 6 WMM).36 Gevolg daarvan is een beperking

van de fi nanciële prikkel om een hogere productiviteit te bereiken, althans op

minimumloonniveau.37 De werkgever dient over de gewerkte uren immers steeds ten

minste het van de normale arbeidsduur afgeleide minimumloon te betalen, ongeacht

de gerealiseerde productie.38

Ingevolge art. 13a lid 1 WMM wordt het bedrag dat voor de werknemer als minimumloon

heeft te gelden, naar evenredigheid vermeerderd indien de feitelijke

arbeidsduur van de werknemer over een uitbetalingstermijn langer is dan de overeengekomen

arbeidsduur. Uitbetaling van dit ‘meerwerk’ dient uiterlijk in de eerstvolgende

uitbetalingstermijn te geschieden. Mits vooraf schriftelijk met de werknemer

overeengekomen, kan de werkgever deze uren ook compenseren in betaalde

34 Tot 1 januari 2018 (Wet van 25 januari 2017, *Stb. 2017,* 24 (*Kamerstukken*, 34573)) kende de WMM

alleen een expliciete grondslag om in geval van deeltijdwerk het minimumloon naar rato vast

te stellen. Aangenomen werd daarom dat werknemers aan de WMM geen aanspraak konden

ontlenen op een evenredige verhoging van het loon wanneer zij met de werkgever een werkweek

waren overeengekomen die langer was dan de normale arbeidsduur. Vgl. Ktr. Amsterdam

7 april 1983, *Prg.* 1983/1949, m.nt. Hesseling; RvS 7 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1622. Anders:

Hof ’s-Gravenhage 9 oktober 2012, *JAR* 2012/311 (over meeruren is, gelet op de strekking van het

arbeidsrecht, het minimumloon verschuldigd).

35 Deze bepaling laat onverlet dat de werknemer onder omstandigheden een beroep kan doen op

het rechtsvermoeden inzake de arbeidsomvang (art. 610b). MvT, 34573, nr. 3, p. 42. Zie over het

rechtsvermoeden § 1.8.1.

36 Daartoe worden ook gerekend de zogenoemde ‘leegloopuren’ die voor risico van de werkgever

komen (MvT, 34573, nr. 3, p. 43). De werkgever moet, op straffe van een boete, ook bij stukloon

registreren hoeveel uren de werknemer daadwerkelijk heeft besteed aan de uitvoering van de

arbeid (art. 18b lid 2 sub c WMM). Zie over de (praktische) problemen die de regeling meebrengt

J. van Drongelen, *ArbeidsRecht* 2017/38.

37 MvT, 34573, nr. 3, p. 43; K.P.D. Vermeulen, *TAP* 2017/301.

38 Art. 12a WMM biedt onder voorwaarden de mogelijkheid om, op verzoek van de Stichting van de

Arbeid, bij ministeriële regeling specifi eke werkzaamheden in een bedrijfstak aan te wijzen voor

welke als arbeidsduur wordt aangemerkt, de tijd die redelijkerwijs met de uitvoering van de te verrichten

arbeid is gemoeid. Deze sectorspecifi eke stukloonnormen worden gepubliceerd op de internetsite

van de Stichting (zie ook art. 12b WMM). Zie ook J. van Drongelen, *ArbeidsRecht* 2017/46.

Inmiddels zijn stukloonnormen tot stand gekomen voor het bezorgen van dagbladen en gerelateerde

uitgeefproducten bij abonnees of losse verkooppunten, met uitzondering van nabezorging,

en het bezorgen van ongeadresseerd (reclame)drukwerk of huis-aan-huisbladen (art. 3 Regeling

Minimumloon en minimumvakantiebijslag). Zie voor de procedure ingeval de sociale partners

geen overeenstemming bereiken of in de sector geen geschikte werknemersorganisatie actief is, de

Regeling voorwaarden en publicatie stukloonnorm van 28 maart 2018, *Strct.* 2017, 18600.

*Minimumloon* **§ 4.3**

119

vrije tijd (art. 13a lid 2 WMM). Daarvoor is tevens vereist dat de toepasselijke cao in

een dergelijke tijdvoortijdregeling voorziet (art. 13a lid 3 WMM).39 Voor compensatie

in vrije tijd is verder nodig dat een ‘overeengekomen arbeidsduur’ kan worden aangewezen.

Omdat deze bij een nulurencontract ontbreekt, moet de verrichte arbeid

in die situatie steeds worden uitbetaald.40 Is de arbeidsduur niet eenduidig overeengekomen,

zoals het geval is bij min/max-contracten, dan geldt dat alleen die uren

die de overeengekomen maximum arbeidsduur te boven gaan voor compensatie in

tijd in aanmerking komen (art. 13a lid 5 WMM). De compensatie in betaalde vrije

tijd dient uiterlijk vóór 1 juli van het kalenderjaar volgend op dat waarin het meerwerk

is ontstaan, te worden opgenomen. Gebeurt dat niet, dan moet het meerwerk,

overeenkomstig het op dat moment geldende minimumloon, alsnog giraal worden

uitbetaald bij de uitbetalingstermijn na juni van dat jaar (art. 13a lid 4 WMM). Uitbetaling

dient eveneens plaats te vinden wanneer bij beëindiging van het dienstverband

de opgebouwde compensatie in tijd nog niet (volledig) is opgenomen. Bij dit

alles dient men wel steeds voor ogen te houden dat de in art. 13a WMM neergelegde

beperkingen niet gelden wanneer de werknemer zo’n hoog vast loon heeft dat voor

het totaal aan verrichte uren arbeid ten minste het (naar evenredigheid verhoogde)

minimumloon is betaald.41

Omdat de normale arbeidsduur per bedrijfstak uiteen kan lopen, verschilt het

minimumloon per gewerkt uur afhankelijk van de sector waarin iemand werkt. Het

ontbreken van een eenduidig minimumuurloon zorgt bovendien voor problemen bij

de bestuursrechtelijke handhaving van de wet, waardoor werknemers minder goed

beschermd zijn tegen uitbuiting en onderbetaling. Om aan deze bezwaren tegemoet

te komen, heeft het parlement in 2023 een initiatiefwetsvoorstel aanvaard dat zal

leiden tot invoering van een uniform minimumuurloon.42 De hoogte van dit minimumuurloon

is gebaseerd op een werkweek van 36 uur.43 Over elk gewerkt uur boven

dat aantal dient straks het minimumuurloon te worden betaald. Het blijft wel mogelijk

meerwerk geheel of gedeeltelijk te compenseren in betaalde vrije tijd wanneer de

cao daarin voorziet en dit vooraf schriftelijk met de werknemer is overeengekomen.

De nieuwe bepalingen zullen naar verwachting per 1 januari 2024 in werking treden.

Het moment waarop de werkgever het minimumloon moet voldoen, is gekoppeld

aan art. 623 (art. 7 lid 6 WMM).44 Dit houdt in dat ook voor de betaling van het minimumloon

geldt dat het wordt voldaan op het moment zoals overeengekomen,

met dien verstande dat het tijdvak voor voldoening in beginsel niet korter is dan

één week en niet langer dan één maand (zie nader § 7.4.1). Art. 11 WMM maakt

39 In geval van het ter beschikking stellen van de werknemer aan een derde om onder diens toezicht

en leiding arbeid te verrichten, dient de mogelijkheid om compensatie in betaalde vrije tijd toe te

passen, te zijn opgenomen in de cao van de inlener.

40 MvT, 34573, nr. 3, p. 26-27.

41 MvT, 34573, nr. 3, p. 27.

42 Wet van 12 mei 2023, *Stb*. 2023, 168 (*Kamerstukken*, 35335).

43 Daarmee is tevens beoogd de balans tussen werk en privé te verbeteren. Zie voor een en ander

MvT, 35335, nr. 6, p. 1-2.

44 Art. 7 lid 6 WMM werd per 1 januari 2018 geïntroduceerd door de Wet van 29 november 2017, *Stb.*

2017, 484. Zie voor de achtergrond van deze wijziging de vijfde NvW, 34766, nr. 13.

**§ 4.3** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

120

het mogelijk om over een langere periode te beoordelen of de werknemer gemiddeld

per uitbetalingstermijn het voor hem geldende minimumloon heeft ontvangen.

Blijkt dat niet het geval, dan dient de werkgever het ontbrekende aan te vullen.45

Deze mogelijkheid geldt ook voor de afrekening van meerwerk.46 Zij bestaat slechts

wanneer zulks in een cao of een publiekrechtelijke regeling is overeengekomen. De

afwijkende beoordelingsperiode mag bovendien niet meer dan een jaar bedragen. De

bepaling is onder meer van belang wanneer een zogenoemde ‘jaarurennorm’ is afgesproken,

waarbij het aantal te werken uren is vastgelegd over een periode van een

jaar en het recht op loon, ondanks een wisselend aantal gewerkte uren, gelijkmatig

over dat tijdvak is gespreid.47 Ontbreekt een cao-bepaling als hiervoor bedoeld, dan

moet per uitbetalingstermijn het wettelijk minimumloon worden betaald.

Het loonbegrip van de WMM wijkt af van dat van het BW. Alleen de geldelijke inkomsten

uit hoofde van de dienstbetrekking worden tot het loon gerekend. Inkomsten

in natura, bijv. vrije kost en inwoning, zijn niet onder het loonbegrip van de WMM

begrepen.48 Voorts zijn van het loonbegrip in de zin van de WMM diverse inkomensbestanddelen

uitgezonderd, zoals vakantiebijslagen, uitkeringen bij bijzondere gelegenheden

en winst- en eindejaarsuitkeringen (art. 6 lid 1 WMM), om te voorkomen

dat dergelijke bijzondere beloningen worden aangewend om tot het minimumloon

te kunnen komen.49 Ook de transitievergoeding wordt niet als loon in de zin van

de WMM beschouwd. Tot het loon worden evenmin gerekend: vergoedingen voor

zover zij geacht kunnen worden te strekken tot bestrijding van noodzakelijke kosten

die de werknemer in verband met zijn dienstbetrekking heeft te maken. Daaronder

begrepen zijn in ieder geval: de kosten voor reizen, huisvesting of voeding die de

werknemer moet maken in verband met zijn dienstbetrekking, ook als die kosten

samenhangen met grensoverschrijdende detachering. Dergelijke kosten mogen derhalve

niet worden doorberekend aan de werknemer indien dat leidt tot een feitelijk

loonbedrag onder het minimumloon.50 Tegenover deze beperkingen van het loonbegrip

staat dat beloningen van derden in het kader van de WMM wel worden meegeteld,

althans voor zover zij een structureel karakter hebben (art. 7 lid 4 WMM).51

45 MvT, 9574, nr. 3, p. 19.

46 MvT, 34573, nr. 3, p. 41.

47 Nadere MvA, 35074, F, p. 8-9.

48 Art. XII van de Wet van 24 juni 2004, *Stb.* 2004, 311 (Walvis). Zie ook Ktr. Amersfoort 16 december

2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8797 (rechtsgrond van aan *au pair* verstrekte kost en inwoning komen

te ontvallen; onverschuldigde betaling; waarde in mindering gebracht op nabetaling).

49 MvT 34573, nr. 3, p. 23. De uitzondering voor verdiensten uit overwerk is per 1 januari 2018 komen

te vervallen vanwege de introductie van de bepalingen over meerwerk. Wet van 25 januari

2017, *Stb.* 2017, 24.

50 MvT, 34573, nr. 3, p. 40. Zie ook Hof Leeuwarden 11 februari 2004, *JAR* 2004/65. Vgl. ten aanzien

van Richtlijn 96/71/EG (Detacheringsrichtlijn): HvJ 12 februari 2015, ECLI:EU:C:2015:86. Zie in dit

kader voorts art. 13 WMM (waarover § 10.1), op grond waarvan het minimumloon in beginsel niet

vatbaar is voor inhouding of verrekening.

51 Vgl. Ktr. Amsterdam 14 juli 1977 en 3 november 1977, *Prg.* 1979/1365, m.nt. Stolwijk; Rb.’s-Gravenhage

7 augustus 1985, *NJ* 1985/650; Ktr. Rotterdam 28 april 1998, *JAR* 1998/116 (aan werknemer

betaalde fooien worden niet geacht te zijn ontvangen van de werkgever). Zie ook HR 2 maart 2001,

*JAR* 2001/58.

*Minimumloon* **§ 4.3**

121

De wettelijke bepalingen omtrent het minimumloon zijn van dwingend recht. Een

lager bedrag dan volgens de wet geldt, kan tussen partijen niet rechtsgeldig worden

overeengekomen (art. 19 WMM). Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat de

arbeidsovereenkomst niet nietig is wanneer een lager loon is overeengekomen. Aangenomen

moet worden dat de wet een overeengekomen lager loon converteert in

het wettelijke minimumloon.

Van een reeds verkregen recht op minimumloon kan afstand worden gedaan.52

Een afstand van recht tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst is in strijd met

doel en strekking van de wet. Volgens de Hoge Raad geldt dit ook indien de afstand

geschiedt in het kader van een regeling van de gevolgen van een voorgenomen beeindiging

van de dienstbetrekking.53 Of het geven van fi nale kwijting bij beëindiging

van een arbeidsverhouding afstand van recht inhoudt indien tijdens de dienstbetrekking

een lager loon dan het minimumloon is betaald, hangt af van de omstandigheden

van het geval. Indien de werknemer zich ervan bewust is dat hem te weinig loon

is betaald en dat de kwijting afstand van de aanspraak inhoudt, zal de kwijting fi naal

zijn.54

De werknemer kan zijn werkgever in rechte aanspreken tot betaling van het verschil

tussen het uitgekeerde loon en het wettelijk verschuldigde minimumbedrag.

Aan werkgevers die zich schuldig maken aan het niet naleven van de wettelijke bepalingen

kan tevens een bestuurlijke boete worden opgelegd door de Nederlandse

Arbeidsinspectie. Het niet of niet tijdig kunnen verstrekken van schriftelijke bescheiden

aan de inspectie waaruit het door de werkgever betaalde loon of het aantal

gewerkte uren blijkt, is als overtreding aangemerkt (art. 18b WMM).55 Wanneer de

werkgever een boete heeft gekregen, kan hem tevens een last worden opgelegd om

de overtreding ongedaan te maken onder bedreiging van een dwangsom (art. 18n

WMM). Voorts kan de Arbeidsinspectie degene die zich schuldig heeft gemaakt aan

een overtreding van de WMM een schriftelijke waarschuwing geven op grond waarvan,

bij een herhaling van de overtreding of een latere overtreding van nader aangeduide

wettelijke verplichtingen binnen vijf jaren na die waarschuwing, een bevel tot

stillegging van de werkzaamheden voor ten hoogste drie maanden kan worden gegeven

(art. 18i WMM). Invoering van deze handhavingsinstrumenten was een van de

fl ankerende beleidsmaatregelen voor het vrij verkeer van werknemers uit de tot de

Europese Unie toegetreden Midden- en Oost-Europese landen. Ten slotte wijzen wij

op de openbaarmakingsverplichting van de resultaten van een inspectieonderzoek

52 Ziet degene die arbeid verricht op voorhand af van loon – denk aan vrijwilligers die werkzaam zijn

voor het goede doel – dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst en is de opdrachtgever dus

ook niet het minimumloon verschuldigd. Vgl. Rb. Gelderland 12 december 2013, *JAR* 2014/40.

53 HR 19 december 1986, *NJ* 1987/320.

54 Vgl. HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982/436, m.nt. Brunner.

55 De verplichting werd ingevoerd bij Wet van 5 maart 2007, *Stb.* 2007, 98 (i.w.tr. 4 mei 2007, *Stb.*

2007, 157). Art. 18b WMM werd vervolgens gewijzigd bij Wet van 9 februari 2012, *Stb.* 2012, 72.

Op grond van het daarbij ingevoegde derde lid wordt voor de toepassing van de informatieverplichting

vermoed werkgever te zijn, degene in of ten behoeve van wiens onderneming, bedrijf of

inrichting een persoon arbeid verricht of heeft verricht of waarvan op grond van de feiten en omstandigheden

naar redelijk vermoeden een persoon arbeid verricht of heeft verricht. Zie daarover:

A.D. Bitterlich-Straver & B.J.V. Keupink, *TAP* 2012/6, p. 255.

**§ 4.4** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

122

door de Nederlandse Arbeidsinspectie (art. 18pa WMM). Ook deze bepaling is mede

ingevoerd om correcte naleving van de wet te bevorderen.

**§ 4.4 Naar tijdruimte en niet naar tijdruimte vastgesteld loon**

Een aantal artikelen uit titel 7.10 maakt onderscheid tussen naar tijdruimte vastgesteld

loon en niet naar tijdruimte vastgesteld loon. Het naar tijdruimte vastgesteld

loon is de tegenprestatie waarop de werknemer aanspraak kan maken na het verstrijken

van een bepaalde periode, ongeacht het resultaat van zijn arbeid.56 Daaronder

vallen niet alleen het vaste week- of maandloon, maar bijv. ook de vakantiebijslag,

een dertiende maand,57 een per gewerkt uur verschuldigde overwerktoeslag58

en andere vaste toeslagen waar een werknemer recht op heeft naast het basissalaris.

59 Het niet naar tijdruimte vastgesteld loon betreft alleen de looncomponenten

die afhankelijk zijn van de uitkomsten van de door de werknemer verrichte arbeid.60

Denk met name aan stukloon en provisie.61 Het onderscheid is vooral van belang bij

de toepassing van art. 623, art. 624, art. 628 en art. 629. Deze bepalingen komen in

de volgende drie hoofdstukken uitgebreid aan de orde.

**§ 4.5 Winstaandeel en provisie**

De wet houdt ook enige bijzondere bepalingen in voor het geval het loon afhankelijk

is van een gegeven dat uit de boeken, bescheiden of andere gegevensdragers van

de werkgever moet kunnen blijken (art. 619). De belangrijkste vormen waarop deze

bepalingen zien zijn het winstaandeel en de provisie. De werknemer heeft ter zake

het recht overlegging te verlangen van de nodige bewijsstukken.62 Vereist is dat hij

deze bewijsstukken nodig heeft en dat hij derhalve niet reeds op andere wijze over

de gegevens kan beschikken, bijv. uit een orderboekje.

De werkgever is verplicht tot overlegging van bewijsstukken. De vraag hoe ver

deze verplichting gaat, is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval,

56 Vgl. Van Slooten, p. 119; D.M. van Moerkerk & S.M. van der Meer, *ArbeidsRecht* 2022/32.

57 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3125; Ktr. Rotterdam 10 december

2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9676; Ktr. Breda 18 januari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:304.

58 HR 1 november 2002, *NJ* 2002, 600.

59 Zie bijv. Ktr. Utrecht 26 juni 1996, *JAR* 1996/206 (diplomatoeslag), Ktr. Tilburg 11 december

2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:10197 (toeslag werk) en Hof Den Haag 2 juli 2013,

ECLI:NL:GHDHA:2013:2244 (toeslag onaangename uren).

60 Vgl. HR 31 oktober 1941, *NJ* 1942/198 (*Van den Boogaard/De Beer*).

61 Zie bijv. Ktr. Utrecht 4 januari 2012, *JAR* 2012/48 (piketdiensten), m.nt. Laagland; Hof Arnhem-

Leeuwarden 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6008 (stukstoeslag); Hof ’s-Hertogenbosch

7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5419 (variabele bonus); Ktr. Amsterdam

6 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:771 (provisie); Ktr. Utrecht 28 september 2022,

ECLI:NL:RBMNE:2022:5077 (omzetprovisie en afsprakenbonus).

62 Indien de werknemer zich heeft verbonden om tegen loon dat geheel of gedeeltelijk uit provisie

bestaat, te bemiddelen bij de totstandkoming van overeenkomsten, is hij aan te merken als handelsvertegenwoordiger

(art. 687) en is art. 7:433 van overeenkomstige toepassing (art. 688). Het

daarin geregelde controlerecht wijkt niet af van art. 619. Een bijzondere bepaling bevat art. 7:433

lid 1: de principaal (werkgever) is verplicht na afl oop van iedere maand schriftelijk opgave te doen

van de over die maand verschuldigde provisie.

*Winstaandeel en provisie* **§ 4.5**

123

met inbegrip van aard en inhoud van de gemaakte afspraken, en de daarbij in redelijkheid

in aanmerking te nemen belangen van partijen. Uitgangspunt zal moeten

zijn dat de werkgever in beginsel gehouden is inzage te geven van zodanige stukken

als nodig is om de werknemer in kennis te stellen van de hem niet bekende en bij de

werkgever aanwezige gegevens waarvan de loonberekening afhankelijk is. De werknemer

moet in staat worden gesteld de loonberekening van de werkgever te controleren

of zelfstandig een berekening op te stellen.63 De verplichting tot overlegging

van stukken betekent niet dat afschriften moeten worden verstrekt, al zal dat vaak

wel de meest effi ciënte aanpak opleveren.64

De overlegging van de bewijsstukken kan de werkgever doen geschieden onder

verplichting tot geheimhouding.65 Is een ander aangewezen, dan kan deze niet tot geheimhouding

tegenover de werknemer worden verplicht, behoudens voor zover het

betreft de winst (art. 619 lid 4). De voorganger van art. 619, art. 1638e (oud), bepaalde

dat de verplichting tot geheimhouding, voor zover de rechter dit nodig oordeelde,

werd opgeheven indien de loonopgave van de werkgever in rechte werd betwist.

Deze beperking is bij de vaststelling van titel 7.10 niet overgenomen met als argument

het bepaalde in het huidige art. 165 Rv.66 Dit artikel regelt de verplichting om

als getuige een verklaring af te leggen, behoudens het wettelijk verschoningsrecht.

Dat laatste heeft echter in een procedure over de hier bedoelde informatieverstrekking

geen betekenis.

De overleggingsplicht van de werkgever is van dwingend recht. Afwijking van de

wettelijke regeling is slechts in zoverre mogelijk, dat bij schriftelijke overeenkomst

kan worden bepaald dat de overlegging aan een ander dan de betrokken werknemer

zal geschieden. Die ander mag niet zijn een werknemer die in dienst van de werkgever

met de boekhouding is belast (art. 619 lid 2). Afwijkende bedingen zijn vernietigbaar.

Art. 619 leidt niet tot een omkering van de bewijslast. Deze blijft in beginsel op

de werknemer rusten.67

63 HR 28 februari 1964, *NJ* 1964/456, m.nt. Scholten. Zie ook HR 5 februari 1971, *NJ* 1971/222, m.nt.

Scholten, en Hof ’s-Hertogenbosch 20 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1198. Is aan de voorwaarden

van art. 619 voldaan, dan kan de werknemer op grond van art. 843a Rv overlegging van de

bescheiden verlangen. Zie onder meer: Hof Arnhem 4 oktober 2005, te kennen uit HR 30 januari

2009, *JAR* 2009/56 (tachograafschijven); Ktr. Alkmaar 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2001

(creditcard-fooien); Ktr. Amersfoort 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5548 (vordering

tot inzage in stukken van zowel inlener als uitlener); Hof ’s-Hertogenbosch 3 januari 2019,

ECLI:NL:GHSHE:2019:6 (winstcijfers). Voor een nadere belangenafweging door de rechter is in

dat geval in beginsel geen plaats. Zie HR 6 oktober 2006, *JAR* 2006/86, *JBPR* 2007/6, m.nt. Linssen.

64 Vgl. Ktr. Bergen op Zoom 25 mei 1988, *Prg.* 1989/3164.

65 Vgl. Ktr. Rotterdam 27 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1307 (arbeidsovereenkomst en art. 619

lid 4 bieden voldoende bescherming tegen vrees werkgever voor openbaarmaking van bedrijfsgevoelige

informatie).

66 MvT (Vaststelling titel 7.10), 23438, nr. 3, p. 19.

67 Vgl. A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2022:304, met verwijzing naar HR 15 december 2006,

*NJ* 2007/203 (*NNEK/ Mourik*), m.nt. M.R. Mok, rov. 3.4.

**§ 4.6** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

124

**§ 4.6 Geoorloofde loonvormen**

Het loon kan geheel en, in de praktijk vooral, ten dele in iets anders dan geld bestaan.

68 Loon is immers iedere bedongen contraprestatie voor arbeid, behalve pensioen.

De wet somt limitatief op de bestanddelen waarin het loon mag worden vastgesteld

(art. 617). Het artikel is in vergelijking met zijn voorganger, art. 1637p (oud),

gemoderniseerd met als voornaamste wijziging de beloning in de vorm van waardepapieren.

Geoorloofde loonvormen zijn:

a. Geld. Het loon mag ook in vreemd geld worden vastgesteld (art. 620).

b. Zaken geschikt voor het persoonlijk gebruik van de werknemer en zijn huisgenoten,

met uitzondering van alcoholhoudende drank en andere voor de gezondheid

schadelijke genotmiddelen. Deze loonvorm is alleen geoorloofd indien zij

gewoonte is of wenselijk wegens de aard van de onderneming. Te denken valt aan

ondernemingen in de voedselbranche. Er geldt geen beperking tot voortbrengselen

van het bedrijf.

c. Het gebruik van een woning, alsmede verlichting en verwarming daarvan.

d. Diensten, voorzieningen en werkzaamheden door of voor rekening van de werkgever

te verrichten, onderricht, kost en inwoning daaronder begrepen. Bij voorzieningen

denke men bijv. aan het privégebruik van de dienstauto en kinderopvang.

e. Effecten, vorderingen, andere aanspraken en bewijsstukken daarvan en bonnen.

Deze loonvorm werd bij de Vaststellingswet geïntroduceerd in verband met het

groeiende gebruik om werknemers gedeeltelijk te belonen in bijv. aandelen en

opties.69

Aan de niet in geld bestaande loonvormen mag geen hogere dan de werkelijke waarde

worden toegekend (art. 617 lid 2).70 Deze bepaling geldt niet voor de hiervoor

onder *e* genoemde loonvormen.

Het loon mag niet uit andere bestanddelen bestaan. Gebeurt dit toch, dan is voldoening

niet bevrijdend. De werknemer behoudt het recht op het verschuldigde loon,

zo nodig te waarderen in geld. Wat hij aan verboden loonvorm heeft ontvangen, mag

hij behouden. De rechter heeft een matigingsrecht, echter niet beneden de som van

de door de werknemer geleden schade (art. 621 lid 1 en 2). De rechtsvordering van

de werknemer verjaart na zes maanden, ingaande de dag nadat de niet-bevrijdende

voldoening plaatsvond (art. 621 lid 3).

68 HR 12 oktober 2001, *NJ* 2001/635 (*Bethesda/van der Vlies*) (kost en inwoning).

69 Aandelen en opties zijn niet altijd loon in de zin van het BW. Zo is geen sprake van loon als het

optierecht niet bedongen is of als de werknemer slechts in de gelegenheid wordt gesteld een optie

te kopen. Vgl. Van Slooten, p. 372. Anders: F.B.J. Grapperhaus & A. Stege, *Ondernemingsrecht* 1999,

p. 465.

70 Ktr. Breda 8 maart 2006, *JAR* 2006/88 (pc-privéregeling; fi nanciering via brutoloon; evenredige

vermindering van aan brutoloon gerelateerde emolumenten is in strijd met art. 617 lid 2).

*Dienstwoning* **§ 4.7**

125

**§ 4.7 Dienstwoning**

Het gebruiksrecht van een woning krachtens arbeidsovereenkomst brengt volgens

de Hoge Raad in het algemeen mee, dat tussen partijen een gemengde overeenkomst

aanwezig is.71 Deze overeenkomst heeft, naast het karakter van arbeidsovereenkomst,

het karakter van huurovereenkomst. In beginsel zijn op die overeenkomst

zowel de bepalingen van titel 10 als die van titel 4 van Boek 7 BW van toepassing,

met dien verstande dat in geval van onverenigbaarheid de bepalingen omtrent de

arbeidsovereenkomst voorrang genieten (art. 610 lid 2).

De Hoge Raad neemt aan dat de werknemer geen beroep kan doen op de wettelijke

huurbescherming indien hij met het oog op de aard van de door hem te verrichten

arbeid een door de werkgever aangewezen woning bewoont en de bewoning

daarvan tot de verplichtingen van de werknemer behoort.72 Denk aan de conciërge,

de fi liaalhouder, de campingbeheerder, de boswachter en personen die een bewakingstaak

hebben. Voor deze fi guur gebruikt men wel de term ‘eigenlijke dienstwoning’.

De overeenkomst legt een gebruiksplicht op de werknemer, omdat het gebruik

van de woning van belang is voor een goede uitoefening van hun werkzaamheden.

Bij de eigenlijke dienstwoning impliceert het einde van de arbeidsovereenkomst

tevens de beëindiging van de aanspraak op het woongenot.73 Het recht op het gebruik

van de dienstwoning gaat verloren. Is geen sprake van een eigenlijke dienstwoning,

dan is de bepaling dat de huur eindigt bij het einde van de arbeidsovereenkomst

ongeldig. Een dergelijke regeling is in strijd met de dwingendrechtelijke

bepalingen omtrent het einde van de huur van woonruimte (art. 7:271 e.v.).74 Dit is

ook het geval indien het verstrekte woongenot niet in een geldbedrag is uitgedrukt,

omdat voor het bestaan van een huurovereenkomst niet is vereist dat de huursom

bestaat in een geldsom.

Kunnen partijen overeenkomen dat de werknemer/huurder de gemengde overeenkomst

slechts als één geheel kan opzeggen? Met een uitdrukkelijke wetsbepaling is

71 HR 17 maart 1961, *NJ* 1961/237. Zie ook HR 19 november 1976, *NJ* 1977/161.

72 HR 19 december 1975, *NJ* 1976/240, m.nt. Zonderland (*boswachter*); HR 4 juni 1976, *NJ* 1977/40,

m.nt. Zonderland (*bewaker*), HR 29 juni 1979, *NJ* 1979/612, m.nt. Zonderland (*landarbeider*). Deze

arresten sluiten aan bij het hiervoor aangehaalde arrest van 1961. De aandacht verdient dat de

Hoge Raad in de arresten van 1961, 1975 en 1979 aanneemt dat bij de eigenlijke dienstwoning

de kenmerken van de huurovereenkomst ontbreken, doch dat in het arrest van 1976 overwogen

wordt dat de kenmerken van de huurovereenkomst aanwezig kunnen zijn. Zie ook Rb. Roermond

(pres.) 7 augustus 1986, *Prg.* 1987/2615, m.nt. Oldenhuis (voldoende is dat de bewoning bijdraagt

tot een goede taakvervulling).

73 Hof ’s-Gravenhage 28 november 2007, *LJN* BB9876; Rb. Roermond 23 juni 2011, *LJN* BQ9082; Ktr. Tiel

5 september 2011, *JAR* 2011/288; Hof ’s-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3683;

Ktr. Maastricht 27 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11574; Ktr. Amsterdam 3 februari 2017,

ECLI:NL:RBAMS:2017:571; Ktr. Utrecht 27 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2887.

74 Zie voor gevallen waarin geen sprake was van een ‘eigenlijke dienstwoning’, en de bewoner dus

een beroep kon doen op huurbescherming o.m.: Rb. Assen (vzr.) 19 mei 2004, *JAR* 2004/233;

Rb. Zutphen (vzr.) 27 oktober 2004, *Prg.* 2005/20; Rb. ’s-Gravenhage (vzr.) 18 oktober 2006, *NJF*

2006, 597; HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8111; Hof ’s-Hertogenbosch 23 juli 2013,

ECLI:NL:GHSHE:2013:3354; Ktr. Zaanstad 12 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:2987.

**§ 4.7** *Bepaling, berekening en vormen van loon*

126

dit niet in strijd, maar moeilijk te ontkennen valt dat een dergelijke bepaling wel in

strijd is met zin en strekking van de regeling omtrent de huurverhouding en derhalve

niet geldig. Deze stelling sluit aan bij de leer van de Hoge Raad omtrent de inmiddels

vervallen Huurwet, volgens welke de werknemer een beroep op huurbescherming

kon doen hoewel hij de gemengde overeenkomst door opzegging had beëindigd.75

De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat opzegging door de

werknemer/huurder slechts kan geschieden van de gemengde overeenkomst als geheel.

Gedacht kan worden aan gevallen als waarin onder vigeur van de Huurwet de

Hoge Raad heeft aangenomen dat een beroep van de werknemer op huurbescherming

in strijd is met de goede trouw.76 In de rechtspraak werd strijd met de goede

trouw aangenomen toen de woning ver beneden de huurwaarde aan de directeur

van een onderneming was verhuurd en deze zich had verbonden de woning bij beeindiging

van zijn functie te ontruimen.77 Ook werd strijd met de goede trouw aanvaard

in een geval dat de werknemer willens en wetens een functie had aanvaard

waarvan de vervulling zijn capaciteiten en ervaring te boven ging, louter en alleen

met het doel aan een woning te komen.78

Opmerking verdient ten slotte dat, ook indien geen sprake is van een eigenlijke

dienstwoning, de werkgever/verhuurder de door een gewezen werknemer bewoonde

woning nodig kan hebben voor gebruik door een andere werknemer. De behoefte

om de nieuwe werknemer huisvesting te verschaffen kan dan als behoefte van eigen

gebruik in de zin van art. 7:274 lid 1 onder *c* worden aangemerkt.79

75 HR 8 januari 1965, *NJ* 1965/138, m.nt. Veegens; HR 3 december 1965, *NJ* 1966/195, m.nt. Veegens.

Indien na het einde van de arbeidsovereenkomst geen huur meer wordt betaald (die tot dan toe

werd verrekend met het salaris) brengt dat niet mee dat geen huurovereenkomst meer zou bestaan.

Deze kan alleen eindigen door opzegging, ontbinding of beëindiging met wederzijds goedvinden,

HR 22 januari 1993, *NJ* 1993/216.

76 Vgl. De Mol onder Rb. Arnhem 17 juli 1980, *Prg.* 1981/1531.

77 HR 12 februari 1965, *NJ* 1965/139, m.nt. Veegens.

78 HR 8 maart 1968, *NJ* 1968/142, m.nt. Scholten.

79 Vgl. F.T. Oldenhuis, *WPNR* 5548/49; HR 9 december 1983, *NJ* 1984/307; Ktr. Zwolle 4 maart 2009,

*LJN* BH7628. Zie voorts de bijzondere bepaling voor de woonruimte bestemd voor promovendi

(art. 7:274e BW).

127

HOOFDSTUK 5

Verschuldigdheid van loon

**§ 5.1 Tijd waarover loon verschuldigd is**

Het naar tijdruimte vastgestelde loon (zie § 4.4) is verschuldigd van het tijdstip waarop

de werknemer in dienst is getreden tot het einde van de arbeidsovereenkomst.

Indien de arbeidsovereenkomst in de loop van een betalingsperiode eindigt, is de

werkgever het loon verschuldigd over de dagen dat de werknemer in dienst is geweest.

Heeft de werknemer recht op een winstaandeel en eindigt de dienstbetrekking

in de loop van een periode waarover de winst wordt berekend, dan hangt het van

de uitleg van de overeenkomst af of de werknemer aanspraak kan maken op een

evenredig deel van de winst.1 Partijen kunnen uitsluiting van de aanspraak overeenkomen,

ook voor het geval de werkgever de werknemer ontslaat.2 Daarbij kan

art. 6:23 BW een rol spelen. Als het ontslag beschouwd moet worden als de vervulling

van de ontbindende voorwaarde waardoor de werknemer zijn aanspraak op

winstdeling verliest, kunnen redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de voorwaarde

geldt als niet vervuld.3

**§ 5.2 Loon indien niet wordt gewerkt**

5.2.1 *Algemeen*

Het loon is de contraprestatie voor verrichte arbeid. Art. 628 betreft de vraag wanneer

de werknemer zijn recht op loon behoudt ingeval de overeengekomen arbeid

niet wordt verricht. Hierna staan we uitgebreid stil bij dit wetsartikel. De wet bevat

daarnaast nog diverse andere bepalingen op grond waarvan de werknemer zonder te

werken recht heeft op loonbetaling. Deze komen voor een deel ter sprake in § 5.6. De

loondoorbetalingsplicht bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, zwangerschap of

1 HR 22 juni 2007, *JAR* 2007/214. Vgl. Ktr. Maastricht 28 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11367

(ten aanzien van niet-ziekbonus) en Hof Arnhem-Leeuwarden 14 augustus 2018,

ECLI:NL:GHARL:2018:7326 (ten aanzien van dertiende maand).

2 Vgl. Hof Amsterdam 19 februari 2004, *JAR* 2004/81 (bonusregeling afhankelijk van tijdstip waarop

werknemer in dienst moet zijn, niet in strijd met redelijkheid en billijkheid). Zie voorts Hof Amsterdam

22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5420.

3 Zie Van Slooten, p. 394 en Asser-Sieburgh 6-I, 2020/181. Vgl. ten aanzien van het niet opstellen

van een functiejaarplan als grondslag voor een bonus: Ktr. Amsterdam 6 september 2016,

ECLI:NL:RBAMS:2016:6037.

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

128

bevalling komt aan de orde in hoofdstuk 6. De bepalingen betreffende doorbetaalde

vakantie en bepaalde vormen van betaald verlof worden besproken in hoofdstuk 10.

Art. 627 (oud) formuleerde tot 1 januari 2020 als uitgangspunt dat de werknemer

die niet werkt, in beginsel geen recht heeft op loon. Dit strookte met het wederkerige

karakter van de rechtsbetrekking, maar week af van de regeling in het algemeen

vermogensrecht. Daarin is niet een bepaling opgenomen dat het uitblijven van de

prestatie van de een zonder meer bevrijdend is voor de ander. De materiële betekenis

van het in art. 627 verwoorde uitgangspunt werd in belangrijke mate bepaald door

de regel van art. 628 lid 1 (oud), waarin tot genoemde datum was neergelegd dat

de werknemer het recht op het naar tijdsruimte vastgestelde loon behield indien de

overeengekomen arbeid niet was verricht door een oorzaak die voor rekening van de

werkgever behoort te komen.

De Wet werk en zekerheid heeft art. 627 geschrapt en art. 628 lid 1 gewijzigd.4

Die wijziging, aanvankelijk voorzien per 1 april 2016, is pas op 1 januari 2020 in

werking getreden.5 Thans bepaalt art. 628 lid 1 dat de werkgever verplicht is om het

naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen

arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk

niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de

werknemer behoort te komen. Volgens de regering is daarmee in één bepaling geregeld

wat eerst in art. 627 en 628 lid 1 tezamen was neergelegd, zonder dat dit tot

een wezenlijke verandering van de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer

leidt.6

De wetgever heeft verzuimd tegelijkertijd ook de wijziging in werking te laten

treden die was voorzien in de Verzamelwet SZW 2015.7 Op grond daarvan zou

art. 628 lid 1 in gaan houden dat de werkgever gehouden is het loon door te betalen,

‘behoudens voor zover de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht

door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen’.

Daarmee beoogde de wetgever te verduidelijken dat ingeval de werknemer de

bedongen arbeid slechts gedeeltelijk kan verrichten wegens een oorzaak die in zijn

risicosfeer ligt, hij zijn aanspraken op loon behoudt voor dat deel van de bedongen

arbeid dat wel is verricht.8 Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en

zekerheid blijkt overigens dat dit ook al in de huidige tekstversie van art. 628 besloten

ligt.9

4 Zie art. I onder B en C Wet werk en zekerheid (*Stb.* 2014, 216) (Kamerstuk 33 818).

5 *Stb*. 2019, 503.

6 MvT, 33818, nr. 3, p. 87-88. Vgl. HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*). In de memorie

van toelichting benadrukt de regering tevens dat de uitvoerige cassatierechtspraak rond de

risicoregeling onder het nieuwe recht onverkort van kracht zal blijven. In de nota naar aanleiding

van het verslag aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I*, 33818, E, p. 14-15) wordt dit standpunt genuanceerd

ten aanzien van de jurisprudentie over de loondoorbetalingsplicht bij schorsing van de

werknemer. Zie hierna.

7 Art. VI onder A van de Wet van 26 november 2014, *Stb.* 2015, 504 (Kamerstuk 33 988).

8 MvT, 33988, nr. 3, p. 11.

9 MvA I 2013/14, 33818, C, p. 101-102

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

129

5.2.2 *Risicoregeling*

De Hoge Raad heeft onder toepassing van de voorlopers van het huidige art. 628 lid 1

(destijds: art. 1638b en 1638d) als algemene regel geformuleerd, dat de werknemer

zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid – buiten schuld van beide

partijen – niet gebruikt kan worden ten gevolge van een omstandigheid die in de

verhouding tussen partijen meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf

ligt dan in die van de werknemer.10 Het ging in het aan de Hoge Raad voorgelegde

geval om de vraag of de werkgever, De Schelde, loon moest betalen aan een werkwillige

werknemer die ten gevolge van een staking geen arbeid kon verrichten. In

een tweede arrest over dezelfde staking is beslist, dat bij een ‘gewone’ staking – de

georganiseerde werkstaking als middel om kracht bij te zetten aan de wensen van de

werknemers met betrekking tot lonen en andere arbeidsvoorwaarden – niet alleen

de stakers en hun sympathisanten, doch ook hun werkwillige collega’s – die, hoewel

daartoe bereid, ten gevolge van de staking geen arbeid kunnen verrichten – in het

algemeen geen aanspraak op loon hebben.11 Bij andere collectieve acties hangt het

antwoord op de vraag of deze meer in de risicosfeer van de werkgever of die van de

werknemer ligt af van de omstandigheden van het geval.

De staking bij De Schelde heeft aanleiding gegeven tot nog een derde arrest van

de Hoge Raad.12 Dit arrest heeft betrekking op een werknemer in dienst van een

werkgever die een werk in uitvoering had op het terrein van De Schelde. Deze werknemer

kon de hem door zijn werkgever opgedragen werkzaamheden niet verrichten,

omdat hij het terrein van De Schelde niet kon betreden. De kantonrechter besliste dat

de werkgever loon moest betalen. Het cassatieberoep (‘in het belang der wet’) werd

verworpen. De Hoge Raad overwoog dat de onbereikbaarheid van de plaats waar de

werkgever de werknemer tewerkstelt, eerder voor rekening van de werkgever dan

van de werknemer komt, dat het de werkgever was die op die plaats het te verrichten

werk had aangenomen en dat het zijn keuze was de werknemer op die plaats te laten

werken.

De vraag of in geval van staking loon moet worden doorbetaald was ook aan de

orde bij een staking bij Gusto, waar een lasser in dienst van de Stichting Rijn-Metaal

was tewerkgesteld.13 De Hoge Raad hield in dit arrest vast aan zijn leer dat een georganiseerde

arbeidsvoorwaardenstaking meer in de risicosfeer van de (werkwillige)

werknemer ligt. Hij voegde hieraan echter toe dat uit de arbeidsovereenkomst een

andere verdeling van het risico kan volgen14 en dat voorts van belang is of de werkgever

de werknemer elders dan in het stakende bedrijf tewerk kan stellen.

10 HR 10 november 1972, *NJ* 1973/60 (*Meijer/De Schelde*), m.nt. Scholten.

11 HR 7 mei 1976, *NJ* 1977/55, m.nt. Scholten (*Wielemaker/De Schelde*). Voor de uiteindelijke afl oop

van deze zaak zie HR 25 januari 1980, *NJ* 1980/282; R.A.A. Duk, in: *Het collectief arbeidsrecht nader*

*beschouwd,* 1984, p. 95.

12 HR 21 december 1973, *NJ* 1974/142, m.nt. Scholten. Een verhindering om te werken op de dag na

een staking (om materieel en materiaal weer op de werkplek te krijgen) werd geacht in de risicosfeer

van de werkgever te liggen door Ktr. Heerenveen 18 april 1995, *JAR* 1996/15.

13 HR 17 november 1978, *NJ* 1979/184 (*De Raaij/Rijn-Metaal*).

14 Vgl. Hof ’s-Gravenhage 3 april 1980, *NJ* 1981/245, vervolg op HR 17 november 1978, *NJ* 1979/184.

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

130

Onder het huidige recht is volgens de Hoge Raad beslissend of de oorzaak van het

niet verrichten van de arbeid meer in de risicosfeer van de werknemer ligt dan in die

van de werkgever.15 De bewijslast dat zulks het geval is, ligt sinds de herformulering

van art. 628 lid 1 bij de werkgever.16

Voor rekening van de werknemer komen in beginsel de verhinderingen die zijn

persoon betreffen, zoals de zorg voor naasten en huisdieren, onwettig verzuim (te

laat komen), een ontzegging van de rijbevoegdheid, voorlopige hechtenis of het ondergaan

van een gevangenisstraf.17 Dat de werknemer geen verwijt treft van de oorzaak

van de verhindering, sluit op zichzelf niet uit dat deze toch in zijn risicosfeer

ligt.18 Zo oordeelde de Hoge Raad dat lawaaidoofheid die de werknemer verhindert

de bedongen arbeid te verrichten, behoudens bijzondere omstandigheden – te denken

valt aan een tekortschieten in de zorg voor goede arbeidsomstandigheden – voor

zijn rekening komt.19 Voor bepaalde oorzaken van verhindering, die in beginsel meer

in de risicosfeer van de werknemer liggen, voorziet de wet elders in een recht op

loondoorbetaling. Denk in het bijzonder aan (niet werkgerelateerde) ziekte, zwangerschap

en bevalling (zie hoofdstuk 6) en bepaalde vormen van zorg (hoofdstuk 10).

Het opzettelijk in ernstige mate tekortschieten van de werknemer bij zijn arbeidsprestatie

zal al snel mogen worden gelijkgesteld met het niet verrichten van de bedongen arbeid.

20 Met betrekking tot stiptheids- en langzaamaanacties neemt de Hoge Raad aan dat

bij zulke acties een redelijke wetstoepassing ertoe kan leiden, dat de werkgever die wordt

geconfronteerd met een actie die zijn bedrijf ontwricht, zijnerzijds tegenover het gehele

personeel, waaronder dus ook degenen die niet aan de acties hebben deelgenomen, geheel

of gedeeltelijk wordt ontheven van zijn verplichting het loon volledig te betalen.21

15 Zie HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*), rov. 3.1.4.

16 MvT, 33818, nr. 3, p. 88. Vgl. P.S. Fluit & E.W. de Groot, *TRA* 2015/90; E. Wies & D. Stolwijk, *TAP*

2020/48. Voorheen was het aan de werknemer om te stellen en te bewijzen dat de oorzaak van het

niet verrichten van de arbeid voor risico van de werkgever moest komen. Vgl. H.J.W. Alt, *Stelplicht*

*en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht*, 2017, p. 122-123.

17 Zie onder meer Ktr. Amsterdam 20 april 2009, *JAR* 2009/133 (niet tijdig behalen vereiste diploma);

Hof ’s-Hertogenbosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1766 (ontzegging rijbewijs aan

vrachtwagenchauffeur vanwege alcoholmisbruik); Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2021,

ECLI:NL:GHARL:2021:11189 (detentie); Hof Den Haag 8 november 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2126

(arrestatie). Vgl. MvT, 33818, nr. 3, p. 88. Zie voorts Ktr. Haarlem 21 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1229

(niet kunnen werken vanwege werkzaamheden elders voor rekening van werknemer).

18 Toch kan men zich soms niet aan de indruk onttrekken dat het ontbreken van verwijt aan de zijde van

de werknemer voor de rechter doorslaggevend is om de oorzaak van de verhindering voor rekening

van de werkgever te brengen: Zie bijv. Ktr. Maastricht 23 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4465 (thuisquarantaine);

Ktr. Alkmaar 27 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5863 (niet verschijnen op het werk

vanwege risico op besmetting) en Ktr. Eindhoven 20 januari 2022, AR 2022-0138 (reisbeperkingen

vanwege COVID-19-pandemie).

19 HR 18 april 1986, *NJ* 1986/763, m.nt. Stein.

20 Zie over onvoldoende presteren en aanpassing van het loon: Van Slooten, p. 301 e.v.

21 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. Stein (*NS-*arrest); Van Slooten, p. 317; V. Disselkoen & C.J. Herman

de Groot in: *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht,* 1993, p. 107; Y. Konijn, *SR* 1991, p. 197.

Zie voorts o.a. Hof Amsterdam 9 januari 2003, *JAR* 2003/34 (actie gratis openbaar vervoer buschauffeurs:

50% korting zou zonder meer gerechtvaardigd zijn geweest); Ktr. Middelburg 4 februari 2011,

*JIN* 2011/231, m.nt. Bruyninckx (werkgever weigert actievoerende werknemers volgens door hen gewenst

afwijkend ploegenrooster te laten werken; geen recht op loon); Hof Amsterdam 19 januari 2016,

ECLI:NL:GHAMS:2016:96 (gratis openbaar vervoer; werkgevers gerechtigd een met ondervonden nadeel

strokend deel van het salaris uitsluitend aan de actievoerende werknemers niet uit te betalen).

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

131

Heeft de verhindering een andere oorzaak, dan zal de werkgever als regel gehouden

zijn het loon door te betalen.22 Dat geldt in de eerste plaats voor ziekte van de werkgever

en andere hem persoonlijk betreffende verhinderingen. Verder komt slapte in

het bedrijf in het algemeen voor rekening van de werkgever, evenals het verlies van

opdrachten en stagnatie in de productie als gevolg van aanvoer- of afzetproblemen.23

Een bedrijfssluiting wegens vakantie is eveneens voor zijn risico.24 Bij schriftelijke

overeenkomst, cao of bestuursrechtelijke regeling kan echter worden bepaald dat

deze periode als vakantietijd van de werknemer heeft te gelden (art. 638 lid 2). Een

moeilijkheid ontstaat indien de werknemer onvoldoende aanspraak op vakantiedagen

heeft. De werkgever zal dan niettemin loon moeten betalen.25 In zo’n geval

kunnen de te veel opgenomen dagen verrekend worden met later op te bouwen aanspraken.

Nu de Hoge Raad voor de vraag of de werkgever bevrijd is van zijn loondoorbetalingsplicht

onder het huidige recht beslissend acht of de oorzaak van de verhindering

méér in de risicosfeer van de werknemer ligt,26 moet worden aangenomen dat

ook gebeurtenissen die niet méér in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf

liggen dan in die van de werknemer, voor rekening van de werkgever komen.27 Dit

wordt bevestigd in art. 628 lid 9, op grond waarvan de werkgever bij een verhindering

te werken een gevolg is van ‘buitengewone omstandigheden’, zoals langdurige

vorst, aardbevingen, terroristische aanslagen of oorlogsomstandigheden, (slechts)

van de loondoorbetalingsverplichting is vrijgesteld, wanneer is voldaan aan de voorwaarden

die zijn neergelegd in een ministeriële regeling. Zie nader § 5.2.5.

22 Zie bijv. Ktr. Terneuzen 23 juli 2008, *JAR* 2009/8 (sluiting coffeeshop na inval politie); Ktr. Groningen

4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2222 (stillegging bedrijf als gevolg van vogelgriep voor

rekening werkgever); Ktr. Zaanstad 18 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1709 (niet meer aanbieden

van werk vanwege vermeend disfunctioneren werknemer voor risico werkgever).

23 Vgl. HR 21 december 2001, *JAR* 2002/19 (*Planpraktijk/Scheffers*) (ontbreken nieuw project

in beginsel voor rekening werkgever); Ktr. Venlo 19 november 2008, *JAR* 2009/10 (bij einde

dienstverband geen compensatie van zogeheten ‘minuren’); Ktr. Rotterdam 14 oktober

2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10439 (staken bedrijfsactiviteiten); Ktr. Haarlem 18 mei 2022,

ECLI:NL:RBNHO:2022:5114 (verlies opdracht). Anders ten aanzien van de handelsvertegenwoordiger:

Hof Amsterdam 22 mei 2003, *JAR* 2003/165.

24 Zie Ktr. Bergen op Zoom 13 april 1988, *Prg*. 1988/2948 (onvoldoende vakantieaanspraken voor

collectief vastgestelde bouwvakvakantie); CRvB 2 februari 2005, *USZ* 2005/147; Ktr. Harderwijk

25 februari 2009, *JAR* 2009/84. Vgl. Ktr. Haarlem 23 september 1997, *JAR* 1997/20 (doorbetaling

van loon tijdens bedrijfssluiting van een jaar wegens verbouwing).

25 Ktr. Arnhem 22 juni 1981, *Prg.* 1982/1813.

26 Zie HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*), rov. 3.1.4.

27 Vgl. de jurisprudentie inzake het niet kunnen werken als gevolg van de COVID 19-pandemie:

Ktr. Rotterdam 3 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9951; Ktr. Haarlem 26 november 2020,

ECLI:NL:2020:10211; Ktr. Arnhem 26 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:542; Ktr. Alkmaar

24 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1782; Ktr. Almelo 24 mei 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1646;

Ktr. Arnhem 21 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5320 (minder werk als gevolg van de

coronacrisis voor rekening van de werkgever). Anders: Ktr. Amsterdam 3 september 2020,

ECLI:NL:RBAMS:2020:4354 (doorslaggevend is dat de werkgever in aanmerking komt voor overheidssteun);

*Arbeidsrechtelijke themata* I, 2020/6.5.4; Asser/Heerma van Voss 7-V, 2020/122; *T&C*,

art. 7:628 BW, aant. 5: A.R. Houweling, *MvV* 2020/9, p. 315.

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

132

Het niet tewerk kunnen stellen van een buitenlandse werknemer omdat de minister

geen tewerkstellingsvergunning ingevolge de Wet arbeid vreemdelingen

(Wav) heeft verleend, is in beginsel ook een oorzaak die voor rekening van de werkgever

komt. Het in art. 2 Wav opgenomen verbod tot tewerkstelling richt zich immers

tot hem. Indien de werknemer bij onjuiste inlichtingen aan de werkgever heeft

gegeven over zijn identiteit of verblijfsstatus of daarover onvoldoende duidelijkheid

verschaft, kan dit grond zijn om de verhindering voor rekening van de werknemer

te brengen.28

Een schorsing of op-non-actiefstelling van de werknemer ligt volgens de Hoge

Raad eveneens in de risicosfeer van de werkgever.29 Uitgangspunt is dat de werkgever

zich niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling kan onttrekken. Dit

heeft volgens de Hoge Raad ook te gelden indien de werkgever gegronde redenen

had voor de schorsing of op-non-actief-stelling en de maatregel aan de werknemer

zelf te wijten is, bijv. omdat deze zich ernstig heeft misdragen.30 Opmerkelijk is dat

de Hoge Raad tot dit oordeel kwam, hoewel de minister zich onder meer tijdens de

parlementaire behandeling van de reparatiewet van de Wet Flexibiliteit en zekerheid

in 1998 in andere zin had uitgelaten.31 Opvallend is voorts dat de regering zich bij de

parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid wederom op het standpunt

heeft gesteld dat de werkgever geen loon hoeft door te betalen aan de werknemer

die om disciplinaire redenen is geschorst.32 De Hoge Raad heeft zich nadien nog

niet principieel uitgesproken over de loondoorbetalingsplicht bij een schorsing. De

problematiek heeft wel aandacht gekregen in een uitspraak die betrekking had op

de aanspraak op loon na een in hoger beroep terecht gebleken ontslag op staande

voet van de werknemer (zie daarover § 5.3).33 De lagere rechtspraak neemt in het

algemeen aan dat voor een reguliere schorsing nog steeds de leer geldt dat dit in

de risicosfeer van de werkgever ligt en de werkgever het loon moet doorbetalen.34

Daarvoor pleit ook dat de arbeidsovereenkomst anders door een blijvende schorsing

28 Vgl. HR 27 maart 1981, *NJ* 1981/492 (*El Araichi/Roemo*), m.nt. Stein, *SMA* 1982, p. 828, m.nt. Groenendijk;

Hof Amsterdam 11 maart 2004, *JAR* 2004/95; Ktr. Heerlen 28 januari 2005, *RAR* 2005/70;

Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, *RAR* 2015/6; Ktr. Amsterdam 19 augustus 2022,

ECLI:NL:RBAMS:2022:5295. Anders: Ktr. Lelystad 13 juni 2012, *JIN* 2012/153 (matiging loonvordering

op grond van eigen verantwoordelijkheid werknemer).

29 Zie over de rechtspositie van de bestuurder bij een schorsing door de vennootschap of de Ondernemingskamer:

S. Spoelder, *TvO* 2017/04, p. 162.

30 HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91 (*Van der Gulik/Vissers&Partners*); Hof Den Haag 6 december 2016,

ECLI:NL:GHDHA:2016:3530. Uiteraard kunnen zich wel situaties voordoen waarin het naar maatstaven

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer zich op de loondoorbetalingsplicht

beroept. Vgl. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/666 (*Chicopee/Van Gerwen*). Zie bijv.: Hof

’s-Hertogenbosch van 4 december 2012, *LJN* BY5055; Ktr. Breda 16 januari 2013, *RAR* 2013/59; Ktr.

Amersfoort 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:6179.

31 Zie NV II, 26257, nr. 7, p. 3.

32 Zie: MvA I, 33818, C, p. 101 en NV I, 33818, E, p. 14.

33 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*werknemer/Wilco*) *NJ* 2019/54, m.nt. Bouwens. Zie: B. Barentsen

& S.F. Sagel, *NJB* 2018/1876 en F.M. Dekker, *TRA* 2018/88.

34 Vgl. Ktr. Amsterdam (vzr.) 3 februari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:571; Ktr. Amsterdam 19 juni 2017,

ECLI:NL:RBAMS:2017:4433; Hof Den Haag 27 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3198; Ktr.

Alkmaar 27 mei 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4182; Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2022,

ECLI:NL:GHARL:2022:8672.

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

133

zonder verdere plichtplegingen de facto zou kunnen worden beëindigd. Een andere

opvatting zou bovendien op gespannen voet staan met de regeling van het boetebeding

in art. 650. Het verlies van de aanspraak op loon bij bepaalde overtredingen kan

als een boete worden beschouwd.35

5.2.3 *Bereidheid om de overeengekomen arbeid te verrichten*

Art. 1638d lid 1 (oud) bepaalde dat de werknemer zijn aanspraak op loon slechts

behield indien hij bereid was de bedongen arbeid te verrichten. Omdat met het in

1997 ingevoerde art. 628 lid 1 geen materiële wijzigingen werden beoogd,36 heeft bij

de beoordeling of ondanks het niet verrichten van zijn werkzaamheden aanspraak

bestaat op loon nog steeds als uitgangspunt te gelden dat de werknemer bereid moet

zijn de overeengekomen arbeid te verrichten.37

Of de werknemer zijn bereidheid uitdrukkelijk kenbaar moet maken aan de werkgever,

hangt af van de omstandigheden van het geval.38 Daarbij is onder meer van belang

of de werkgever ook zonder een expliciete mededeling heeft moeten begrijpen

dat de werknemer bereid was tot het verrichten van de bedongen arbeid. Indien de

werkgever de werknemer heeft weggezonden, zal in het algemeen van de werknemer

niet kunnen worden gevergd dat hij uitdrukkelijk blijk geeft van zijn bereidheid

de overeengekomen arbeid te hervatten. Bijzondere omstandigheden kunnen anders

meebrengen.39

De bereidheid zal in de regel voortdurend aanwezig moeten zijn gedurende de

tijd waarover loon wordt gevorderd.40 Vanaf het moment dat deze ontbreekt, bestaat

geen verplichting tot loonbetaling meer. Zij kan herleven zodra de werknemer wederom

bereid is de arbeid te verrichten.41 Het is sinds de herformulering van art. 628

lid 1 per 1 januari 2020 aan de werkgever om te stellen en, bij gemotiveerde betwis-

35 Volgens Asser/Heerma van Voss 7-V, 2020/225, kan aan de mededelingen van de minister geen

zware betekenis worden toegekend, nu hij van de problematiek klaarblijkelijk geen grondige studie

had gemaakt.

36 MvT, 23438 (Vaststellingswet titel 7.10 BW), nr. 3, p. 25.

37 HR 19 december 2003, *NJ* 2004/269 (*Hema/P. II*).

38 HR 12 december 1952, *NJ* 1953/603; HR 19 november 1962, *NJ* 1962/473; HR 8 juli 1987, *NJ*

1988/237; HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/56; HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/264, m.nt. Stein; Hof Arnhem-

Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440.

39 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/56 (werkneemster had verklaard haar werkzaamheden te willen hervatten

zodra zij een oppas voor haar baby geregeld had; zij had aan de werkgever kenbaar moeten

maken dat de oppas geregeld was); HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/264, *JAR* 2001/26 (*Gerrits/De Bie*)

(niet tot het werk toegelaten werknemer die zich eerder bereid heeft verklaard, hoeft zich na een

periode van ziekte niet opnieuw bereid te verklaren, tenzij hij kon begrijpen dat zijn werkgeefster

inmiddels haar standpunt met betrekking tot de toelating had gewijzigd); Hof Arnhem-Leeuwarden

11 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8672.

40 HR 1 februari 1952, *NJ* 1953/366; HR 15 maart 1968, *NJ* 1968/301.

41 HR 19 mei 1950, *NJ* 1951/150, m.nt. Houwing; HR 12 december 1952, *NJ* 1953/603; HR 6 november

1964, *NJ* 1965/88; HR 30 januari 1998, *JAR* 1998/82 (*Chubbs Lips/Jansen*).

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

134

ting, (zo nodig) te bewijzen dat (daadwerkelijke) voortdurende bereidheid tot het

verrichten van de bedongen arbeid bij de werknemer ontbrak.42

De Hoge Raad leert dat het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met

een andere werkgever niet zonder meer een einde maakt aan de bereidheid van de

werknemer om voor de oude werkgever te werken.43 De vraag is dan wat het voor

afwijzing van de loonvordering vereiste meerdere zou kunnen zijn. Denkbaar is – aldus

de Hoge Raad – dat de werknemer met de nieuwe werkgever een arbeidsovereenkomst

sluit onder zodanige omstandigheden, dat de oorspronkelijke werkgever

daaruit mag afl eiden dat de bereidheid van de werknemer om arbeid te verrichten

niet langer aanwezig is. Een aanwijzing daarvoor kan zijn dat de arbeidsvoorwaarden

van de nieuwe arbeidsovereenkomst gunstiger zijn dan die van de oude arbeidsovereenkomst

en de nieuwe arbeidsovereenkomst niet op proef is aangegaan. Het ontbreken

van bereidheid mag volgens de Hoge Raad in ieder geval worden afgeleid uit

de omstandigheid dat de werknemer bij de doorstart van (een deel van) de onderneming

van zijn failliete werkgever tegen gelijke arbeidsvoorwaarden in dienst treedt

bij de verkrijger. Tegenover de failliete werkgever bestaat vanaf dat moment derhalve

geen aanspraak meer op loondoorbetaling. Een andere benadering zou tot gevolg

hebben dat een werknemer in de periode vanaf de datum van indiensttreding bij de

verkrijger zowel recht heeft op loonbetaling door de curator als op loonbetaling door

de verkrijger. Voor zo’n dubbele loonaanspraak bestaat volgens de Hoge Raad geen

rechtvaardiging.44

Het bereidheidsvereiste is in de rechtspraak enigszins gerelativeerd. Zo oordeelde

de Hoge Raad dat ook aan het vereiste is voldaan, indien de werknemer die ingevolge

een aan de werkgever toe te rekenen oorzaak de bedongen arbeid niet kan

verrichten, bereid is de arbeid te hervatten zodra het daarvoor bestaande, aan de

werkgever toe te rekenen beletsel zal zijn opgeheven.45 Het moet dan uiteraard gaan

om omstandigheden die een daadwerkelijk beletsel vormen voor het verrichten

van de werkzaamheden. De werknemer die in staat is de bedongen arbeid

te verrichten, maar werkhervatting afhankelijk stelt van de voorwaarde dat de

42 MvT, 33818, nr. 3, p. 88. Vgl. P.S. Fluit & E.W. de Groot, *TRA* 2015/90; E. Wies & D. Stolwijk, *TAP*

2020/48. Voorheen rustten die stelplicht en bewijslast op de werknemer. Zie HR 18 februari 2000,

*NJ* 2000/352. Vgl. H.J.W. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht*, 2017, p. 122-123;

A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:470. Had de werknemer op enig moment ondubbelzinnig aangeboden

de overeengekomen werkzaamheden te verrichten, dan rustten stelplicht en bewijslast van

het (vervolgens gaan) ontbreken van daadwerkelijke (voortdurende) bereidheid in beginsel op de

werkgever. Zie HR 28 september 1984, *NJ* 1985/245; HR 5 november 1993, *NJ* 1994/154; HR 30 mei

1997, *NJ* 1997/611 (*Spek/Salon Evelyn*).

43 HR 13 december 1985, *NJ* 1986/293 (*Nieuwkoop/Van Drunen*), m.nt. Stein, en HR 5 november 1993,

*NJ* 1994/154 (*De Wit/Van den Berg*). Zie ook HR 15 januari 1971, *NJ* 1971/305 (*Sint Catharina Gasthuis*)

en HR 5 januari 1979, *NJ* 1979/207 (*Swaen/van Hees*). Vgl. voorts Hof Den Haag 3 maart 2009,

*JAR* 2009/108.

44 HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/curator*). Omdat geen aanspraak bestaat op loon,

komt de werknemer over de periode vanaf de indiensttreding bij de verkrijger ook niet meer in

aanmerking voor overneming van de loonbetalingsverplichting op grond van de zogenoemde

‘loongarantieregeling’ van art. 61 e.v. Werkloosheidswet.

45 HR 12 januari 1962, *NJ* 1962/275, m.nt. Beekhuis.

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

135

arbeidsomstandigheden worden aangepast aan zijn wensen, heeft in beginsel geen

recht op loondoorbetaling.46

Verder is niet uitgesloten dat ondanks het ontbreken van bereidheid toch aanspraak

op loon bestaat, met name indien op grond van de bijzondere omstandigheden

van het geval moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht ten

gevolge van een omstandigheid die in redelijkheid voor rekening van de werkgever

behoort te komen.47 Dat kan het geval zijn indien aannemelijk is dat de werkgever

ook geen gebruik zou hebben gemaakt van de diensten van de werknemer indien

deze wel bereid zou zijn geweest om te komen werken.48 Daarnaast kan gedacht

worden aan gevallen waarin de werkgever zich jegens de werknemer zo ernstig heeft

misdragen dat van laatstgenoemde in redelijkheid niet gevergd kan worden dat hij

de werkzaamheden voortzet.49

Wanneer sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, kan zich de situatie

voordoen dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke

klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn arbeid, hoewel ten aanzien

van de arbeidsgeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke

aard kunnen worden vastgesteld en werkhervatting niet tot schade van de gezondheid

zal leiden.50 Om in dergelijke gevallen aanspraak te kunnen maken op loon, zal

de werknemer volgens de Hoge Raad feiten en omstandigheden moeten stellen en

zo nodig aannemelijk moeten maken die tot het oordeel leiden dat de arbeidsom-

46 HR 3 maart 1995, *NJ* 1995/470, m.nt. Stein (*Zwiers/Mestemaker*) in een geval van een werknemer

die weer arbeidsgeschikt was verklaard voor zijn eigen werk. De Hoge Raad merkt op dat goed

werkgeverschap wel kan meebrengen dat de werkgever in overleg met de werknemer zoekt naar

mogelijkheden om de arbeidsomstandigheden aan te passen (na werkhervatting). Vgl. Hof ’s-Gravenhage

19 mei 2006, *JAR* 2006/187 (werknemer niet gerechtigd werkhervatting op te schorten

tot een oplossing is gevonden voor confl ictsituatie); Ktr. Den Helder 19 april 2007, *JAR* 2007/269

(geen rookvrije werkplek; werkgever moet enige tijd worden gegund voor aanpassing).

47 HR 19 december 2003, *NJ* 2004/269 (*Hema/P. II*); HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:823 (*UWV/*

*curator*).

48 Zie het in de vorige noot genoemde arrest uit 2003, alsmede Hof Amsterdam 8 december 2005,

*JAR* 2006/132 (ook indien werkneemster zich eerder bereid had verklaard haar werkzaamheden

te hervatten, zou werkgever daarvan geen gebruik hebben gemaakt) en Hof Amsterdam 18 mei

2006, *JAR* 2006/237 (werkaanvaarding bij derde na op-non-actiefstelling).

49 HR 29 september 2006, *JAR* 2006/263 (opschorting arbeidsprestatie door werknemer na het bij

diens afwezigheid forceren en doorzoeken van zijn bureau en het zonder toepassing van hoor en

wederhoor ontnemen van zijn leidinggevende bevoegdheden). In dergelijke gevallen ligt niet in

de rede om gebruik te maken van het opschortingsrecht van art. 6:262 of art. 6:263, omdat dat

recht bedoeld is om de wederpartij ertoe te brengen alsnog te presteren (vgl. HR 17 april 2020,

ECLI:NL:HR:2020:723 (mogelijkheid voor werknemer om re-integratieverplichtingen op te schorten

bij niet nakoming loondoorbetalingsverplichting)) en opschorting in beginsel niet leidt tot

bevrijding, maar tot uitstel van de te leveren prestatie (HR 19 februari 1988, *NJ* 19889/343, m.nt.

Brunner). Zie over opschortingsrecht en arbeidsovereenkomst: V. Disselkoen & C.J. Herman de

Groot in: *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht* 1993, p. 101; Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit*

(diss. Utrecht) 1999, p. 145; W. Snijders in: *Onderneming en werknemer* 2001, p. 19; D.J.B.

de Wolff, *Goedwerknemerschap* 2007, p. 181; G.C. Boot, *ArbeidsRecht* 2020/27. Zie ook Ktr. Haarlem

2 maart 2006, *RAR* 2006/70; Ktr. Zwolle 29 januari 2010, *JAR* 2010/64; Hof Den Haag 7 februari

2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:182.

50 Zijn dergelijke beperkingen wel aanwezig, dan bestaat in beginsel aanspraak op loon op grond van

art. 629; zie § 6.2.

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

136

standigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever

behoort te komen, voor hem zodanig zijn dat, met het oog op de (dreiging van) psychische

of lichamelijke klachten, van hem redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat

hij zijn werkzaamheden verricht.51 De werknemer is in zodanig geval in beginsel tevens

gehouden alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn

de oorzaken van de verhindering weg te nemen.52 Zo zal van hem meestal verlangd

kunnen worden dat hij met de werkgever in gesprek gaat om tot een oplossing van

de ontstane situatie te komen.

Onder vigeur van het per 1 januari 2020 gewijzigde art. 628 lid 1 is de werkgever

niet gehouden het loon te betalen als in de hier bedoelde gevallen de schuld

uitsluitend of in hoofdzaak ligt bij de werknemer. De bewijslast of deze situatie zich

voordoet ligt sindsdien bij de werkgever. Als beide partijen schuld treft, zal de werkgever

volgens de regering verplicht zijn het loon door te betalen.53 Uiteraard blijft

wel vereist dat de omstandigheden op het werk voor de werknemer daadwerkelijk

een verhindering opleveren om de bedongen arbeid te verrichten. Dat wil zeggen dat

de werkgever ook onder het gewijzigde artikel niet gehouden is het loon door te betalen,

wanneer van de werknemer onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs

gevergd kan worden dat hij zijn werkzaamheden hervat.54

Bereidheid van de werknemer is in het algemeen slechts relevant, indien de werknemer

ook in staat is de arbeid daadwerkelijk te verrichten.55 Een probleem doet zich

voor indien de werknemer zich bereid verklaart de bedongen arbeid te verrichten en

zich daartoe fysiek ook in staat acht, terwijl de bedrijfsarts of de verzekeringsgeneeskundige

van de instelling belast met de uitvoering van de sociale verzekeringen de

werknemer volledig arbeidsongeschikt acht voor de eigen werkzaamheden. Indien

51 HR 27 juni 2008, *JAR* 2008/188 (*Mak/SGBO*); W.H.A.C.M. Bouwens & E.W. de Groot, *TRA* 2009/2;

P.C. Vas Nunes & R.A. Heida, *TAP* 2009/3, p. 105; N. Kampert, *TRA* 2012/3; A. Avci & V.S.M. Zanetti,

*ArbeidsRecht* 2013/49; B. Dollekens & E.W. de Groot, *TRA* 2019/107. Een op art. 628 gebaseerde

vordering werd onder meer toegewezen door: Hof ’s-Hertogenbosch 5 april 2016,

ECLI:NL:GHSHE:2016:1311; Hof Amsterdam 8 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3201; Hof

Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:478; Hof ’s-Hertogenbosch 14 mei 2019,

ECLI:NL:GHSHE:2019:1827; Hof Den Haag 1 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1078.

52 Zie voor afwijzing loonvordering vanwege ontbreken voldoende medewerking van de zijde

van de werknemer onder meer: Hof Leeuwarden 13 december 2011, *JAR* 2012/52;

Ktr. Breda 17 december 2012, *JAR* 2013/42; Ktr. Bergen op Zoom 2 februari 2016,

ECLI:NL:RBZWB:2016:965; Hof ’s-Hertogenbosch 19 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:134; Ktr.

Lelystad 27 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:932; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018,

ECLI:NL:GHARL:2018:3368; Hof Amsterdam 7 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:30.

53 NV II, 33818, nr. 7, p. 129. Vgl. Ktr. Almere 15 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1170. Zie over de

consequenties van de wijziging ook K. Janssens, *TRA* 2015/91.

54 MvA I, 33818, C, p. 101.

55 Vgl. HR 31 mei 1940, *NJ* 1940/1129 (schepeling te Havana ziek van boord; schip vertrokken voordat

hij hersteld was); HR 18 april 1986, *NJ* 1986/763 (lawaaidoofheid voor risico van de werknemer);

HR 18 januari 1991, *NJ* 1991/273 (werknemer verklaart bereid te zijn, doch voegt hieraan toe wegens

ziekte niet in staat te zijn); HR 2 oktober 1992, *JAR* 1992/101; Hof ’s-Hertogenbosch 3 mei

2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1766 (ontzegging rijbewijs aan vrachtwagenchauffeur). Anders: T. van

Peijpe, *SMA* 1974, p. 155; C.J. Herman de Groot, in: *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst* 1995,

p. 31.

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

137

de werkgever op die grond de werknemer niet toelaat tot het werk en nadien komt

vast te staan dat de werknemer wel in staat was de bedongen arbeid te verrichten,

kan de werkgever zich niet op het oordeel van de geneeskundige beroepen om zich

van zijn loondoorbetalingsverplichting te bevrijden. De Hoge Raad leert dat de achteraf

gebleken onjuistheid van dit oordeel niet voor rekening van de werknemer behoort

te komen. De werkgever zal derhalve over de periode waarin hij de werknemer

niet heeft toegelaten, het loon moeten betalen.56 De eventuele mogelijkheid van de

werknemer om gederfd loon te verhalen op de uitvoeringsinstelling doet daar niet

aan af.57

Het oordeel van de Hoge Raad strookt met eerdere beslissingen over ontslag op

staande voet wegens werkverzuim. Daarbij wordt de werkgever die afgaat op het

oordeel van de verzekeringsgeneeskundige omtrent de arbeidsgeschiktheid van de

werknemer evenmin beschermd als achteraf komt vast te staan dat de werknemer

wel arbeidsongeschikt was.58 De wet hecht in het kader van de loondoorbetaling bij

ziekte grote waarde aan het oordeel van de medisch deskundige van de uitvoeringsinstelling

(art. 629a), maar ook in dat geval is niet uitgesloten dat de werknemer

achteraf voldoende aannemelijk kan maken dat hij wel degelijk arbeidsongeschikt

is en dus recht heeft op loon (zie hoofdstuk 6). Opmerkelijke consequentie van deze

opvatting is wel dat de werkgever iemand het volledige loon moet doorbetalen ondanks

een uitdrukkelijk standpunt van een medisch deskundige dat werkhervatting

voor de gezondheid van de werknemer wellicht gevaarlijk is.

Hoewel art. 628 spreekt over de ‘overeengekomen arbeid’, heeft de Hoge Raad in

een aantal arresten ook een verplichting van de werkgever om loon te betalen aangenomen,

indien de overeengekomen arbeidsprestatie niet kan worden verricht

als gevolg van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte en de werknemer zich bereid

verklaart een gedeelte van de overeengekomen arbeid of andere passende arbeid te

verrichten. Deze arresten komen aan de orde in § 6.7. Daar staat tegenover dat de verplichting

zich als goed werknemer te gedragen (art. 611) onder omstandigheden kan

meebrengen dat een werknemer die weliswaar bereid is de bedongen werkzaamheden

te verrichten, toch geen recht heeft op loondoorbetaling, wanneer hij weigert om

positief in te gaan op een redelijk voorstel van de werkgever, verband houdend met

gewijzigde omstandigheden op het werk, om andere dan de overeengekomen arbeid

te verrichten. Verwezen wordt naar § 3.3, waarin dit reeds ter sprake kwam.

56 HR 23 juni 2000, *NJ* 2000/585, m.nt. Stein (*Thuiszorg/Van Ierland*), *ArA* 2001/1, p. 59, m.nt. Hoogendijk;

HR 6 april 2001, *JAR* 2001/80 (*Van Kesteren/Rabobank*) (dit geldt ook als de werknemer zijn

visie op zijn geschiktheid om het werk te hervatten niet met een medisch oordeel heeft onderbouwd);

G.C. Boot & D.J. Rutgers, *ArbeidsRecht* 2000/52; D.J. Buijs, *SR* 2000, p. 296; P.J. Jansen,

*ArbeidsRecht* 2000/63.

57 Die mogelijkheid zal overigens in de regel niet bestaan. Zie: CRvB 7 april 1999, *USZ* 1999/160 en

W.J.M. van Tongeren, *ArbeidsRecht* 1999/43. Een vordering van de werkgever tot vergoeding van

het achteraf alsnog aan de werknemer betaalde loon op grond van een door het UWV gepleegde

onrechtmatige daad, werd toegewezen door Rb. Amsterdam 28 december 2005, *JAR* 2006/44.

58 Zie onder meer: HR 21 mei 1982, *NJ* 1982/605, m.nt. Stein (*Hemmes/Ardanta*); HR 3 oktober 1997,

*JAR* 1997/232 (*Hardeman/Motel E3 Eindhoven*).

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

138

Wanneer de werknemer werkte op een inmiddels beëindigd project, voldoet hij

aan het bereidheidsvereiste door zich beschikbaar te stellen voor het soort werkzaamheden

waartoe hij zich eerder heeft verplicht.59

5.2.4 *Het door te betalen loon*

Uit art. 628 lid 1 volgt dat als uitgangspunt heeft te gelden dat ingeval de werknemer

verhinderd is de overeengekomen arbeid te verrichten vanwege een oorzaak

die niet (meer) in zijn risicosfeer ligt, hij aanspraak behoudt op het volledige, naar

tijdruimte vastgestelde loon.60 Verricht de werknemer slechts een deel van de overeengekomen

arbeid vanwege een oorzaak die voor zijn rekening komt, dan behoudt

hij aanspraak op het daarmee corresponderende deel van het loon.61 Een eventuele

inhouding van het loon dient gerelateerd te zijn aan de periode waarin de werknemer

niet heeft gewerkt.62

Art. 628 geldt niet alleen voor het naar tijdruimte vastgestelde loon (lid 1), maar

ook voor loon in geld dat op andere wijze is vastgesteld (lid 3).63 Dit betreft het loon

dat afhankelijk is van de uitkomsten van de te verrichten arbeid, zoals stukloon en

provisie. In dat geval dient gedurende de periode van verhindering het loon te worden

doorbetaald dat de werknemer gemiddeld had kunnen verdienen wanneer hij

niet verhinderd was geweest.64

De werkgever mag op het loon in mindering brengen het bedrag waarop de werknemer

aanspraak kan maken krachtens een wettelijk voorgeschreven verzekering of

krachtens een verzekering of uit een fonds waarin hij ingevolge de arbeidsovereenkomst

deelneemt (art. 628 lid 2). Verder wordt het loon verminderd met het bedrag

van de onkosten die de werknemer zich door het niet verrichten van arbeid heeft

bespaard (art. 628 lid 4). De vermindering betreft dus niet de inkomsten uit arbeid

die de werknemer elders heeft verworven.65

59 HR 21 december 2001, *NJ* 2002/283 (*Planpraktijk Dynamic Assistance*).

60 Volgens Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:868 valt ook het privégebruik van de

dienstauto onder het regime van art. 628.

61 MvA I 2013/14, 33818, C, p. 101-102.

62 Vgl. HR 24 september 1999, *NJ* 1999/737 (*Frisian Shipyard Welgelegen e.a.*), m.nt. Stein (winstdelingsregeling

waarbij winst alleen wordt uitgekeerd als in een jaar niet is gestaakt, is nietig). Zie

ook Ktr. Tilburg 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:6927 (loon over tijd verbruikt met veelvuldig

gebruik zakelijke telefoon voor privédoeleinden in mindering gebracht).

63 Zie over deze begrippen § 4.4.

64 Zie bijv. Hof ’s-Hertogenbosch 19 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1792 (prestatieafhankelijk deel

van het loon); Hof ’s-Hertogenbosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5419 (variabele bonus);

Ktr. Utrecht 28 september 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:5077 (afsprakenbonus en omzetprovisie)

en Ktr. Rotterdam 27 januari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2210 (bonus).

65 HR 19 juni 1959, *NJ* 1959/588 (*Oranje Nassau Mijnen/Scheffer*); HR 5 januari 1979, *NJ* 1979/207

(*Swaen/Van Hees*); HR 30 november 1979, *NJ* 1980/289 (*Lontai/Ketel*). Dergelijke inkomsten kunnen

wel aanleiding geven tot matiging van de loonvordering. Zie § 5.4. Anders: Hof ’s-Gravenhage

3 maart 2009, *JAR* 2009/108.

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

139

5.2.5 *Afwijkingen en uitzonderingen*

Van art. 628 kan bij schriftelijke overeenkomst en voorts bij cao of publiekrechtelijke

regeling worden afgeweken (art. 628 lid 5 tot en met lid 7).66 Men spreekt wel van

een ‘loonuitsluitingsbeding’. Een afwijking bij schriftelijke overeenkomst kan slechts

betrekking hebben op de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst (art. 628

lid 5 en 6). Daarna is afwijking slechts geoorloofd bij cao of regeling door of namens

een daartoe bevoegd bestuursorgaan (art. 628 lid 7). De Wet werk en zekerheid heeft

deze laatste mogelijkheid sterk beperkt. De periode van zes maanden kan thans alleen

nog worden verlengd wanneer de werkzaamheden in de bij de cao te bepalen

functies incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. Het gaat dan met

name om piek- en invalkrachten.67

Bij ministeriële regeling kan voorts worden bepaald dat het voor bepaalde bedrijfstakken

of onderdelen daarvan niet mogelijk is de loondoorbetalingsverplichting

van de werkgever weg te contracteren (art. 628 lid 8). Bedoeling is op grond van deze

laatste bepaling het gebruik van nulurencontracten in de sector zorg aan banden te

leggen.68 De beoogde regeling is echter (nog) niet tot stand gekomen.

Gelet op de strenge eisen die aan een afwijking worden gesteld, is van belang vast

te stellen of een overeengekomen risicoverdeling als een afwijking moet worden beschouwd.

Niet uitgesloten is dat bepaalde afspraken in de individuele of collectieve

arbeidsovereenkomst slechts dienen ter invulling en bevestiging van de open norm

van art. 628 lid 1. Voor zover de afspraken niet verder gaan dan dat, vallen ze niet

onder de beperkingen die de wet stelt aan een (verlengde) uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht.

69

In art. 691 lid 7 is neergelegd dat voor uitzendovereenkomsten de loondoorbetalingsplicht

bij schriftelijke overeenkomst kan worden uitgesloten tot ten hoogste de

eerste 26 weken *waarin* de uitzendkracht arbeid verricht. Bij cao of bestuursrechtelijke

regeling kan deze termijn worden verlengd tot 78 weken (lid 8).70

Op grond van het bij de Wet arbeidsmarkt in balans ingevoerde art. 692a lid 1

zijn art. 628 lid 5 en lid 6 niet van toepassing op de payrollovereenkomst.71 In plaats

daarvan bepaalt het tweede lid van art. 692a dat voor de eerste zes maanden van

66 Hof Den Haag 28 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:880 (werknemer hoefde beding dat betaling

plaatsvindt ‘op basis van de werkelijk gewerkte uren’ niet op te vatten als beding in de zin van

art. 628 lid 5).

67 MvT, 33818, nr. 3, p. 89. Zie ook Ktr. Amsterdam 28 november 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9574 (niet

zozeer de werkzaamheden/functie moeten incidenteel en onregelmatig zijn, maar de inzet van de

werknemer). Vgl. *Handelingen I* 2013/14, 32, item 14, p. 5, alsmede *Arbeidsovereenkomst* (losbl.),

art. 7:628 BW, aant. 4.1.

68 MvT, 33818, nr. 3, p. 20.

69 Vgl. MvA I, 33818, C, p. 101.

70 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 20 september 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8070 (loonuitsluitingsbeding

in NBBU-cao; reden wegvallen werkzaamheden niet van belang).

71 Wet van 29 mei 2019, *Stb*. 2019, 219. Payrollwerknemers moeten als gevolg daarvan zoveel mogelijk

hetzelfde worden behandeld als werknemers die direct in dienst zijn bij de opdrachtgever.

Zie in dat verband ook het derde lid van art. 692a, dat een spiegelbepaling vormt van artikel 628

lid 6, en het vierde lid van eerstgenoemd wetsartikel, waarin wordt bepaald dat art. 628 lid 8 van

overeenkomstige toepassing is.

**§ 5.2** *Verschuldigdheid van loon*

140

deze overeenkomst de loondoorbetalingsverplichting alleen kan worden uitgesloten

indien dat bestendig gebruik is bij het bedrijf waar de werknemer ter beschikking

wordt gesteld of wanneer daarin is voorzien bij cao of publiekrechtelijke regeling die

van toepassing is op de inlenende onderneming. Na het verstrijken van zes maanden

is afwijking ten nadele van de werknemer alleen mogelijk indien daarin voor de functie

waarin de werknemer werkzaam is, is voorzien in de cao of een publiekrechtelijke

regeling die van toepassing is op de onderneming waar de terbeschikkingstelling

plaatsvindt (art. 692a lid 5). Een schriftelijk loonuitsluitingsbeding in de payrollovereenkomst

is in dat geval toereikend. Beperkt de cao van de payrollwerkgever de hier

bedoelde afwijkingsmogelijkheid, dan prevaleert deze boven de cao van de inlener.

Ingevolge het per 1 januari 2020 ingevoerde art. 628 lid 9 kan bij ministeriële regeling

worden vastgelegd onder welke voorwaarden de werkgever niet (langer) gehouden

is het loon door te betalen indien het niet verrichten van de overeengekomen

arbeid het gevolg is van bij ministeriële regeling nader aan te duiden ‘buitengewone

omstandigheden’. Aan deze bepaling is uitvoering gegeven met de Regeling onwerkbaar

weer.72 De regeling bevat in de eerste plaats een vrijstelling van de loondoorbetalingsplicht

voor het geval het niet verrichten van arbeid het gevolg is van buitengewone

natuurlijke omstandigheden en aan een aantal nadere voorwaarden is voldaan.

Eén daarvan is dat de werknemer over de uren dat niet kan worden gewerkt, aanspraak

heeft op een uitkering op grond van art. 18 lid 1 Werkloosheidswet (WW).73

Voor vorst, ijzel of sneeuwval geldt bovendien dat de werkgever slechts is vrijgesteld

wanneer deze omstandigheden zich voordoen in de periode van 1 november

tot en met 31 maart; voor overvloedige regenval, alleen als het in het postcodegebied

waarin de werknemer werkzaam is op een werkdag tussen 07:00 uur en 19:00 uur

ten minste 300 minuten regent. Daarnaast is vereist dat bij cao of regeling door of

namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan een regeling is getroffen onder welke

voorwaarden in deze buitengewone natuurlijke omstandigheden de overeengekomen

arbeid niet kan worden verricht (art. 2 Regeling onwerkbaar weer).74 Verder

geldt een wachttijd. Deze bedraagt als regel twee werkdagen. Voor een verhindering

wegens langdurige regen is zij vastgesteld op negentien werkdagen (art. 3 Regeling

onwerkbaar weer). In verband met de aanspraken op de WW bevat de regeling in

art. 4 tevens nadere voorschriften voor de melding door de werkgever aan het UWV

dat de werkzaamheden stilliggen wegens dergelijke omstandigheden.

De naam van de ministeriële regeling is enigszins misleidend. In art. 5 van de Regeling

onwerkbaar weer is namelijk ook een vrijstelling van de loondoorbetalingsplicht

72 Regeling van de minister van SZW van 19 december 2019, *Stcrt*. 2019, 70095.

73 Uit de toelichting bij de regeling kan worden afgeleid dat het loon moet worden doorbetaald wanneer

de werknemer niet blijkt te voldoen aan de vereisten voor een WW-uitkering. Ontvangt de

werknemer wel een WW-uitkering, dan bedraagt deze niet meer dan 75% van het (gemaximeerde)

dagloon (art. 47 WW). De werkgever is in dat geval, gelet op de art. 2 lid 1 van de regeling neergelegde

vrijstelling, slechts gehouden tot doorbetaling van (100% van) het naar tijdruimte vastgestelde

loon,wanneer de (collectieve) arbeidsovereenkomst daartoe verplicht. Vgl. A.R. Houweling,

*MvV* 2020/9.

74 Tot 1 november 2020 hoefde in de cao slechts een regeling te zijn opgenomen onder welke voorwaarden

niet wordt gewerkt. Zie art. 8 lid 1 Regeling onwerkbaar weer.

*Loon indien niet wordt gewerkt* **§ 5.2**

141

opgenomen voor het geval het niet verrichten van de overeengekomen arbeid het

gevolg is van andere dan natuurlijke buitengewone omstandigheden. Voorwaarde

daarvoor is dat voor de verkorting van de werktijd ontheffi ng is verleend als bedoeld

in art. 8 lid 3 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA).75 Laatstgenoemd

artikel verbiedt de arbeidstijd te verkorten voor zover een dergelijke verkorting

gepaard gaat met een vermindering van het loon. De minister van SZW kan van

dit verbod, voorwaardelijk of onvoorwaardelijk, ontheffi ng verlenen indien sprake

is van verminderde bedrijvigheid.76 Het kan gaan om een zogenoemde ‘nulurenvergunning’,

waarna helemaal niet meer wordt gewerkt, of om een verkorting van de

werkweek met enkele uren of dagen. Uit de toepasselijke beleidsregels blijkt dat de

oorzaak van deze vermi nderde bedrijvigheid moet zijn gelegen in buitengewone

omstandigheden die in redelijkheid niet tot het normale ondernemingsrisico kunnen

worden gerekend. Men kan denken aan brand, blikseminslag, een ramp zoals de

vuurwerkramp in Enschede, of dierziekten, zoals de varkens- of vogelpest.77 Ook hier

zal de werknemer als regel in aanmerking komen voor een werkloosheidsuitkering.78

Het is overigens de bedoeling art. 8 BBA te schrappen en te vervangen door een andere

‘calamiteitenregeling’.79 Aanvankelijk was deze voorzien per 1 april 2016. Omdat

de invoering van de nieuwe regeling op uitvoeringstechnische problemen stuit, heeft

ook de intrekking van het BBA vertraging opgelopen.80

Art. 6 van de Regeling voorziet in een aantal gevallen waarin de vrijstelling van de

loondoorbetalingsplicht (met terugwerkende kracht) komt te vervallen. Dit is onder

meer aan de orde wanneer de werkgever niet meewerkt aan controle door het UWV

of de werknemer, ondanks de melding van de werkgever dat niet gewerkt kan worden,

na 10.00 uur in de ochtend toch aanwezig is op de werklocatie. Doet zich deze

situatie voor, dan komt de werkgever op grond van het tweede lid van het artikel

gedurende een jaar vanaf de dag waarop de betreffende vrijstelling vervalt, voor geen

van zijn werknemers meer in aanmerking voor vrijstelling van de loondoorbetalingplicht

in verband met buitengewone natuurlijke omstandigheden. Uit (de toelichting

bij) de regeling blijkt dat de minister ervan uitgaat dat bij het ontbreken van een

75 Het BBA is niet van toepassing op de arbeidsverhouding van onderwijzend en docerend personeel

aan bepaalde onderwijsinrichtingen, van personen die een geestelijk ambt bekleden en van bepaalde

dienstverrichters aan huis (zie art. 2 BBA).

76 Op grond van het Besluit van 12 juni 1985, *Stcrt.* 1985, 118, is geen ontheffi ng nodig indien de

werkgever de werkweek wil verkorten tot 36 uur of hoger. Ook voor een verdergaande verkorting

is geen ontheffi ng nodig wanneer de bevoegdheid daartoe is neergelegd in de toepasselijke cao.

77 Vgl. de toelichting op de Beleidsregels ontheffi ng verbod op werktijdverkorting 2004 (Besluit van

de Minister van SZW van 18 oktober 2004, *Stcrt*. 2004, 199). Deze beleidsregel, waarin de criteria

zijn opgenomen die bij het verlenen van een vergunning tot werktijdverkorting in acht worden

genomen, werd in verband met de totstandkoming van de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging

Werkgelegenheid (NOW) vanwege de COVID-19-uitbraak, ingaande 17 maart 2020, 18.45 uur, ingetrokken

(zie *Stcrt*. 2020, 17126). De intrekking werd weer ongedaan gemaakt per 1 oktober 2021

(*Stcrt.* 2021, 42158).

78 Dit is echter geen voorwaarde voor vrijstelling van de loondoorbetalingsplicht. Voldoet de werknemer

niet aan de voorwaarden van art. 16 tot en met 19 WW, dan is derhalve niet uitgesloten dat

hij gedurende de periode van verhindering verstoken blijft van inkomsten.

79 MvT 33 327, nr. 3, p. 13-16; MvT 33 988, nr. 3, p. 5; *Kamerstukken II*, 29544, nr. 1176, p. 15.

80 Vgl. toelichting bij de Regeling onwerkbaar weer, *Stcrt*. 2019, 70095.

**§ 5.3** *Verschuldigdheid van loon*

142

vrijstelling de genoemde buitengewone omstandigheden op grond van art. 628 lid 1

voor rekening van de werkgever komen.

**§ 5.3 Verschuldigdheid van loon na vernietiging van de opzegging**

In het bijzonder bij ontslag wegens een – vermeende – dringende reden zal zich de

situatie kunnen voordoen dat een werknemer met succes de kantonrechter met een

beroep op art. 681 verzoekt om de opzegging door de werkgever te vernietigen. In

dat geval valt de opzegging weg. De werknemer heeft echter niet de bedongen arbeid

verricht. Heeft hij aanspraak op loon? In beginsel moet het antwoord op deze

vraag bevestigend luiden. De werknemer verricht de bedongen arbeid niet, omdat

de werkgever hem niet toelaat tot het werk; de werkgever stelt immers dat de arbeidsovereenkomst

is beëindigd. Dit geldt ook indien, in afwijking van art. 628, in de

arbeidsovereenkomst of in de cao een loonuitsluitingsbeding is opgenomen. Een ander

oordeel zou in strijd zijn met de strekking van de wettelijke bepalingen omtrent

vernietiging van de opzegging.81

In geval van een vernietigde opzegging heeft als uitgangspunt te gelden dat de

werknemer, bereid moet zijn om de bedongen arbeid te verrichten om aanspraak te

maken op loon. Zoals eerder al ter sprake kwam, sluit de Hoge Raad niet uit dat ondanks

het ontbreken van die bereidheid toch aanspraak op loon bestaat, indien desondanks

moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak

die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.82 In het aan de

Hoge Raad voorgelegde geval had het hof geoordeeld dat de werknemer na de (vernietigde)

opzegging weliswaar niet bereid was om de bedongen arbeid te verrichten,

maar dat de werkgever evenmin de bereidheid had de werknemer te belasten met de

bedongen arbeid en dat de omstandigheid aan de zijde van de werkgever de doorslag

gaf. Volgens de Hoge Raad gaf dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Oordeelt de rechter in hoger beroep dat de opzegging door de werkgever aan de

wettelijke vereisten voldoet, dan kan hij de beschikking houdende vernietiging van

die opzegging door de rechter in eerste aanleg niet vernietigen (zie ook § 31.7). De

hoger-beroepsrechter kan uitsluitend bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst

alsnog eindigt (art. 683 lid 6). De parlementaire geschiedenis van de Wet werk

en zekerheid leert dat dit tijdstip niet gelegen kan zijn in het verleden.83 Dit roept de

vraag op of de werknemer over de periode tot dat beëindigingsmoment aanspraak

heeft op loon.

81 Vgl. HR 19 juni 1959, *NJ* 1959/588 (*Oranje Nassau Mijnen/Scheffer*) (indien het beding tot strekking

mocht hebben de werknemer in dit geval zijn loon te onthouden, mist het rechtskracht het wegens

een ongeoorloofde oorzaak).

82 HR 19 december 2003, *NJ* 2004/269 (*Hema/P. II*). Zie ook Hof Amsterdam 8 december 2005, *JAR*

2006/132 (werkneemster doet pas na drie maanden beroep op vernietigingsgrond; ook indien zij

zich eerder bereid had verklaard haar werkzaamheden te hervatten, zou werkgever daarvan geen

gebruik hebben gemaakt).

83 MvT, 33818, nr. 3, p. 120. Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435.

*Verschuldigdheid van loon na vernietiging van de opzegging* **§ 5.3**

143

De Hoge Raad heeft deze vraag in de situatie dat de werknemer na een ontslag op

staande voet niet tot het werk is toegelaten in beginsel ontkennend beantwoord.84

Dit geldt zowel voor de periode tussen het ontslag op staande voet en de beslissing

van de rechter in eerste aanleg waarbij de opzegging wordt vernietigd, als voor de

periode tussen die beslissing en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in hoger

beroep. Met betrekking tot die laatste periode biedt de maatstaf van art. 628 lid 1

volgens de Hoge Raad in voorkomend geval ruimte voor het oordeel dat de rechterlijke

uitspraak in eerste aanleg in de gegeven omstandigheden – waartoe onder meer

kunnen behoren de ontslaggrond en de reden waarom de werkgever in eerste aanleg

in het ongelijk is gesteld – geheel of gedeeltelijk (wel) voor risico van de werkgever

komt. De Hoge Raad overweegt voorts dat ook overigens aanleiding kan bestaan om

af te wijken van het hiervoor weergegeven uitgangspunt, bijv. indien aan de werknemer

van zijn gedrag geen of slechts een gering verwijt kan worden gemaakt.

In de uitspraak besteedt de Hoge Raad ook aandacht aan de vraag of zijn eerder

ingenomen standpunt ten aanzien van de loondoorbetalingplicht van de werkgever

bij een schorsing van de werknemer (zie § 5.2.2) eraan in de weg staat om de werknemer

in de hier bedoelde situatie de aanspraak op loon te ontzeggen. Dit is volgens de

Raad niet het geval omdat de wet, anders dan bij schorsing of op-non-actiefstelling,

aan een geldig ontslag op staande voet het uitgangspunt verbindt dat de arbeidsovereenkomst

onmiddellijk eindigt, waarmee ook het recht op loon vervalt. Op deze

redenering valt wel een en ander af te dingen. Het ontslag heeft door de vernietiging

in eerste aanleg immers juist niet tot het einde van de arbeidsovereenkomst geleid.85

Gevolg van de uitspraak is bovendien dat in het geval de werkgever de werknemer

na een vernietiging van de opzegging door de kantonrechter alsnog schorst, en in

hoger beroep blijkt dat het ontslag op staande voet terecht was, de verhindering om

te werken alsnog voor rekening en risico van de werknemer komt.86 Daarmee lijkt

ook een zekere ‘beloning’ te worden gezet op het negeren van de beschikking van de

kantonrechter.87 In dat verband moet echter wel worden bedacht dat de werkgever

het risico loopt dat ook de rechter in hoger beroep tot het oordeel komt dat het ontslag

op staande voet niet geoorloofd was. In beginsel is de werkgever dan gehouden

om over de gehele periode loon door te betalen zonder dat daar een arbeidsprestatie

tegenover heeft gestaan. Bovendien kunnen werknemers een vernietigingsverzoek

in eerste aanleg combineren met een vordering tot feitelijke tewerkstelling. Deze

vordering zal bij vernietiging van de opzegging veelal door de kantonrechter worden

toegewezen (zie § 3.2). Wordt (dit onderdeel van) de uitspraak in hoger beroep niet

vernietigd, dan verbeurt de werkgever naast het loon, tevens de aan de veroordeling

84 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*), *NJ* 2019/54, m.nt. Bouwens. Deze kwestie

was daarvoor omstreden. Zie daarover uitgebreid de conclusie van A-G De Bock

ECLI:NL:PHR:2018:525. Vgl. A.R. Houweling, *ArbeidsRecht* 2018/7 en *ArbeidsRecht* 2019/10; M.

Ruizeveld, in: *Deining* (De Laat-bundel), 2019, p. 153-160. Zie voor toepassing van deze leer: Hof

Amsterdam 8 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:12; Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2019,

ECLI:NL:GHARL:2019:3196; Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:571.

85 Vgl. F.M. Dekker, *TRA* 2018/88.

86 Vgl. A.R. Houweling, *ArbeidsRecht* 2019/10; E. Wies & D. Stolwijk, *TAP* 2020/48.

87 Vgl. Conclusie A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:525, randnr. 4.8.4.

**§ 5.4** *Verschuldigdheid van loon*

144

tot tewerkstelling verbonden dwangsommen. Op een al te lichtvaardig negeren van

de rechterlijke uitspraak in eerste aanleg staat derhalve een stevige sanctie.

**§ 5.4 De matigingsbevoegdheid van de rechter**

De Hoge Raad heeft onder het oud BW in een reeks van arresten aangenomen, dat

de werkgever tegen wie een vordering tot loonbetaling wegens nietigheid van een

gegeven ontslag werd ingesteld een beroep kon doen op analoge toepassing van

art. 1639r lid 5 (oud) (zie thans art. 672 lid 12).88 Deze rechtspraak is bij de Wet fl exibiliteit

en zekerheid deels gecodifi ceerd in art. 680a. De vordering van de werknemer

tot doorbetaling van loon komt na een vernietigd ontslag op grond van dit artikel

voor matiging door de rechter in aanmerking als toewijzing van de volledige loonvordering

in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.89 De

matiging kan niet verder gaan dan de ook in art. 672 lid 12 genoemde grens van het

in geld vastgesteld loon voor de duur van de wettelijke opzegtermijn noch op minder

dan het in geld vastgesteld loon voor drie maanden.

De rechter kan ambtshalve matigen.90 Indien geen beroep op matiging is gedaan,

behoeft de rechter niet te motiveren waarom hij niet matigt.91 Indien wel een beroep

op matiging is gedaan, kan de rechter bij verwerping van dat beroep volstaan

met een summiere motivering.92 Honorering van het beroep moet deugdelijk worden

gemotiveerd. Matigt de feitenrechter de loonvordering, dan moet uit zijn uitspraak

blijken dat hij zich bewust is van de terughoudendheid die past bij het criterium dat

toewijzing in de gegeven omstandigheden zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen.93

Een grond voor matiging kan gelegen zijn in een wanverhouding tussen de tijd

waarover loon moet worden betaald en de tijd die de werknemer feitelijk voor de

werkgever heeft gewerkt,94 in de omstandigheid dat de werknemer elders inkomsten

heeft verworven,95 maar ook in het feit dat hij zich onvoldoende heeft ingespannen

om elders aan de slag te komen.96 Als grond voor matiging aanvaardt de Hoge Raad

88 Zie daarover: C.H.J. van Leeuwen, *NJB* 1986, p. 1360; W. Reehoorn, *SMA* 1987, p. 750; R.A.A. Duk, in:

*Schetsen voor Bakels* 1987 p. 39; J. Mannoury, *Prg*. 1989/625; W. Hesseling, *Prg*. 1994/187.

89 Het wettelijke criterium is ontleend aan HR 26 april 1985, *NJ* 1985/663.

90 HR 14 mei 1982, *NJ* 1982/604, m.nt. Stein; HR 25 maart 1988, *NJ* 1988/682.

91 HR 23 mei 1980, *NJ* 1980/503, m.nt. Stein.

92 Deze is ook vereist als de reden van afwijzing is gelegen in het feit dat de loonvordering niet zou

zijn gegrond ‘op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst’ als bedoeld

in art. 7:680a BW: HR 23 september 2005, *JAR* 2005/252.

93 HR 1 juni 1990, *NJ* 1990/715, m.nt. Stein (*Kasteleijn/Penrod*); HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999/268,

m.nt. Stein (*Öztürk/Bouw- en sloopafval I*); *Ondernemingsrecht* 1999, p. 25, m.nt. Rood; HR 26 maart

2004, *JAR* 2004/111, *SR* 2004/45, m.nt. Fikkers; HR 1 juni 2012, *JAR* 2012/173.

94 HR 3 januari 1986, *NJ* 1986/700, m.nt. Stein; HR 16 april 2010, *JAR* 2010/124; Hof Leeuwarden

8 juni 2010, *JAR* 2010/182; Ktr. Assen 12 maart 2013, *RAR* 2013/104.

95 HR 5 januari 1979, *NJ* 1979/207, m.nt. Stein; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/666, m.nt. Stein (*Chicopee/Van*

*Gerwen*).

96 HR 30 november 1979, *NJ* 1980/289, m.nt. Stein; HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/264, *JAR* 2001/26

(*Gerrits/De Bie*) (als eenmaal is vastgesteld dat de werknemer zich bereid heeft verklaard de bedongen

arbeid te verrichten, is de wijze waarop hij die bereidheid heeft doen blijken, geen relevante

factor bij de vraag of de loonvordering moet worden gematigd); HR 21 december 2007, *JAR*

2008/16; HR 16 april 2010, *JAR* 2010/124.

*De matigingsbevoegdheid van de rechter* **§ 5.4**

145

daarnaast de slechte fi nanciële situatie van de werkgever.97 De matiging vergt immers

een redelijkheidsoordeel, waarbij de fi nanciële omstandigheden van de werkgever

niet als irrelevant terzijde kunnen worden gelaten. Verder wijst de Hoge Raad

op de mogelijkheid van loonmatiging op grond van art. 680a in de situatie waarin

een ontslag op staande voet in hoger beroep alsnog, anders dan in eerste aanleg,

geoorloofd wordt geacht.98

De duur van de loonvorderingsprocedure en de mate waarin deze duur is toe te

rekenen aan de werknemer kunnen in beginsel matiging niet rechtvaardigen. Onder

uitzonderlijke omstandigheden kan dit anders zijn, met name indien de werknemer

de procedure welbewust heeft gerekt. Onder het oude recht is geoordeeld dat ook

het nalaten door de werkgever om een ontslagvergunning of ontbinding voor zover

vereist te vragen een van de omstandigheden is die moeten worden meegewogen bij

de beantwoording van de vraag of het ten volle toewijzen van de loonvordering tot

onaanvaardbare gevolgen zou leiden.99

Bij loonmatiging kunnen twee vormen worden onderscheiden. Een eerste vorm

is dat zij in tijd geschiedt.100 De rechter matigt de loonvordering in dier voege dat

slechts loon voor bijv. zes maanden wordt toegewezen. Als regel zal deze loonmatiging

tot gevolg hebben, dat de arbeidsovereenkomst – in de woorden van de Hoge

Raad – ‘krachteloos’ wordt.101 Niet uitgesloten is dat de loonmatiging in verband

met de overwegingen die de rechter daaraan ten grondslag legt, een tijdelijk karakter

draagt, bijv. omdat zij in verband staat met passende arbeid die tijdelijk elders

beschikbaar is of omdat de matiging slechts bedoeld is te gelden tot het tijdstip

waartegen de werkgever veroordeeld is de werknemer weer werk te verschaffen.

Uitzonderingen als door de Hoge Raad bedoeld zullen zich in de praktijk slechts

zelden voordoen.102

De matiging kan anders dan in tijd geschieden door het ten tijde van het vonnis

verschuldigde totaalbedrag te matigen: bijv. de werknemer vordert een bepaald bedrag

als loon per maand, de rechter wijst de vordering toe tot 50% van dat bedrag.

Art. 680a heeft betrekking op de matigingsbevoegdheid bij een vordering tot doorbetaling

van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de

97 HR 28 september 1984, *NJ* 1985/245, m.nt. Stein.

98 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*). Daarnaast bestaat in dit geval in beginsel de mogelijkheid

om de loonaanspraak te ontzeggen op grond van art. 628. Zie hierover § 5.3.

99 HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999/268, m.nt. Stein (*Öztürk/Bouw- en sloopafval*); HR 13 september

2002, *NJ* 2002/496 (*Da Silva/Heineken*); Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2016,

ECLI:NL:GHARL:2016:1715.

100 HR 26 april 1985, *NJ* 1985/663.

101 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989/801, m.nt. Stein (*Chelbi/Klene*), *TVVS* 1989, p. 231, m.nt. Rood; H. Staal,

*Rechtshulp* 1989, p. 18; C.H.J. van Leeuwen, *Prg.* 1989/477. Indien de werknemer in een proces uitsluitend

betaling van loon vordert, zal hij nadien niet meer kunnen vorderen, dat de werkgever

hem daadwerkelijk tewerkstelt. Hij heeft het recht tot zulk een vordering verwerkt. Zie ook HR

27 februari 1987, *NJ* 1987/560.

102 Zie Rb. Amsterdam 26 juni 1996, *JAR* 1996/162.

**§ 5.4** *Verschuldigdheid van loon*

146

arbeidsovereenkomst.103 Daaronder vallen, naast de opzegging zonder de vereiste

instemming van de werknemer en schending van de wederindienstnemingsvoorwaarde,

de opzegging die vernietigd wordt wegens strijd met de ontslagverboden

van art. 646, 648, 649 en 670 of van de AWGB, de WGBLA, de WGBH/CZ, art. 108

Pensioenwet en art. 3 van de Wet fl exibel werken. Verder is art. 680a van toepassing

indien de loonvordering is gebaseerd op een vernietiging van de opzegging op grond

van art. 3:34, omdat zij door de werknemer werd gedaan onder invloed van een

stoornis van zijn geestvermogens.104 Ten slotte aanvaardt de Hoge Raad toepassing

van art. 680a op loonvorderingen gebaseerd op met de vernietiging van de opzegging

op één lijn te stellen gevallen van het ontbreken van een rechtsgeldige opzegging.105

Een dergelijk geval werd aanwezig geacht toen een werknemer vóór de overgang van

een onderneming ontslag was aangezegd, maar de vervreemder pas na de overgang

tot opzegging overging omdat hij pas op dat moment een ontslagvergunning verkreeg.

Deze opzegging had vanwege de overgang geen rechtsgevolg. De werknemer

was reeds van rechtswege in dienst getreden bij de verkrijger van de onderneming

(art. 663). De werknemer sprak deze aan tot betaling van loon. De Hoge Raad oordeelde

dat in zo’n situatie art. 680a van overeenkomstige toepassing kan worden

geacht. Dit geldt ook voor de loonvordering over de periode tussen de vernietiging

van het ontslag door de kantonrechter en het tijdstip van beëindiging van de arbeidsovereenkomst

door het hof op grond van art. 683 lid 6.106

Loonvorderingen die verband houden met een geschil over het bestaan of het

van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst, vallen niet onder het toepassingsbereik

van art. 680a.107 Het artikel is evenmin van toepassing, wanneer de

werknemer op non-actief is gesteld en elders loon verdient. Wel kan het in de hier

bedoelde gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

zijn (art. 6:248 lid 2) dat de werknemer aanspraak maakt op loondoorbetaling.108 Dat

geldt ook indien de loonvordering is gebaseerd op de aanwezigheid van een door de

103 De matigingsbevoegdheid geldt voor alle loonvorderingen op grond van een nietig ontslag en bestaat

ongeacht of de vordering gebaseerd is op art. 628 dan wel, in geval van ziekte, art. 629: Hof

’s-Hertogenbosch 16 september 2003, *NJF* 2004, 92. De omstandigheid dat de werknemer ziek is,

kan uiteraard wel van belang zijn bij de beoordeling of toewijzing van de vordering in de gegeven

omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen leidt.

104 HR 15 november 2002, *JAR* 2002/295 (*Sietses/Sneek*).

105 HR 23 september 2005, *JAR* 2005/252, *SR* 2005/73, m.nt. Fikkers (*Roijakkers/Engelen*). Zie ook Ktr.

Utrecht 17 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1552 (terugkomen op aanbod aangaan arbeidsovereenkomst).

106 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*).

107 HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*) (arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet

van rechtswege geëindigd als gevolg van art. 668a; art. 680a niet van toepassing). De rechtspraak

onder het oude recht waarin art. 1639r lid 5 (oud; thans art. 672 lid 10) analoog werd toegepast,

had wel mede betrekking op deze gevallen: zie HR 5 januari 1979, *NJ* 1979/207, m.nt. Stein en HR

1 juni 1990, *NJ* 1990/715, m.nt. Stein (*Kasteleijn/Penrod*).

108 Vgl. ten aanzien van loonvordering na door werkgever veronderstelde beëindiging met wederzijds

goedvinden: HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/205. Zie voorts: Hof Amsterdam 18 mei 2006, *JAR* 2006/237

(aanvaarding functie tijdens op-non-actief-stelling op zich onvoldoende voor gegrond beroep op

art. 6:248 lid 2 evenals het feit dat werkneemster salaris ontvangt zonder daarvoor te hoeven

werken), alsmede Ktr. Enschede 3 januari 2012, *JAR* 2012/41 en Hof Amsterdam 29 mei 2012, *JAR*

2012/222 (conversie op grond van art. 668a; (ambtshalve) toepassing art. 6:248 lid 2).

*Oproeparbeid* **§ 5.5**

147

werkgever betwiste arbeidsovereenkomst.109 Daarbij dient de rechter dezelfde maatstaven

te hanteren als in de rechtspraak voor de toepassing van art. 680a zijn ontwikkeld.

110 Analoge toepassing van art. 680a op arbeidsverhoudingen die niet berusten

op een arbeidsovereenkomst, is volgens de Hoge Raad niet mogelijk.111

**§ 5.5 Oproeparbeid**

De werknemer kan aan art. 628 slechts een aanspraak op loondoorbetaling ontlenen,

indien sprake is van een verhindering de ‘overeengekomen arbeid’ te verrichten.

Bij oproeparbeid brengt de aard van het contract veelal mee dat het aantal te werken

uren per periode wisselt. Bij een zogenoemd ‘nulurencontract’ hoeft de werkgever

de werknemer in beginsel zelfs helemaal niet op te roepen. Oproepkrachten

met een ‘min/max-contract’, dat zich kenmerkt door een gegarandeerd minimumaantal

arbeids uren met daarboven de mogelijkheid van een fl exibele inzet van de

werknemer, kunnen voor de minimaal overeengekomen uren een beroep doen op

art. 628. Voor werknemers met een nulurencontract, dat geen enkele garantie kent,

geldt dat de werkgever in beginsel slechts gehouden is loon door te betalen, indien

de (voor risico van de werkgever komende) verhindering tot het verrichten van de

arbeid opkomt nadat de oproepkracht is opgeroepen en hij, voor zover nodig, deze

oproep heeft aanvaard.112 Een dergelijke aanspraak geldt ook wanneer het een min/

max-contract betreft ten aanzien van de uren die het overeengekomen minimum

overstijgen.113

Goed werkgeverschap (art. 611) kan meebrengen dat de werkgever verplicht is de

werknemer op te roepen als hij werk heeft waarvoor de oproepkracht in aanmerking

komt. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de werkgever de vrijheid die eigen is aan

het oproepcontract niet mag gebruiken om de werknemer uit te sluiten van werkzaamheden

om redenen die dat besluit niet kunnen rechtvaardigen (zie ook § 3.2).

Doet hij dat toch, dan heeft de werknemer op grond van art. 628 recht op loon tot

het bedrag dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij de werkzaamheden wel had

verricht. Dat de werknemer eerder heeft afgezien van de mogelijkheid om zijn vaste

109 Vgl. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/666, m.nt. Stein (*Chicopee/Van Gerwen*) en MvA I, 25263, p. 15. Zie

voorts Hof Leeuwarden 30 augustus 2006, *Prg*. 2006/176 (betwisting van bestaan arbeidsovereenkomst

na overgang van onderneming; wanverhouding tussen de periode waarin werkneemster

feitelijk heeft gewerkt en de periode waarop de loonvordering uit hoofde van art. 7:663 BW betrekking

heeft; matiging op grond van art. 6:248 lid 2).

110 HR 28 september 2012, *JAR* 2012/276; *JIN* 2012/172, m.nt. Houweling.

111 HR 10 november 2000, *NJ* 2001/250, m.nt. Stein (*De Klinckaert/Blom*), *ArA* 2001/3, p. 70, m.nt. Konijn.

112 Vgl Bakels, p. 73. Zie ook ten aanzien van het recht op loon bij ziekte: *Kamerstukken II* 1995/96,

24439, nr. 6 (NV II Wulbz), p. 21; Ktr. Heerenveen 25 juli 2012, *JAR* 2012/215; Hof Den Haag

25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2404 en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 november 2018,

ECLI:NL:GHARL:2018:10103. Anders, gelet op toepasselijke cao, Hof ’s-Hertogenbosch 28 februari

2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:830.

113 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4203.

**§ 5.5** *Verschuldigdheid van loon*

148

aantal contracturen te verhogen, en dat hij, wanneer hem dat uitkwam, oproepen

heeft geweigerd, doet daar niet aan af. 114

Voor oproepkrachten is verder van belang dat art. 610b bepaalt dat, wanneer een

arbeidsovereenkomst drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige

maand wordt vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van

de daaraan voorafgaande drie maanden. Beroept de werknemer zich op goede gronden

op dit rechtsvermoeden en slaagt de werkgever er niet in het te weerleggen, dan

zal de werknemer ter zake van het loon over het vastgestelde gemiddelde aantal uren

een beroep kunnen doen op art. 628 (zie verder § 1.8.1).

Specifi ek op de rechtspositie van oproepkrachten zien de voorschriften opgenomen

in art. 628a.115 In lid 9 daarvan is omschreven wat voor de toepassing van dit wetsartikel

heeft te gelden als een ‘oproepovereenkomst’. Onder dat begrip vallen in de

eerste plaats de arbeidsovereenkomsten waarbij de omvang van de arbeid niet is

vastgelegd als één aantal uren per tijdseenheid van ten hoogste één maand. Is het

aantal uren vastgelegd over een langere periode, dan is sprake van een oproepovereenkomst,

tenzij het om een periode van ten hoogste een jaar gaat én het recht

op loon gelijkmatig is gespreid over dat tijdvak. Men spreekt in dat verband wel van

een ‘jaarurennorm’. Verder worden als oproepovereenkomst aangemerkt de arbeidsovereenkomsten

waarbij de werknemer op grond van art. 628 lid 5 of 7, of art. 691

lid 7 geen recht heeft op het naar tijdruimte vastgesteld loon indien hij de overeengekomen

arbeid niet heeft verricht.116 De in het art. 628a opgenomen voorschriften zien

– met uitzondering van het eerste lid – niet op die oproepovereenkomsten waarbij

het aantal te werken uren per tijdseenheid vaststaat en uitsluitend onzekerheid

bestaat over de werktijden.117 Werknemers met een dergelijk contract zullen veelal

wel een beroep kunnen doen op het hierna te bespreken art. 628b. Verder vallen

niet onder het toepassingsbereik van art. 628a de werknemers met een vast aantal

uren per tijdseenheid die consignatiediensten (‘piket-’ of ‘wachtdiensten’), aanwe-

114 Zie HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264 (*Possemis/Hoogenboom*); HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923

(*Van Hertum/Connexxion*); W.L. Roozendaal, *AR* 2015-0345. Zie ook Hof ’s-Hertogenbosch 7 april

2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1209; Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4061.

115 Daarnaast zijn specifi ek voor oproepkrachten bepalingen opgenomen in: art. 626 lid 2 (verplichte

vermelding op loonopgave; zie § 7.5); art. 655 lid 1 sub *o* (informatieplicht werkgever; zie § 2.3) en

art. 672 lid 5 (kortere opzegtermijn voor de werknemer; zie § 23.2). Met uitzondering van de minimumloonaanspraak

in art. 628a lid 1 werden al deze voorschriften ingevoerd bij de Wet arbeidsmarkt

in balans (2020) (*Kamerstukken* 35 074). Zie daarover ook: E.W. de Groot & M.S. Houwerzijl,

*TRA* 2018/74; P.J.B.M. Besselink, *TAP* 2018/151; W.L. Roozendaal, *TRA* 2019/86; J.P. Volk, *TRA* 2020/4.

116 Volgens de regering gaat het steeds om situaties waarin onzekerheid bestaat over het aantal te

werken uren (MvT, 35074, nr. 3, p. 23 en p. 132). Bij een loonuitsluitingsbeding als bedoeld in

art. 628 lid 5 hoeft dat echter niet per se het geval te zijn. Aangenomen mag worden dat de wetgever

met name het oog heeft op de in art. 628 lid 7 genoemde functies waarvan de werkzaamheden

incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Vgl. W.L. Roozendaal, *TRA* 2019/86.

117 Zie MvT, 35074, nr. 3, p. 26-27 en MvA I, 35074, D, p. 33. Vgl. Hof ’s-Hertogenbosch 26 oktober

2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3252. Zie verder Hof Amsterdam 13 december 2022,

ECLI:NL:GHAMS:2022:3526 (vast aantal uren per tijdvak, waarbij de tijdstippen waarop de arbeid

wordt verricht zijn vastgelegd; dat onzekerheid bestaat over het daarnaast te ontvangen variabele

deel van het salaris, dat afhankelijk is van door werknemer verrichte behandelingen, maakt overeenkomst

geen oproepovereenkomst).

*Oproeparbeid* **§ 5.5**

149

zigheidsdiensten (‘slaapdiensten’) of bereikbaarheidsdiensten verrichten, mits daar

een geldelijke vergoeding of compensatie in de vorm van betaalde vrije tijd tegenover

staat.118

In lid 1 van art. 628a is een minimumaanspraak op loon per oproep neergelegd.119

Wordt een oproepkracht verschillende malen per dag opgeroepen, dan heeft hij over

elke afzonderlijke periode van arbeid recht op minimaal het loon over drie uren.120

Dit wordt niet anders doordat daardoor de mogelijkheid ontstaat dat de werknemer

die meermalen op een dag wordt opgeroepen, over bepaalde tijdvakken van die dag

‘dubbel’ wordt beloond.121 Deze minimumaanspraak bestaat niet alleen voor degene

die werkzaam is op basis van een oproepovereenkomst in vorenbedoelde zin, maar

ook voor werknemers met wie een vaste arbeidsduur van minder dan vijftien uur

per week is afgesproken, indien de tijdstippen waarop moet worden gewerkt niet

zijn vastgelegd.122

Op grond van art. 628a lid 2 kan een werknemer met een oproepovereenkomst

niet worden verplicht gehoor te geven aan een oproep om arbeid te verrichten, indien

de werkgever de tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht niet ten

minste vier dagen van tevoren aan de werknemer bekend heeft gemaakt. Het staat

de werknemer wel vrij om positief te reageren op een later gedaan verzoek. De termijn

sluit aan bij art. 4:2 lid 3 Arbeidstijdenwet.123 Het gaat om vier kalenderdagen,

118 Zie art. 628a lid 10 jo. art. 1 Besluit van 19 juni 2019, houdende Nadere regels over oproepovereenkomst,

*Stb.* 2019. 233.

119 Art. 628a lid 1 werd geïntroduceerd met de Wet fl exibiliteit en zekerheid (1999). Tot de invoering

van de Wet arbeidsmarkt in balans (2020) kende de bepaling nog geen eigen omschrijving van het

begrip oproepovereenkomst.

120 Een reguliere werkpauze, die ook geldt voor de overige werknemers, heeft niet tot gevolg dat een

nieuwe periode met een eigen aanspraak ontstaat: MvA I, 25263, nr. 132b, bijlage p. 9. Zie ook Rb.

Rotterdam 5 december 2003, *LJN* AO1611 (wachttijd tussen twee autoritten; geen nieuwe werkperiode).

121 Zie HR 3 mei 2013, *JAR* 2013/140, m.nt. Zwemmer (*Van der Meulen/Taxicentrale Wolters), TRA*

2013/69, m.nt. Ruizeveld; *AA* 2013, p. 944, m.nt. Bouwens; *ArA* 2014/1, p. 51 e.v., m.nt. Vos & Dekker;

F.M. Dekker, *TAP* 2013/6, p. 228 e.v.; E.A.M. Heidstra, *ArbeidsRecht* 2013/62. Zie voor het vervolg:

Hof ’s-Hertogenbosch 10 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1740.

122 Wordt de werknemer met een kleine, vaste arbeidsomvang tevoren ingeroosterd op dezelfde wijze

en even lang van tevoren als reguliere werknemers, dan kan hij zich niet op art. 628a lid 1

beroepen: NV II, 25263, nr. 6, p. 7. Zie ook Hof Leeuwarden 19 juli 2011, *JAR* 2011/227 (alleen beroep

op art. 628a lid 1 voor losse, wisselende diensten) en Hof Arnhem 6 november 2012, *JAR*

2012/308 (vooraf opgesteld rooster). Anders: Ktr. Utrecht 8 juni 2011, *RAR* 2011/132 (beslissend

is of de werknemer het voor het zeggen heeft wanneer en in welke mate hij wordt ingezet). Een

vaste arbeidsduur van minder dan vijftien uren per week kan onder omstandigheden ook worden

afgeleid uit de wijze waarop partijen hun overeenkomst hebben uitgevoerd: Hof ’s-Hertogenbosch

24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:218.

123 Veelal zal het werkrooster op grond van het eerste en tweede lid van dit wetsartikel, behoudens

andersluidende (individuele of collectieve) afspraken, ten minste 28 dagen van te voren

aan de werknemer moeten worden doorgegeven. Ondanks het bestaan van art. 4:2 Arbeidstijdenwet

werden in de lagere jurisprudentie vóór de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans

ook kortere termijnen toelaatbaar geacht. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juni 2015,

ECLI:NL:GHARL:2015:4203, waarin een intrekking voor het einde van de werkdag die voorafgaat

aan de ingeroosterde dag nog tijdig werd geacht.

**§ 5.5** *Verschuldigdheid van loon*

150

waarbij de geplande werkdag niet meetelt voor de berekening.124 De oproep dient

schriftelijk of elektronisch te gebeuren. Met dit vereiste beoogt de wetgever de bewijspositie

van de werknemer te versterken.125 De werknemer moet persoonlijk in

kennis worden gesteld van de tijdstippen waarop hij moet werken; een (schriftelijke)

verwijzing naar een elders kenbaar gemaakt rooster is niet voldoende.126

Art. 628a lid 3 legt de mogelijkheden van de werkgever aan banden om een gedane

oproep geheel of gedeeltelijk in te trekken, dan wel te wijzigen. Geschiedt dit

binnen vier kalenderdagen voor de aanvang van de werkzaamheden, dan heeft de

oproepkracht recht op het loon waarop hij recht zou hebben indien hij de arbeid

overeenkomstig de oproep zou hebben verricht.127 Dit geldt ook wanneer de werknemer

ondanks de ontijdigheid gehoor geeft aan het verzoek van de werkgever om op

andere tijdstippen te werken. Hij heeft in die situatie niet alleen recht op loon over

de gewerkte uren, maar ook over de niet-gewerkte uren waarvoor hij oorspronkelijk

was opgeroepen.128 Voor de loonaanspraak is niet vereist dat de werknemer aantoont

dat hij bereid is gebleven tot het verrichten van de arbeid gedurende het tijdvak van

de (later ingetrokken of gewijzigde) oproep.129 Ook voor intrekking en wijziging van

de oproep geldt dat deze schriftelijk of elektronisch dient plaats te vinden. Indien dit

op andere wijze gebeurt, wordt de oorspronkelijke oproep geacht niet te zijn ingetrokken

of gewijzigd.130

Men mag uit art. 628a lid 3 niet afl eiden dat de werkgever steeds bevoegd is de

oproep met inachtneming van de vierdagentermijn in te trekken of te wijzigen. Heeft

een werknemer een oproep aanvaard, dan is sprake van ‘overeengekomen arbeid’ in

de zin van art. 628 lid 1, en zal als regel recht op loon bestaan over de betreffende

uren wanneer de werkgever alsnog afziet van de diensten van de werknemer. Art.

628a biedt de oproepkracht slechts extra bescherming, in die zin dat bij ontijdige

intrekking of wijziging van een oproep ook recht op loon bestaat wanneer partijen

een loonuitsluitingsbeding als bedoeld in art. 628 lid 5 of lid 7, of art. 691 lid 7 zijn

overeengekomen.131

In het vijfde tot en met achtste lid van art. 628a is de zogenoemde ‘vastklikregeling’

opgenomen. Deze verplicht de werkgever jaarlijks aan de oproepkracht een aanbod

te doen voor een arbeidsovereenkomst met een vaste arbeidsomvang. Accepteert de

werknemer het aanbod, dan is niet langer sprake van een oproepovereenkomst en is

uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting op grond van art. 628 lid 5 of lid 7

niet langer mogelijk.

124 MvT, 35074, nr. 3, p. 129-130.

125 MvT, 35074, nr. 3, p. 25.

126 MvT, 35074, nr. 3, p. 23.

127 De loonaanspraak bestaat ook als de oproep één tot drie dagen voor de arbeid plaatsvindt, door de

werknemer wordt geaccepteerd en daarna alsnog wordt ingetrokken. Zie NV, 35074, nr. 9, p. 28-29.

128 Bijv.: de werkgever wijzigt binnen de vierdagentermijn een geplande oproep van 09.00 tot 13.00

uur in een oproep van 13.30 tot 17.30 uur. Gaat de werknemer hiermee akkoord, dan heeft hij recht

op acht uren loon: zie MvT, 35074, nr. 3, p. 130.

129 MvA I, 35074, D, p. 34.

130 MvT, 35074, nr. 3, p. 130.

131 MvT, 35074, nr. 3, p. 133 en MvA I, 35074, D, p. 31. Vgl. W.L. Roozendaal, *TRA* 2019/86.

*Oproeparbeid* **§ 5.5**

151

De omvang van het aanbod moet ten minste gelijk zijn aan de gemiddelde omvang

van de arbeid in de voorafgaande twaalf maanden. Bij de berekening van het

gemiddelde worden alle verloonde uren meegeteld, dus bijv. ook de uren waarin de

werknemer de arbeid niet heeft kunnen verrichten wegens ziekte, de (wettelijke en

bovenwettelijke) vakantie-uren en de uren waarop recht op loondoorbetaling bestaat

op grond van art. 628a lid 3.132 De verplichting een arbeidsovereenkomst voor

een vast aantal uren aan te bieden geldt ook als in het afgelopen jaar slechts incidenteel

of gedurende een korte periode werkzaamheden zijn verricht.133 Op dit punt is

derhalve sprake van een wezenlijk verschil met art. 610b, dat een rechtsvermoeden

voor de omvang van de bedongen arbeid bevat dat door de werkgever kan worden

weerlegd. De werkgever kan in de hier bedoelde gevallen een contract met een jaarurennorm

aanbieden, waarbij het salaris gelijkmatig over het jaar verspreid is maar

de te werken uren over die periode variëren.134

Het aanbod dient steeds uiterlijk in de dertiende maand schriftelijk of elektronisch

door de werkgever te worden gedaan. De termijn voor aanvaarding van het

aanbod door de werknemer bedraagt ten minste een maand. Voor de berekening

van de periode van twaalf maanden worden arbeidsovereenkomsten die elkaar

met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld.

Dit geldt zowel voor de arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, als voor

elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen de werknemer en verschillende

werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid of geschiktheid van

de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten

worden elkaars opvolgers te zijn (art. 628a lid 7). De tussenpozen zelf worden niet

meegeteld.135 Blijft een (tijdig) aanbod achterwege, dan heeft de werknemer vanaf

de uiterlijke datum waarop de werkgever het aanbod had moeten doen – derhalve

ingaande de veertiende maand – recht op loon over de gemiddelde arbeidsomvang

in de referteperiode (art. 628a lid 8).136

Het van de werkgever te vergen aanbod betreft een aanpassing van de lopende

arbeidsovereenkomst.137 De werkgever is op grond van art. 628a niet verplicht een

arbeidsovereenkomst voor een langere duur of voor onbepaalde tijd aan te bieden.138

Eindigt de lopende arbeidsovereenkomst kort nadat de werkgever een aanbod voor

een vast aantal uren heeft gedaan, dan geldt dit aanbod ook voor de arbeidsovereenkomst

die binnen zes maanden met dezelfde of een opvolgende werkgever wordt

aangegaan (art. 628a lid 6). Een nieuwe oproepovereenkomst of een arbeidsover-

132 MvT, 35074, nr. 3, p. 106 en p. 131.

133 MvA I, 35074, D, p. 34.

134 Vgl. W.L. Roozendaal, *TRA* 2019/86.

135 MvT, 35074, nr. 3, p. 131.

136 MvT, 35074, nr. 3, p. 28. Ziebijv. Ktr. Maastricht9december2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:9724; Ktr. Amsterdam

20 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1924 en Ktr. Amsterdam 8 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5723.

137 De aangepaste arbeidsovereenkomst zal daarom ook niet gelden als een opvolgende overeenkomst

in de zin van art. 668a. Vgl. Ktr. Rotterdam 7 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4900 en Ktr.

Amsterdam 5 november 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5420.

138 MvT, 35074, nr. 3, p. 28 en MvA I, 35074, D, p. 33.

**§ 5.5** *Verschuldigdheid van loon*

152

eenkomst met een kleinere omvang dan het eerder gedane aanbod is in dat geval

derhalve in beginsel uitgesloten.139

De werknemer is niet gehouden het aanbod als bedoeld in art. 628a lid 5 van de

werkgever te accepteren. De arbeidsovereenkomst blijft in dat geval ongewijzigd

voortbestaan. Indien de werknemer de fl exibiliteit van een oproepcontract wenst te

behouden, dan is dit dus mogelijk. Afwijzing van het aanbod van de werknemer doet

volgens de wetsgeschiedenis geen afbreuk aan de mogelijkheden van de werknemer

om zich op het rechtsvermoeden van art. 610b te beroepen.140

De voorschriften opgenomen in art. 628a zijn (grotendeels) van dwingend recht (lid 12).

Wel kan op grond van het vierde lid van het wetsartikel bij cao of bij regeling door of

namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan de vierdagentermijn van het tweede

en derde lid worden verkort tot minimaal 24 uur. Verder is in art. 628a lid 11 de mogelijkheid

neergelegd om bij cao of bestuursrechtelijke regeling het tweede, derde en

vijfde lid buiten toepassing te verklaren voor bij die overeenkomst of regeling aangewezen

functies die als gevolg van klimatologische of natuurlijke omstandigheden

gedurende een periode van ten hoogste negen maanden per jaar kunnen worden

uitgeoefend en niet aansluitend door dezelfde werknemer kunnen worden verricht

gedurende een periode van meer dan negen maanden per jaar. De wetgever wil daarmee

tegemoet komen aan de bijzondere omstandigheden in sectoren waar veel seizoensgebonden

werk wordt verricht, zoals de land- en tuinbouw.141

Als uitvloeisel van Richtlijn (EU) 2019/1152 betreffende transparante en voorspelbare

arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie, is per 1 augustus 2022 een nieuw art. 628b

ingevoerd.142 Dit wetsartikel ziet op arbeidsovereenkomsten waarvoor geldt dat de

tijdstippen waarop de arbeid moet worden verricht, geheel of grotendeels onvoorspelbaar

zijn (zie daarover ook § 2.3). Daartoe kunnen bepaalde oproepovereenkomsten

als bedoeld in art. 628a lid 9 worden gerekend, zoals nulurencontracten, maar

bijv. ook overeenkomsten met een jaarurennorm wanneer het merendeel van de tijdstippen

waarop gewerkt moet worden niet ruim vooraf bekend is.143

Op grond van art. 655 lid 1 sub *i* is de werkgever gehouden werknemers met een

geheel of grotendeels onvoorspelbaar werkpatroon een schriftelijke of elektronische

opgave te verstrekken onder meer van de dagen en uren waarop de werknemer kan

worden verplicht om arbeid te verrichten. De zogenoemde ‘referentiedagen’ of ‘refe-

139 MvT, 35074, nr. 3, p. 126 en MvA I, 35074, D, p. 34.

140 MvT, 35074, nr. 3, p. 131-132. Volgens Ktr. Almelo 13 december 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:3768, kan

een werknemer, na het afwijzen van een aanbod tot een vaste urenomvang als bedoeld in art. 628a

lid 5, het rechtsvermoeden van art. 610b slechts aanwenden voor een loonvordering over

de periode nadat een beroep op het rechtsvermoeden is gedaan. Ktr. Utrecht 9 maart 2022,

ECLI:NL:RBMNE:2022:1056 oordeelde dat een werknemer het vermoeden arbeidsomvang in dat

geval slechts kan relateren aan de werkzaamheden verricht in de periode na het afwijzen van dat

aanbod.

141 Deze toevoeging is een gevolg van het aannemen van het amendement Stoffer c.s. (*Kamerstukken*

*II* 2018/19, 35074, nr. 61). De tekst van de bepaling sluit aan bij art. 668a lid 13, zoals die bepaling

luidde tot de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans (2020).

142 Wet van 22 juni 2022, *Stb*. 2022, 277 (*Kamerstukken*, 35962).

143 Vgl. W.L. Roozendaal, *TAP* 2022/50.

*Overige gevallen* **§ 5.6**

153

rentie-uren’ (zie § 2.3). Op grond van art. 628b lid 2 is de werknemer slechts gehouden

arbeid te verrichten op deze dagen of uren. Daarnaast verklaart art. 628b lid 3

de leden 2 tot en met 4 en lid 11 van art. 628a, inzake de tijdige oproep en wijziging

of intrekking daarvan, van overeenkomstige toepassing op de werknemers met een

geheel of grotendeels onvoorspelbaar werkpatroon. Ten slotte bevat art. 628b lid 4

een benadelingsverbod. De werkgever mag de werknemer niet benadelen wegens

de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte de in dit artikel aan hem

toegekende rechten geldend maakt, ter zake bijstand heeft verleend of een klacht

hierover heeft ingediend.144