



# Rapport

**Datum: 19 mei 2003**

**Rapportnummer: 2003/137**

## Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland, ten onrechte aan zijn werkgever een ontslagvergunning heeft verleend. Hij is van mening dat de CWI zijn belangen onvoldoende heeft meegewogen.

## Beoordeling

1. De Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland, (hierna: de CWI) verleende aan verzoekers werkgever toestemming om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, omdat verzoeker verwijtbaar zou hebben gehandeld. Verzoeker had volgens zijn verweerschrift op vrijdag 29 maart 2002 om onmiddellijke uitbetaling van zijn overuren verzocht, met het ultimatum anders zijn werkzaamheden op te schorten. Zijn eerstvolgende werkdag zou zijn op Paaszondag, 31 maart 2002. Zijn werkgever had verzoeker hierop meegedeeld dat hij zijn loon pas na Pasen zou ontvangen. Hiermee ging verzoeker niet akkoord. De CWI is van mening dat verzoeker heeft gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De werkgever is namelijk onvoldoende in de gelegenheid gesteld om aan zijn betalingsverplichting te voldoen en er stonden verzoeker andere middelen ter beschikking zoals een schriftelijke aanmaning en sommatie, en eventueel daaropvolgend rechtsmiddelen, aldus de CWI. Verzoeker is van mening dat de CWI in zijn beslissing verzoekers belangen onvoldoende heeft meegewogen.

2. In reactie op de klacht gaf de CWI aan dat volgens de CWI de vraag niet centraal hoefde te staan of de wetsartikelen met betrekking tot het recht tot opschorting correct waren toegepast. De CWI diende in dit geval te beoordelen of verzoeker verwijtbaar had gehandeld op grond van artikel 5:1, vierde lid, van het Ontslagbesluit en of gelet op dit verwijtbaar handelen van zijn werkgever gevergd kon worden het dienstverband voort te zetten. De CWI had zich bij deze beoordeling laten leiden door de redelijkheidstoets van artikel 3:1 van het Ontslagbesluit.

3. De CWI diende te beoordelen of van de werkgever gevergd kon worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten. De werkgever achtte het verwijtbaar aan verzoeker, dat hij niet meer aan zijn arbeidsverplichting voldeed. Verzoeker beriep zich echter op zijn recht om zijn verplichting op te schorten, omdat de werkgever niet aan zijn loonbetalingsverplichting had voldaan. Uit hetgeen namens verzoeker richting de CWI is aangegeven gedurende de ontslagprocedure, blijkt enkel dat verzoeker twee dagen voor de dag waarop hij (weer) zou moeten werken (Paaszondag), onmiddellijke uitbetaling van achterstallig loon heeft gevorderd van zijn werkgever, onder de mededeling dat hij anders niet op zijn werk zou verschijnen. De mededeling van zijn werkgever, dat hij na Pasen zou uitbetalen, achtte verzoeker niet voldoende om toch op zijn werk te verschijnen. Nu verzoeker gedurende de procedure bij de CWI niet had gesteld dat hij al eerder om betaling van zijn achterstallige loon had gevraagd, kon de CWI concluderen dat verzoeker

zijn werkgever niet de kans had gegeven om binnen een redelijke termijn aan zijn verzoek om uitbetaling van zijn loonbetalingsverplichting tegemoet te komen. Dit mede gelet op de toezegging van zijn werkgever dat hij na Pasen tot uitbetaling zou overgaan. Los van de vraag of verzoeker een beroep kon doen op zijn recht tot opschorting en zo ja, hoe, was het in ieder geval in strijd met de redelijkheid en billijkheid om van zijn werkgever te eisen dat hij met onmiddellijke ingang zou betalen.

De CWI kon daarom concluderen dat verzoeker verwijtbaar had gehandeld en op grond daarvan toestemming verlenen aan de werkgever om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

De onderzochte gedraging is behoorlijk.

## **Conclusie**

De klacht over de onderzochte gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland, te Eindhoven, die wordt aangemerkt als een gedraging van de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen te Amsterdam, is niet gegrond.

## **Onderzoek**

Op 2 oktober 2002 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift, gedateerd 1 oktober 2002, van de heer S. te Eindhoven, ingediend door mr. T.G.M. Gersjes, advocaat te Eindhoven, met een klacht over een gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland te Eindhoven.

Nadat verzoekers gemachtigde op 10 oktober 2002 nadere informatie had verstrekt, werd naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen te Amsterdam, een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de Centrale organisatie werk en inkomen te Amsterdam verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben. Tevens werd de CWI een aantal specifieke vragen gesteld.

Vervolgens werd verzoeker in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

Verzoekers gemachtigde en de CWI berichtten dat het verslag hen geen aanleiding gaf tot het maken van opmerkingen.

## Bevindingen

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

### A. feiten

1. Bij brief van 24 april 2002 verzocht de werkgever van verzoeker aan de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland te Eindhoven (hierna: de CWI) om toestemming om de arbeidsverhouding met verzoeker op te zeggen. De werkgever gaf daarbij als reden aan dat verzoeker vanaf 31 maart 2002 (Paaszondag) zonder reden of opzegging niet meer op zijn werk (drie uren per week op zondag) was verschenen. Op de vervolgens door de werkgever verzonden aangetekende brief aan verzoeker van 10 april 2002, had verzoeker tot op dat moment niet gereageerd.

2. Op 21 mei 2002 diende verzoekers gemachtigde een verweerschrift in bij de CWI. Hierin gaf hij aan dat hij opzegging niet redelijk achtte, gelet op de belangen van verzoeker en het feit dat verzoeker van zijn opschortingsrecht zoals omschreven in artikel 6:52, eerste lid, Burgerlijk Wetboek gebruik had gemaakt. Verder gaf de gemachtigde aan dat de werkgever zijn verplichting om voor een tijdige, maandelijkse loonbetaling zorg te dragen niet was nagekomen. Er bestond een arbeidsovereenkomst voor de periode van 1 september 2001 tot 1 maart 2002 voor drie uren per week. Gedurende de zeven maanden waarin verzoeker werkzaamheden voor de werkgever had verricht, werkte hij echter gemiddeld vijftien uren per week. Voor deze feitelijk meer gewerkte uren had verzoeker tot op dat moment geen loon ontvangen. De werkgever had aan verzoeker meegedeeld dat hij zijn loon pas zou ontvangen na afloop van de arbeidsovereenkomst (1 maart 2002). Omdat verzoeker eind maart 2002 nog steeds geen loon had ontvangen voor het verrichte 'overwerk', had hij op 29 maart 2002 aan de werkgever laten weten dat hij zijn werkzaamheden zou staken dan wel opschorten indien hij zijn loon niet onmiddellijk zou ontvangen. De werkgever had verzoeker daarop meegedeeld dat hij zijn loon pas na Pasen zou ontvangen. Daarmee was verzoeker niet akkoord gegaan. Verzoeker was bevoegd de nakoming van de stilzwijgend verlengde arbeidsovereenkomst op te schorten, omdat hij een opeisbare vordering op de werkgever had en er tussen zijn vordering en de arbeidsovereenkomst voldoende samenhang bestond om de opschorting te rechtvaardigen, aldus de gemachtigde.

3. Op 18 juni 2002 verleende de CWI aan verzoekers werkgever toestemming, voor zover vereist, om de arbeidsverhouding op te zeggen. Aan deze toestemming lagen de volgende overwegingen ten grondslag:

“...Ingevolge artikel 5:1, vierde lid, van het Ontslagbesluit ex artikel 6, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen kan toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding op grond van het feit dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten slechts worden verleend, indien aannemelijk is gemaakt dat deze grond terecht is aangevoerd, en indien, gelet op dat handelen of nalaten, van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren.

Naar mijn oordeel, behoort het unanieme advies van de door mij geraadpleegde Ontslagadviescommissie, is in de onderhavige zaak aan voormeld voorschrift voldaan.

Toestemming is gevraagd omdat betrokkene, die volgens contract op zondagen 3 uur werk dient te verrichten in het horecabedrijf van werkgever, zonder opzegging en zonder opgave van redenen aldus werkgever, vanaf zondag 31 maart 2002 niet meer is komen opdagen. Betrokkene is om die reden door werkgever op staande voet ontslagen.

Betrokkene heeft zich verzet tegen verlening van de gevraagde ontslagvergunning. Hij heeft zich beroepen op het feit dat werkgever de uren die hij meer dan de overeengekomen drie uur elke zondag heeft gewerkt, gemiddeld twaalf “overuren” per week, niet heeft betaald. Hem zou bij aanvang van de arbeidsverhouding zijn meegedeeld dat hij zijn loon eerst na ommekomst van de eerste contractperiode van zes maanden zou ontvangen.

Aangezien betrokkene voor het verrichte overwerk eind maart nog steeds geen betaling had ontvangen, heeft hij op vrijdag 29 maart aan werkgever laten weten dat hij zijn werkzaamheden zou staken c. q. opschorten indien hij het hem toekomende loonbedrag niet onmiddellijk zou ontvangen. Volgens zeggen van betrokkene wilde werkgever hem eerst na Pasen uitbetalen, waarmee betrokkene niet akkoord is gegaan.

Het verweerschrift is vergezeld gegaan van een brief van betrokkenes raadsman aan werkgever, enkele dagen daarvoor gedagtekend, waarin een voorschot op de betaling van de vermeende overuren is geclaimd, met verrekening van de wettelijke verhoging op voet van artikel 7:625 BW.

Betrokkene heeft gesteld zijn werkzaamheden te hebben opgeschort met een beroep op de *exceptio non adimpleti contractus*, daar hij immers een opeisbare vordering op werkgever heeft en tussen zijn vordering en de arbeidsovereenkomst voldoende samenhang bestaat om die opschorting te rechtvaardigen.

Naar mijn oordeel staat buiten kijf dat de bevoegdheden tot opschorting van de nakoming van verbintenissen uit een wederkerige overeenkomst van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst. Op gelijke wijze geldt daarbij dan de regel dat de schuldenaar in gebreke dient te worden gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen die termijn vervolgens uitblijft.

Die schriftelijke aanmaning is eerst bij brief van 15 mei 2002 aan werkgever toegezonden, zonder dat daarin overigens een concrete antwoordtermijn is gegeven.

Uit de zijdens betrokkene zelf verschaftte gegevens blijkt dat hij op vrijdag 29 maart om uitbetaling van zijn overuren heeft verzocht, met het ultimatum anders zijn werkzaamheden met onmiddellijke ingang te zullen opschorten. De toezegging van werkgever na het Paasweekeinde te zullen betalen bleek voor betrokkene onvoldoende.

Door in de gegeven omstandigheden zijn werkzaamheden onmiddellijk c.q. op de eerstkomende werkdag nadien te staken, heeft betrokkene naar dezerzijds oordeel gehandeld in strijd met de in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Een werknemer die meent loonbetaling van zijn werkgever te mogen verlangen, kan daarom vragen en daarop aandringen door middel van (schriftelijke) aanmaning en sommatie. Blijft de werkgever dan toch in gebreke, dan staan de werknemer rechtsmiddelen ter beschikking.

Door op vrijdag 29 maart onmiddellijke (na)betaling te eisen en de wederpartij zelfs niet de gelegenheid te gunnen voor beoordeling van zijn claim, het innemen van een standpunt dienaangaande en voorbereiding van uitbetaling (waaraan werkgever volgens eigen zeggen van betrokkene in concreto ná Pasen wilde voldoen), heeft betrokkene werkgever op onaanvaardbare wijze voor het blok gezet. Mogelijk zelfs met de gedachte dat er op Paaszondag extra drukte was te verwachten in het bedrijf, zodat werkgever hem die dag des te moeilijker zou kunnen missen. Door de concrete toezegging van betaling door werkgever hoefde betrokkene niet te vrezen dat werkgever niet alsnog aan zijn betalingsverplichting zou voldoen. In ieder geval is op geen enkele wijze gebleken dat betrokkene niet nog tot na het bewuste weekend had kunnen wachten.

In deze omstandigheden hoeft van werkgever niet te worden verlangd dat deze de dienstbetrekking - voor zover niet reeds op staande voet beëindigd - blijft voortzetten.

Verlening van de gevraagde ontslagvergunning ligt naar mijn oordeel en op eenparig advies van de door mij geraadpleegde Ontslagadviescommissie in de onderhavige zaak dan ook in de rede. Hetgeen van de zijde van betrokkene naar voren is gebracht, heeft onvoldoende aanknopingspunten geboden om tot een andersluidende gevolgtrekking te komen.

Mijn toestemming wordt verleend "voor zover vereist", voor zover namelijk in rechte zou komen vast te staan dat de onderhavige arbeidsverhouding door het ontslag op staande voet niet reeds tot een einde is gekomen en werkgever voor rechtsgeldige beëindiging nog mijn toestemming behoeft."

4. Bij brief van 8 augustus 2002 diende verzoekers gemachtigde een klacht in bij de CWI over de gang van zaken met betrekking tot de verlening van de ontslagvergunning. In zijn klacht bracht hij onder meer het volgende naar voren:

“Cliënt, (...), is van mening dat de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) bij de verlening van de vergunning voor zijn ontslag bij de (werkgever; N.o.) onzorgvuldig heeft gehandeld en essentiële (rechts-)regels, die bij deze procedure horen, niet in acht heeft genomen.

#### Redenen verlenen ontslagvergunning

(...) De CWI baseert haar beslissing om de gevraagde vergunning te verlenen enkel en alleen op het feit, dat (verzoeker; N.o.) zijn werkgever voor het blok heeft gezet door zijn werkzaamheden op te schorten c.q. te staken, na loonbetaling geëist te hebben.

(Verzoeker; N.o.) had volgens uw organisatie in dit verband de weg van de rechtsregels van het algemene verbintenissenrecht moeten volgen door zijn werkgever op deugdelijke wijze in gebreke te stellen bij schriftelijke aanmaning, waarbij de werkgever een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld en nakoming binnen die termijn vervolgens uitblijft.

Bovendien had (verzoeker; N.o.) volgens de CWI moeten vertrouwen op de toezegging van zijn werkgever, dat hij na het paasweekend zou worden betaald.

#### Onzorgvuldigheid CWI

##### Het arbeidsovereenkomstenrecht

Afgezien van het feit, dat (verzoeker; N.o.) een leek is op juridisch gebied gaat de CWI in dit verband volledig voorbij aan de, op deze zaak van toepassing zijnde, bepalingen van Boek 7 titel 10 BW, die als *lex specialis* boven het algemene verbintenissenrecht van boek 3 BW gesteld moet worden.

Zo is er geen acht geslagen op het in het verweerschrift gestelde omtrent toepassing van artikel 7:610 b juncto 7:610 a BW. Als gevolg van dit wettelijk rechtsvermoeden, bestond een arbeidsovereenkomst van vijftien uren per week. De overweging van de Raad van Bestuur - met verwijzing naar het algemene verbintenissenrecht - miskent de werking van het arbeidsovereenkomstenrecht volledig en vooral in dit verband de norm van goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW).

De CWI heeft de verplichtingen van de werkgever, bijvoorbeeld de verplichting tot (tijdige) loonbetaling van artikel 7:616 Juncto 7:623 BW in het geheel niet meegewogen bij haar beslissing, althans daar is niet van gebleken. In artikel 7:625 BW is de sanctie op het niet-tijdig betalen van loon neergelegd. Indien het loon niet binnen drie dagen na de overeengekomen betaaldag is voldaan is een verhoging verschuldigd wegens vertraging. Hiervoor is geen aanzegging of ingebrekestelling vereist (Van Slooten 2001, T&C BW, art. 7:625, aantek. 2b).

(Verzoeker; N.o.) zou verwijtbaar hebben gehandeld, door zijn werkzaamheden op te schorten c.q. te staken. Zoals hierboven reeds gesteld, blijkt het tegendeel uit de wet. Ook uit toepasselijke jurisprudentie blijkt, dat een werknemer het recht heeft zijn arbeidsprestatie op te schorten als de werkgever het loon niet betaalt. Zie in dit verband bijvoorbeeld JAR 2000, 229.

(Verzoeker; N.o.) zou hebben moeten vertrouwen op de toezegging van (de werkgever; N.o.), dat deze na het weekend uiteindelijk na zeven maanden, nota bene, loon aan (verzoeker; N.o.) zou betalen. En dat terwijl (de werkgever; N.o.) tot op dat moment in een periode van zeven maanden nog geen, althans niet substantieel, loon aan (verzoeker; N.o.) had betaald. Dit is overigens nog steeds niet het geval. (Verzoeker; N.o.) heeft derhalve tot op dit moment nog geen loon over de zeven maanden, waarin hij voor (de werkgever; N.o.) gewerkt heeft, ontvangen. (Verzoeker; N.o.) heeft op diverse tijdstippen betaling van zijn volledige loon gevraagd en niet alleen van de door hem tot op dat moment gemaakte "overuren", die in dit verband beter als "meeruren" kunnen worden aangemerkt.

#### Het algemene verbintenissenrecht

De CWI stelt in onderhavige zaak de bepalingen van Boek 7 Titel 10 BW ten achter bij de bepalingen van het algemene verbintenissenrecht. Dat betekent, dat voor de CWI loonbetaling aan (verzoeker; N.o.), althans het nalatig blijven van (werkgever; N.o.) daarvan, zeer zwaar had moeten meewegen in haar beslissing in het kader van het verlenen van een ontslagvergunning. Dat heeft de CWI nagelaten. Als de CWI de bepalingen van het algemene verbintenissenrecht in dit geval dan toch wil laten prevaleren, gaat de CWI bovendien voorbij aan de werking van artikel 6:8 juncto 6:83 c BE. Toepassing van voornoemde artikelen leidt tot de conclusie, dat een ingebrekestelling in onderhavig geval niet vereist is, omdat (verzoeker; N.o.), ondanks herhaalde verzoeken zijnerzijds om loonbetaling en herhaalde toezeggingen van (werkgever; N.o.) daaromtrent, er zeker van kon zijn, dat zijn werkgever ook deze laatste toezegging niet zou nakomen, hetgeen ook is gebleken.

De CWI gaat derhalve bij de beschikking volledig voorbij aan de (rechts-) positie van (verzoeker; N.o.). Na zeven maanden werken zat (verzoeker; N.o.) met een forse vordering op zijn werkgever, die hem op de bewuste vrijdag 29 maart 2002 wederom wil afdoen met een smoes: betaling volgt na Pasen. Dan is de maat voor (verzoeker; N.o.) vol.

Alleen het betoog van (werkgever; N.o.), dat niet met (schriftelijk) bewijs is onderbouwd, is voor de CWI ruim voldoende aanleiding om vergunning voor ontslag te verlenen. (Verzoeker; N.o.) had moeten vertrouwen op de toezegging van (werkgever; N.o.), dat zijn loon na Pasen zou worden betaald. Het achterstallige loon is echter tot op heden niet betaald. Dit is wel het sterkste bewijs, dat (verzoeker; N.o.) terecht niet heeft vertrouwd op de (herhaalde) toezeggingen van (werkgever; N.o.) in dit verband op het moment, dat ze



werden gedaan en terecht zijn werkzaamheden heeft opgeschort c.q. gestaakt op grond van artikel 6:52 BW.

## Conclusie

Gezien het bovenstaande acht cliënt de handelwijze van uw organisatie onzorgvuldig en zijn de belangen van cliënt niet of althans is onvoldoende mate meegewogen in de beslissing om vergunning voor ontslag te verlenen. Cliënt verzoekt u dan ook dringend om deze klacht in behandeling te nemen en gegrond te verklaren.”

5. In reactie op de klacht van 8 augustus 2002 deelde de CWI op 23 augustus 2002 verzoekers gemachtigde onder meer het volgende mee:

“In de onderhavige zaak heb ik mij laten leiden door de algemene toetsingsmaatstaf van artikel 3:1 van het Ontslagbesluit, de beoordeling of het voorgenomen ontslag (al dan niet voor zover vereist) redelijk is. Ik ben het daarbij eens geweest met het unanieme oordeel van de door mij geraadpleegde, paritair samengestelde Ontslagadviescommissie, namelijk dat uw cliënt heeft gehandeld in strijd met de door hem in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.

Uw cliënt heeft naar mijn oordeel gehandeld in strijd met die redelijkheid en billijkheid door tot opschorting van zijn arbeidsprestatie over te gaan zonder eerst nabetaling te claimen en eventueel in rechte af te dwingen, dan wel af te wachten of werkgever de gedane toezegging om na het paasweekend te zullen betalen gestand zou doen. Uw cliënt wachtte al op betaling van zijn meeruren sinds eind september 2001. Kon hij op vrijdag 29 maart 2002 dan echt niet meer het geduld opbrengen om op zijn geld te wachten tot in de loop van week 14?

Of uw cliënt aanspraak kon maken op nabetaling van loon op grond van de uitwerking van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b dan wel op basis van als “overuren” gewerkte uren, maakt in de onderhavige zaak niet uit. Hoe ook de aanspraak wordt onderbouwd, in beide gevallen zou er een loonbetalingsverplichting bestaan. Ik ben daarom in mijn beschikking niet bij dit aspect stil blijven staan, temeer omdat het oordeel over het rechtsvermoeden een rechtsvraag betreft die is voorbehouden aan de burgerlijke rechter.

Dat de werkgever niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan, zou inderdaad het geval kunnen zijn (en in zoverre ook in strijd met het goed-werkgeverschap) als de loonbetaling onterecht verder zou zijn geweigerd. Uit uw eigen brief van 21 mei kon ik evenwel niet anders dan afleiden dat de werkgever had toegezegd alsnog te zullen betalen. Het geschil tussen de werkgever en uw cliënt zou dan slechts beperkt hebben kunnen blijven tot de vraag in hoeverre de werkgever de wettelijke verhoging van artikel 7:625 verschuldigd was geworden. Ook hier betreft het weer een rechtsvraag die aan het oordeel van de burgerlijke rechter is voorbehouden.

In mijn beschikking heb ik met zoveel woorden overwogen dat het opschortingsrecht ook van toepassing is in het arbeidsovereenkomstenrecht. Echter niet onvoorwaardelijk. Van de werknemer blijft verlangd worden dat deze niet in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid. Zo heet het in de beschikking van de Kantonrechter Rotterdam van 26 september 2000 (JAR 2000, 229) dat uitoefening van het opschortingsrecht in strijd was met de redelijkheid en billijkheid, omdat de werknemer niet eigenmachtig mocht bepalen of een hem aangeboden functie passend was, doch dit aan de rechter voor had dienen te leggen. En in de lijn van diezelfde beslissing; had uw cliënt echt reden om te vrezen dat de werkgever niet alsnog het loon zou betalen, nu deze toch had toegezegd dat te zullen doen?

Uw verwijzing naar het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 8 december 1994 (Prg. 1995, 4241) overtuigt evenmin, nu het daar ging om opschorting van arbeid in reactie op weigering van betaling door een werkgever, hoewel deze daartoe bij een eerder vonnis al was veroordeeld.

Uit beide zaken blijkt dat eerst rechtsmiddelen hadden kunnen en moeten worden c.q. waren aangewend alvorens het opschortingsrecht aan de orde zou kunnen zijn. Het betreft immers een rechtsgeschil, voor de oplossing waarvan rechtsmiddelen openstaan. Dat ligt ten grondslag aan de verwijzing in mijn beschikking naar het midden van (schriftelijke) aanmaning en sommatie alsmede de verwijzing naar artikel 6:82 BW.

Dat voor de aanspraak op de wettelijke verhoging van artikel 7:625 geen aanzegging of ingebrekestelling vereist zijn, vloeit uit het artikel zelf voort. Maar dat betreft dan uitsluitend die wettelijke verhoging. Daar valt mijn inziens niet uit af te leiden dat voor het claimen van loon of overuren evenmin aanzegging of ingebrekestelling zijn vereist. De hierboven aangehaalde jurisprudentie lijkt dat in ieder geval al zonder meer te logenstraffen.

Uit de door u in uw verweerschrift aangeleverde argumenten heb ik niet kunnen afleiden dat uw cliënt de werkgever eerder dan eind maart 2002 op betaling van de meeruren heeft aangesproken. Mogelijk verkeerde uw cliënt in de (onterechte) veronderstelling dat de gemaakte afspraak om dat loon pas te betalen na ommekomst van de overeengekomen looptijd van zes maanden rechtsgeldig was.

Uit de overgelegde gegevens blijkt veeleer dat uw cliënt zijn werkgever pas met zijn loonclaim heeft geconfronteerd op vrijdag 29 maart. In uw brief van 8 augustus 2002 spreekt u weliswaar van herhaalde verzoeken van uw cliënt en herhaalde toezeggingen van de werkgever, maar dat is een nieuw argument en nu pas voor het eerst geïntroduceerd. Uit uw verweerschrift van 21 mei 2002 kon ik niet anders dan afleiden dat uw cliënt eerst op 29 maart feitelijk heeft aangedrongen op betaling en dat pas bij brief van 15 mei 2002 daadwerkelijk is aangemaand en gesommeerd.

Dat het achterstallige loon thans nog steeds niet zou zijn betaald, kan mijns inziens bezwaarlijk als bewijs dienen dat de werkgever nooit echt heeft willen betalen. Op de eerste plaats is dat wijsheid achteraf. Maar bovendien is door het ontslag op staande voet een nieuwe situatie ontstaan, waarin de werkgever zich wellicht kan beroepen op compensatie van het verschuldigde loon met de schadevergoeding op voet van schadeplichtigheid van uw cliënt volgens artikel 7:677, derde en vierde lid.

Uw argument dat uw cliënt een leek is op juridisch gebied en daarom jegens hem enige coudance dient te worden betracht, komt sympathiek over. Omdat hij echter een leek is, had hij zich juist behoren af te vragen of hij zijn werkgever wel zo voor het blok kon of mocht zetten als hij in casu gedaan heeft. Voor een leek op juridisch gebied moet zijn actie toch het karakter van "eigenrichtig" hebben gehad, en het recht in eigen hand nemen is nu eenmaal te allen tijde een hachelijke onderneming.

Ik hoop u hiermee duidelijk te hebben gemaakt op afgewogen en zorgvuldige wijze te zijn gekomen tot verlening van de gevraagde ontslagvergunning. Het standpunt van uw cliënt is door mij en mijn Ontslagadviescommissie gewogen, maar in de afweging van de belangen van de werkgever tegenover die van uw cliënt te licht bevonden. Ik ben dan ook van mening in casu voldoende zorgvuldig te hebben gehandeld en geen (rechts-) regels te hebben geschonden."

#### B. Standpunt verzoeker

Voor het standpunt van verzoeker wordt verwezen naar de klachtsamenvatting onder Klacht, naar het verweerschrift zoals onder punt 2. beschreven, en naar de klachtbrief, weergegeven bij punt 4. onder FEITEN.

#### C. Standpunt Centrale organisatie werk en inkomen

1. In reactie op de klacht bracht de CWI te Zoetermeer bij brief van 24 december 2002 onder meer het volgende naar voren:

"In de beschikking van 18 juni 2002 is onder andere aangegeven dat verzoeker heeft gehandeld in strijd met de in acht te nemen redelijkheid en billijkheid door in de gegeven omstandigheden zijn werkzaamheden onmiddellijk c.q. op de eerstkomende werkdag nadien te staken. Voorts is aangegeven dat een werknemer die meent loonbetaling van zijn werkgever te mogen verlangen, daarom kan vragen en daarop aandringen door middel van een aanmaning en sommatie. Blijft de werkgever dan toch in gebreke, dan staan de werknemer rechtsmiddelen ter beschikking. Ik denk in dit verband aan een loonvordering al dan niet in een voorlopige voorziening.

In de brief van de afdeling Juridische Zaken van CWI van 23 augustus 2002 aan verzoeker is verwezen naar een tweetal uitspraken van de kantonrechter. Uit deze uitspraken blijkt dat eerst rechtsmiddelen hadden en kunnen moeten worden aangewend voordat het

opschortingsrecht aan de orde zou kunnen zijn. Dit ligt ook ten grondslag aan de verwijzing in de beschikking van 18 juni 2002 naar het middel van aanmaning en sommatie en de verwijzing naar artikel 6:82 BW.

De motivering van de beschikking van 18 juni 2002 komt erop neer dat verzoeker verwijtbaar heeft gehandeld, in strijd met de in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Hij heeft zijn werkgever voor het blok gezet door op Goede Vrijdag te dreigen op Paaszondag niet te komen werken. Ik deel de mening van CWI dat verzoeker hiermee niet correct heeft gehandeld. Niet in de laatste plaats omdat de werkgever op Goede Vrijdag blijkt te hebben toegezegd na het weekend te zullen betalen. Waarom had de werknemer die paar dagen niet nog kunnen wachten? Wat was zijn (dringende?) belang om meteen zijn loon te krijgen?

Het beroep op het opschortingsrecht is niet absoluut. Zie de uitspraak van de Kantonrechter te Rotterdam van 26 september 2000. Met betrekking tot de toepasselijkheid van het opschortingsrecht staat er *“...is de kantonrechter van oordeel dat, mede gelet op het systeem van de regeling van de opschortingsrechten in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, in beginsel niets aan de toepassing van het opschortingsrecht op de arbeidsovereenkomst in de weg staat. De arbeidsovereenkomst voldoet immers aan de omschrijving van artikel 6:261 BW en is derhalve een wederkerige overeenkomst in de zin van genoemde bepaling. In beginsel kan de werknemer derhalve zijn arbeidsprestatie opschorten.”* Dit zal met name de passage zijn op basis waarvan (verzoekers gemachtigde; N.o.), naar mijn mening ten onrechte, meent dat zijn cliënt zijn arbeidsprestatie had mogen opschorten.

De Kantonrechter gaat immers verder: *“De concrete omstandigheden van het geval kunnen echter met zich brengen dat de uitoefening van het opschortingsrecht in strijd komt met de eisen van redelijkheid en billijkheid.”*

En verder heet het: *“...dat, voorzover er al sprake is van een tekortkoming van de zijde van KPN, deze niet de blijvende opschorting van de arbeidsprestatie door verweerder als bedoeld in artikel 6:262 BW rechtvaardigt. Zulks temeer niet, nu ook uit artikel 6:263 BW volgt dat verweerder geen goede grond had te vrezen dat KPN haar salarisverplichtingen vanaf 1 juni 2000 niet zou nakomen.”*

In de onderhavige zaak hoefde verzoeker niet te vrezen dat er niet alsnog betaald zou worden; de werkgever had dat immers met zoveel woorden toegezegd. Wordt de redenering van deze Kantonrechter gevolgd, dan had verzoeker dus niet zonder meer van zijn opschortingsrecht gebruik mogen maken.

De regels van het verbintenissenrecht maken dat niet anders. De redelijkheid en billijkheid blijven ook dan centraal staan. Ook indien opschorting in beginsel gerechtvaardigd is, kan de uitoefening daarvan in de gegeven omstandigheden geheel of gedeeltelijk

onaanvaardbaar zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (zie MvA II, PG 6, pag. 207). Er lag een recente toezegging van de werkgever om de achterstallige overwerkvergoeding te betalen, en dan is het vasthouden aan het opschortingsrecht onredelijk en buiten proportie.

En naar analogie van artikel 6:80 BW, eerste lid aanhef en sub b: had betrokkene eigenlijk wel goede gronden om te vrezen dat zijn werkgever in de nakoming zou tekortschieten, nu deze immers te kennen had gegeven te zullen nakomen en wel binnen een nadere termijn van enkele dagen? En was de werkgever eigenlijk al wel in verzuim? De prestatie was weliswaar opeisbaar geworden, maar er was tot op dat moment nog geen enkele ingebrekestelling geweest (art. 6:81 jo. 6:82 lid 1). Verzoeker heeft een overvaltactiek toegepast en de werkgever op een voor deze uiterst ongelukkig moment voor het blok gezet. De regel dat de schuldenaar in gebreke dient te worden gesteld (bij schriftelijke aanmaning) waarbij een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, vloeit voort uit de artikelen 6:81 en 6:82, maar ligt evenzeer vervat in de onverkorte toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid, óók in de gevallen waar artikel 6:52 op ziet (in combinatie met het bepaalde in artikel 6:82 lid 1).

Niet-betaling van verschuldigd salaris levert een geschil op voor de oplossing waarvan in beginsel rechtsmiddelen openstaan. Het niet bewandelen van die weg is in strijd met de redelijkheid en billijkheid, en dat is wat verzoeker wordt verweten.

Naar mijn mening hoeft de vraag niet centraal te staan of artikelen met betrekking tot opschortingsrechten uit het BW correct zijn toegepast. Het door CWI gehanteerde toetsingskader in de onderhavige ontslagprocedure is artikel 5:1, vierde lid, van het Ontslagbesluit. CWI was van mening dat (verzoeker; N.o.) verwijtbaar heeft gehandeld en gelet op dit verwijtbaar handelen van werkgever niet gevergfd kon worden het dienstverband voort te zetten. CWI heeft zich bij deze beoordeling laten leiden door de redelijkheidstoets van artikel 3:1 van het Ontslagbesluit. Bij het afwegen van belangen heeft CWI naar mijn mening kunnen oordelen dat de belangen van werkgever moeten prevaleren boven de belangen van verzoeker.

Mijn conclusie is dat, gezien hetgeen ik hierboven heb aangegeven, het CWI in alle redelijkheid tot zijn beslissing van 18 juni 2002 heeft kunnen komen.”

2. Ook legde de CWI een notitie over van een juridisch medewerker van de CWI aan de ontslagadviescommissie, gedateerd op 29 mei 2002. In dat advies wordt onder meer het volgende vermeld:

“In de voorliggende ontslagaanvraag (“voor zover vereist” want uit de stukken van de werkgever blijkt dat deze de dienstbetrekking als opgezegd beschouwt) wordt door de werknemer een beroep gedaan op een opschortingsrecht: de werkgever betaalt geen loon, dus hoeft hij de bedongen tegenprestatie (zijn arbeid) ook niet te leveren. In juridische zin

heet het dat betrokkene zich beroept op de *exceptio non adimpleti contractus*.

Of dat in de onderhavige zaak terecht is gedaan, is de vraag. Want er staan de werknemer nogal wat (rechts)middelen ten dienst om van de werkgever loonbetaling af te dwingen. Bovendien lijkt het hier te gaan om een beroep op verschuldigdheid van loon op basis van het rechtsvermoeden dat de arbeidsovereenkomst een grotere omvang heeft dan contractueel is vastgelegd.

Ook staat niet zonder meer vast of de werknemer zijn arbeidsverplichting mag opschorten als tegenmaatregel voor niet-betaald loon dat betrekking heeft op reeds geleverde arbeid: de werknemer schort zijn arbeidsprestatie ná Pasen op omdat de werkgever de verplichting tot betaling van loon over de periode vóór Pasen niet nakomt.

Om uw gedachten op deze punten enigszins te bepalen is een overdruk bijgevoegd van een hoofdstuk uit het preadvies van de werkgroep Herziening Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht "Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht" (Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 18, 1993)."

3. In het hoofdstuk 'Opschortingsrechten in de relatie werkgever/werknemer', uit het preadvies van de werkgroep Herziening Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht "Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht" waarnaar in de notitie wordt verwezen, staat onder meer het volgende vermeld:

"Mag de werknemer zijn arbeidsprestatie opschorten wanneer de werkgever geen loon betaalt?"

Zoals hiervoor gezegd is een voorwaarde voor opschorting dat de wederpartij een opeisbare verbintenis niet nakomt (artikel 6:52).

Het vereiste van opeisbaarheid brengt met zich mee dat aan degene die als eerste moet presteren geen opschortingsbevoegdheid toekomt. De werknemer is degene die het eerst moet presteren. Voor de door hem verrichte werkzaamheden ontvangt hij vervolgens zijn loon.

De werknemer komt derhalve niet op grond van artikel 6:262 een beroep toe op de e.n.a.c.. De werknemer kan echter onder omstandigheden wel een beroep doen op het algemene opschortingsrecht van artikel 6:52 (op grond van lid 2 van dat artikel is voldaan aan de eis van voldoende samenhang om zich op het opschortingsrecht te kunnen beroepen) mits niet in strijd met de redelijkheid en de billijkheid, of op artikel 6:263, mits de werknemer op grond van de hem ter kennis gekomen omstandigheden goede grond heeft te vrezen dat de werkgever niet zal voldoen aan de loonbetalingsverplichting.

Het antwoord op genoemde vraag is derhalve ja, mits niet in strijd met de algemene door partijen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.

In beide gevallen (artikel 6:52 en 263) is sprake van een (toekomstige) opschorting door de werknemer als gevolg van een door de werkgever (in het verleden) niet nagekomen verplichting tot betaling van het loon.

Kan de werknemer, indien de werkgever het loon gedeeltelijk niet voldoet, zijn arbeidsprestatie gedeeltelijk opschorten?

Het antwoord op deze vraag luidt eveneens ja, mits de opschorting niet buitenproportioneel is vergelijken bij de niet nakoming door de werkgever.”

#### D. Reactie verzoeker

In reactie op het standpunt van de CWI deelde de gemachtigde van verzoeker bij brief van 17 februari 2003 mee dat verzoeker ook vóór Goede Vrijdag herhaaldelijk om uitbetaling van zijn loon had verzocht, en dit ondanks toezeggingen van de werkgever nooit had ontvangen, daarom was zijn geduld op Goede Vrijdag op geweest. Gelet op het feit dat zijn werkgever de eerdere toezeggingen niet was nagekomen, behoefde hij er niet op te vertrouwen dat de werkgever zijn toezegging dit keer wel zou nakomen. Dat is ook gebleken, nu verzoeker het betreffende loon nog steeds niet had ontvangen. De CWI had zijn oordeel volledig gebaseerd op niet onderbouwde beweringen van de werkgever. Daarmee had de CWI in redelijkheid niet kunnen komen tot het oordeel, dat de belangen van de werkgever prevaleren boven de belangen van verzoeker.

## Achtergrond

1. **Ontslagbesluit** (Besluit van de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid van 7 december 1998, nr. AV/RV/98/38505)

Artikel 3:1

“De Centrale organisatie werk en inkomen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hij neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden.”

Artikel 5:1, vierde lid

“Indien de werkgever verwijtbaar handelen of nalaten van de zijde van de werknemer als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert, wordt de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts verleend, indien door de werkgever aannemelijk is gemaakt dat deze grond terecht is aangevoerd, en indien, gelet op dat handelen of nalaten, van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren. Indien het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ziet op de op grond van artikel 7:660a van het Burgerlijk Wetboek op

hem rustende verplichtingen, neemt de Centrale organisatie werk en inkomen in zijn besluitvorming een daarop betrekking hebbend advies van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen mede in beschouwing.”

## 2. Burgerlijk Wetboek

### Artikel 6:52

“1. Een schuldenaar die een opeisbare vordering heeft op zijn schuldeiser, is bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten tot voldoening van zijn vordering plaatsvindt, indien tussen vordering en verbintenis voldoende samenhang bestaat om deze opschorting te rechtvaardigen.

2. Een zodanige samenhang kan onder meer worden aangenomen ingeval de verbintenissen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan.”

### Artikel 7:616

“De werkgever is verplicht de werknemer zijn loon op de bepaalde tijd te voldoen.”

### Artikel 7:623

“1. De werkgever is verplicht het in geld naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen telkens na afloop van het tijdvak waarover het loon op grond van de overeenkomst moet worden berekend, met dien verstande dat het tijdvak voor voldoening niet korter is dan één week en niet langer is dan één maand.

2. Het tijdvak na afloop waarvan het loon moet worden voldaan, kan bij schriftelijke overeenkomst worden verlengd, maar niet langer dan tot een maand wanneer het tijdvak waarover het loon op grond van de overeenkomst moet worden berekend, een week of korter is, en tot niet langer dan tot een kwartaal wanneer het tijdvak waarover het loon op grond van de overeenkomst moet worden berekend, een maand of langer is.

3. Slechts aan de werknemer komt de bevoegdheid toe om ter vernietiging van een beding dat afwijkt van dit artikel, een beroep op de vernietigingsgrond te doen.”