

ven heeft vastgesteld dat er naar haar oordeel geen sprake is van een dringende reden en daarmee ook niet van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, is er geen grond voor toewijzing van een van deze vergoedingen. Overigens heeft de werkneemster het beroep op deze artikelen onvoldoende onderbouwd.

#### *Proceskosten*

5.12. De proceskosten komen voor rekening van de werkneemster, omdat zij ongelijk krijgt. De kosten aan de zijde van CINOP worden tot en met vandaag vastgesteld op € 480,= aan salaris gemachtigde.

#### *Tot slot*

5.13. Wat partijen verder nog naar voren hebben gebracht, hoeft niet meer nader te worden besproken, omdat dit in het licht van al wat in deze beschikking is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing kan leiden.

#### *6. De beslissing*

De kantonrechter:

6.1. wijst het verzoek van de werkneemster (zoals hiervoor is weergegeven bij 3.1) af;

6.2. veroordeelt de werkneemster in de proceskosten, aan de zijde van CINOP vastgesteld op € 480,= aan salaris gemachtigde (niet met btw belast);

6.3. verklaart deze beschikking, voor wat betreft de proceskostenveroordeling, uitvoerbaar bij voorraad.

## 156

### **Doorbetaling loon tijdens coronacrisis, ook bij seizoensarbeid**

Voorzieningenrechter Kantonrechter  
Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch  
29 mei 2020, nr. 8487687 CV EXPL 20-1995,  
ECLI:NL:RBOBR:2020:2838

(mr. Loesberg)

Noot prof. mr. J.M. van Slooten, deze noot heeft betrekking op «JAR» 2020/149 en «JAR» 2020/156

### **Aanbod en aanvaarding. Arbeidsovereenkomst voor werk gedurende acht maanden met gespreide loonbetaling. Doorbetaling tijdens coronacrisis.**

[BW art. 6:217, 7:610, 7:625, 7:628 lid 1]

*De werkgever houdt zich bezig met professionele valkerij. Hij heeft een samenwerkingsverband met het Kurpfalz-Park in Wachenheim, Duitsland. De werknemer heeft in 2018 in Nederland als valkenier voor de werkgever gewerkt en in 2019 in het Kurpfalz-park. Partijen hebben uitgesproken de samenwerking te willen voortzetten. Op 30 januari 2020 heeft de werkgever aan de werknemer een ondertekende arbeidsovereenkomst gestuurd waarin staat dat de werknemer werkzaam is van 1 januari 2020 t/m 31 december 2020, dat hij € 21.000 netto per jaar ontvangt en dat dit bedrag wordt verdeeld over twaalf maanden. In januari en februari 2020 heeft de werkgever € 1.750 aan de werknemer betaald en op 1 mei € 3.500. Daarna heeft de werkgever niets meer betaald. In de periode van 1 januari 2020 tot 18 mei 2020 heeft de werknemer niet gewerkt in verband met de coronacrisis. De werknemer maakt aanspraak op salaris en wettelijke verhoging. De werkgever stelt dat geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen.*

*De kantonrechter stelt vast dat de Nederlandse rechter bevoegd is en het Nederlandse recht van toepassing is. Naar het oordeel van de kantonrechter is tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. Weliswaar heeft de werknemer de hem aangeboden arbeidsovereen-*

komst niet schriftelijk aanvaard, maar niet ter discussie staat dat de werkgever, de werknemer en het Kurpfalz-Park aan het einde van het seizoen 2019 hebben uitgesproken dat zij de samenwerking in 2020 wilden voortzetten, dat het loon van de werknemer gespreid over twaalf maanden zou worden betaald en dat de werkgever ook feitelijk drie betalingen heeft gedaan. De werkgever heeft in januari en februari 2020 ook geen voorbehoud geuit richting werknemer. Het is dan ook aanneemelijk dat partijen op enig moment (mondeling) overeenstemming hebben bereikt over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 31 december 2020 tegen een salaris van € 1.750 netto per maand. De werkgever is daarom loon aan de werknemer verschuldigd. Dat de werknemer zijn werkzaamheden niet heeft kunnen verrichten, komt niet voor zijn risico. Hij was immers beschikbaar voor werk. De loonvordering wordt daarom toegewezen, vermeerderd met 10% wettelijke verhoging.

NB. Ook in «JAR» 2020/149 is geoordeeld dat ook tijdens de coronacrisis het loon moet worden doorbetaald. Wel werd in die zaak, anders dan hier, de gevorderde wettelijke verhoging en wettelijke rente afgewezen. Zie over aanbod en aanvaarding van een arbeidsovereenkomst ook Hof Arnhem-Leeuwarden, «JAR» 2017/307 en HR, «JAR» 2012/16. Een arbeidsovereenkomst kan ook mondeling gesloten worden. Het leveren van bewijs van de arbeidsovereenkomst kan dan uiteraard lastiger zijn. Vgl. «JAR» 2015/258.

De werknemer te (...),  
eiser,  
gemachtigde: mr. R. Janssen,  
tegen  
de vennootschap onder firma VOF (...) te (...),  
2. vennoot 1 te (...),  
3. vennoot 2 te (...),  
gedaagden,  
gemachtigde: mr. J.H. Keulen.

1. De procedure  
(...)

2. De feiten

2.1. Gedaagden houden zich bezig met professionele valkerij. Gedaagden hebben een samenwerkingsverband met het Kurpfalz-Park in Wachenheim, Duitsland (hierna: het Kurpfalz-Park).

2.2. De werknemer (geboren op (...)) heeft in de functie van valkenier werkzaamheden verricht voor gedaagden.

2.3. In 2018 heeft de werknemer acht opeenvolgende maanden (maart tot en met oktober) werkzaamheden uitgevoerd voor gedaagden. Deze werkzaamheden zijn door de werknemer uitgevoerd in Nederland. Gedaagden hebben in die periode acht keer € 1.509,39 bruto aan de werknemer betaald.

2.4. In 2019 heeft de werknemer acht achtereenvolgende maanden (maart tot en met oktober) werkzaamheden verricht voor gedaagden. Deze werkzaamheden zijn door de werknemer uitgevoerd bij het Kurpfalz-Park. De werknemer was in die periode tijdelijk woonachtig in Duitsland. Gedaagden hebben in die periode acht keer € 1.800,= netto aan de werknemer betaald.

2.5. Gedaagden, de werknemer en het Kurpfalz-Park hebben na afloop van het seizoen 2019 uitgesproken dat zij in het nieuwe jaar de samenwerking willen voortzetten.

2.6. Op 30 januari 2020 heeft vennoot 1 via e-mail een document, getiteld: "Arbeidsovereenkomst 2020", aan de werknemer gestuurd. Dit document was op dat moment al door vennoot 1 ondertekend. Daarin staat, voor zover hier van belang, het volgende vermeld:

"(...) ARTIKEL 1

Werknemer treedt met ingang van 4 maart 2019 in dienst van werkgever. Deze arbeidsovereenkomst wordt op grond van klimatologische en natuurlijke omstandigheden aangegaan voor de periode van 8 maanden en wel van 4 maart 2019 tot en met 3 november 2019. De werkgever zal de werknemer uiterlijk een maand voor afloop van deze arbeidsovereenkomst schriftelijk informeren of de arbeidsovereenkomst wordt verlengd of niet. (...)

ARTIKEL 7 TOEPASSING LOONSCHALEN

De werknemer ontvangt € 21.000 netto per jaar. Dit bedrag wordt verdeeld over 12 maanden. Er zal dus maandelijks € 1.750,= worden overgemaakt. In dit bedrag zijn vakantiegeld en eventuele andere toeslagen bij inbegrepen.

De werknemer is werkzaam van 1 januari 2020 t/m 31 december 2020. (...)"

2.7. In januari 2020 hebben gedaagden € 1.750,= aan de werknemer betaald. In februari 2020 hebben gedaagden ook € 1.750,= aan de werknemer voldaan. Vervolgens hebben gedaagden op 1 mei 2020 € 3.500,= aan de werknemer betaald.

2.8. Het Kurpfalz-Park is in het voorjaar van 2020 enige tijd gesloten geweest in verband met de wereldwijde coronacrisis. Ten tijde van de mondelinge behandeling (18 mei 2020) is het Kurpfalz-Park weer gedeeltelijk open, maar er vinden (nog) geen vogelshows plaats. De werknemer heeft in de periode van 1 januari 2020 tot 18 mei 2020 geen werkzaamheden verricht in het Kurpfalz-Park.

### 3. *Het geschil*

3.1. De werknemer vordert bij wijze van voorlopige voorziening, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, – kort gezegd – gedaagden hoofdelijk te veroordelen tot betaling van:

- a. de wettelijke verhoging van 50% over het loon van de maand maart 2020;
- b. het loon met betrekking tot de maand mei 2020, te weten € 1.750,=;
- c. de onder a. en b. genoemde bedragen te vermeerderen met wettelijke rente;
- d. de proceskosten en nakosten.

3.2. In de eis (petitum) van de dagvaarding vordert de werknemer alleen betaling van de wettelijke verhoging over het loon van de maand maart 2020 (zoals hiervoor bij 3.1 onderdeel a. is weergegeven). Gelet op alinea 30 van de dagvaarding en de door de gemachtigde van de werknemer tijdens de mondelinge behandeling gegeven toelichting, gaat de kantonrechter ervan uit dat sprake is geweest van een omissie bij het opstellen van de eis en dus dat de werknemer heeft bedoeld om ook de wettelijke verhoging over het loon van de maand april 2020 te vorderen. Daarom wordt hierna ook de vordering tot betaling van de wettelijke verhoging over het loon van de maand april 2020 beoordeeld.

3.3. Aan het gevorderde legt de werknemer – samengevat – ten grondslag dat hij met gedaagden een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en dat gedaagden hebben verzuimd om het op grond van die overeenkomst aan hem toekomende loon over de maand mei 2020 te betalen. Verder hebben gedaagden het loon over de maanden maart en april 2020 niet op tijd betaald, zodat de werknemer recht heeft op de maximale wettelijke verhoging van 50% als bedoeld in artikel 7:625 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarnaast vordert hij betaling van wettelijke rente. De werknemer heeft een spoedeisend belang, omdat hij van dit loon afhankelijk is om in zijn levensonderhoud te voorzien.

3.4. Meer specifiek stelt de werknemer dat partijen op 1 januari 2020 een arbeidsovereenkomst voor de duur van twaalf maanden zijn overeengekomen met een salaris van € 1.750,= per maand, omdat gedaagden daartoe een aanbod hebben gedaan en hij dit vervolgens heeft geaccepteerd. Zo heeft de werknemer de door gedaagden via e-mail gestuurde arbeidsovereenkomst geprint, getekend en diezelfde week per post aan gedaagden geretourneerd. Volgens de werknemer wordt het bestaan van die arbeidsovereenkomst bovendien bevestigd doordat hij in januari 2020 € 1.750,= van gedaagden heeft ontvangen en ook in februari 2020 hebben gedaagden € 1.750,= aan hem betaald. Daarnaast hebben zij met betrekking tot de maanden maart en april 2020 op 1 mei 2020 € 3.500,= aan de werknemer voldaan. Dat hij in 2020 (nog) geen feitelijke werkzaamheden heeft uitgevoerd, is niet aan hem te wijten. Partijen hebben immers afgesproken dat het salaris maandelijks (dus vanaf 1 januari 2020 tot en met 31 december 2020) aan de werknemer wordt betaald, terwijl de daadwerkelijke werkzaamheden in het Kurpfalz-Park slechts acht maanden in beslag nemen en pas omstreeks maart/april 2020 aanvangen. Op het moment dat de werkzaamheden zouden aanvangen, brak de coronacrisis uit. Gelet daarop is het Kurpfalz-Park sinds enige weken gesloten, zodat de werknemer niet in staat is om zijn werkzaamheden daar uit te voeren.

3.5. Gedaagden voeren verweer en stellen dat alle vorderingen van de werknemer moeten worden afgewezen, met veroordeling van de werknemer in de proceskosten. In de kern betwisten zij het bestaan van de door de werknemer gestelde arbeidsovereenkomst, zodat zij geen loon aan de werknemer zijn verschuldigd. Weliswaar hebben partijen in het verleden arbeidsovereenkomsten met elkaar gesloten en hebben gedaagden over het jaar 2020 betalingen aan de werknemer gedaan, maar het door gedaagden aan de werknemer gedane aanbod tot het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst in 2020 is door gedaagden ingetrokken vóórdat het aanbod door de werknemer is geaccepteerd. Zij hebben immers nooit een door de werknemer ondertekende arbeidsovereenkomst retour ontvangen. Volgens gedaagden zijn de door haar betaalde bedragen dan ook onverschuldigd gedaan. Verder hebben zij aangevoerd dat er geen andere passende werkzaamheden voor de werknemer beschikbaar zijn. Tijdens de mondelinge behandeling hebben gedaagden

aan het verweer toegevoegd dat de werknemer in 2020 geen arbeid heeft verricht, zodat hem ook om die reden geen loon toekomt.

3.6. Op de overige stellingen en verweren van partijen zal hierna in de beoordeling, voor zover van belang, worden ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### *Bevoegde rechter en toepasselijk recht*

4.1. De werknemer verzoekt kort gezegd betaling van (achterstallig) loon. Partijen zijn het erover eens dat de in dit kader door de werknemer uit te voeren werkzaamheden doorgaans worden verricht in Duitsland. Dit brengt mee dat deze zaak internationale aspecten heeft. Daarom moet eerst (ambtshalve) de vraag beantwoord worden of de Nederlandse rechter bevoegd is om van de vordering van de werknemer kennis te nemen, en welk recht van toepassing is.

4.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de Nederlandse rechter bevoegd is om over dit geschil te oordelen. Dit volgt ook uit artikel 21 lid 1 onder a van de Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (de herschikte EEX-verordening). In dat artikel staat namelijk dat de werkgever met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat kan worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. Gedaagden zijn gevestigd in (...), Nederland, zodat de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt en de kantonrechter te 's-Hertogenbosch bevoegd is om van de vordering kennis te nemen.

4.3. Daarnaast staat niet tussen partijen ter discussie dat Nederlands recht moet worden toegepast. Uit artikel 4 van de op 30 januari 2020 door gedaagden aan de werknemer aangeboden arbeidsovereenkomst blijkt dat partijen uitdrukkelijk hebben gekozen voor Nederlands recht. Bovendien hebben partijen tijdens de mondelinge behandeling verklaard, voor zover dat niet uit voornoemde overeenkomst mocht blijken, dat zij (impliciet) hebben gekozen voor de toepasselijkheid van Nederlands recht. Dit stemt overeen met artikel 3 van de Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

4.4. Het voorgaande betekent dat de kantonrechter zich bevoegd acht om over dit geschil te beslissen met toepassing van het Nederlandse recht.

##### *Spoedeisendheid*

4.5. Vervolgens moet de vraag beantwoord worden of de werknemer een spoedeisend belang heeft bij de door hem gevorderde voorziening. Zijn vordering strekt in essentie tot betaling van (achterstallig) loon. Loonvorderingen zijn naar hun aard vrijwel altijd spoedeisend. Gedaagden hebben het bestaan van een spoedeisend belang aan de zijde van de werknemer ook niet betwist of anderszins ter discussie gesteld. De werknemer heeft dus voldoende spoedeisend belang en hij is daarom ontvankelijk in zijn vordering.

##### *Beoordelingskader kort geding*

4.6. Bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering wordt het volgende voorop gesteld. Voor toewijzing van de vordering in kort geding is vereist dat de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk zijn en dat het ook in voldoende mate waarschijnlijk is dat die vordering in een nog te voeren gewone procedure (bodemprocedure) zal worden toegewezen. Voor nader onderzoek naar bepaalde feiten en omstandigheden of voor bewijslevering door bijvoorbeeld getuigen, is in dit kort geding in beginsel geen plaats. Dat moet gebeuren in een eventuele bodemprocedure. De beoordeling in dit kort geding is dan ook niet meer dan een voorlopig oordeel over het geschil tussen partijen.

##### *Zijn partijen een arbeidsovereenkomst overeengekomen?*

4.7. Voor de beantwoording van de vraag of de werknemer recht heeft op betaling van loon over de maand mei 2020 en de wettelijke verhoging over het loon van de maanden maart en april 2020, zal beoordeeld moeten worden of tussen partijen een overeenkomst (in dit geval een arbeidsovereenkomst) tot stand is gekomen. Volgens de werknemer is dit het geval, terwijl gedaagden stellen dat het aanbod daartoe tijdig is ingetrokken.

4.8. Op grond van artikel 6:217 lid 1 BW komt een overeenkomst tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Zowel een aanbod als een aanvaarding daarvan kan in iedere vorm geschieden: door een uitdrukkelijke wilsverklaring of een feitelijk handelen, een nalaten daaronder begre-

pen. Daarbij geldt dat een overeenkomst (ook) mondeling kan worden gesloten en dat voor het ontstaan van een overeenkomst niet per se een handtekening is vereist. Of een wilsverklaring of een feitelijk handelen als een aanbod respectievelijk aanvaarding daarvan heeft te gelden, is een kwestie van uitleg. Het komt daarbij aan wat partijen hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid en mochten afleiden. Indien een aanbod is gedaan, kan dat aanbod volgens artikel 6:219 lid 2 BW worden herroepen (ingetrokken) zolang het aanbod nog niet is aanvaard.

4.9. Artikel 7:610 lid 1 BW definieert de arbeidsovereenkomst als de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

4.10. Uit de door vennoot 1 op 30 januari 2020 aan de werknemer gestuurde e-mail, met als bijlage het document getiteld: "Arbeidsovereenkomst 2020", blijkt dat gedaagden een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst hebben gedaan. Om vast te kunnen stellen dat sprake is van een overeenkomst dient voldoende aannemelijk te zijn dat de werknemer voornoemd aanbod heeft aanvaard. Niet gebleken is dat de werknemer dat aanbod schriftelijk heeft aanvaard. Daarom moet beoordeeld worden of de aanvaarding op andere wijze dan op schriftelijke wijze heeft plaatsgevonden. Overigens is ook niet gebleken dat gedaagden het aanbod schriftelijk hebben ingetrokken.

4.11. Bij de beoordeling wordt voorop gesteld dat niet ter discussie staat dat de werknemer, gedaagden en het Kurpfalz-Park aan het einde van het seizoen in 2019 hebben uitgesproken dat zij de onderlinge samenwerking in 2020 wensen voort te zetten. Gedaagden hebben in dit kader niet weersproken dat zij met de voorwaarden van het Kurpfalz-Park bekend waren om het jaarloon van de werknemer in 2020 vast te stellen op een hoger bedrag dan in 2019, namelijk op € 21.000,-. Daarnaast hebben zij niet weersproken dat het bedrag van € 21.000,- gespreid over twaalf maanden door gedaagden aan de werknemer moet worden betaald (dit in tegenstelling tot 2019, toen alleen loon werd betaald over de maanden dat de werknemer daadwerkelijk werkzaam was in het Kurpfalz-Park, te weten van maart tot en met ok-

tober). Dat gedaagden op de hoogte waren van deze voorwaarden, wordt bevestigd door de gedaagden opgestelde "Arbeidsovereenkomst 2020" waarin in artikel 7 is vermeld dat: "De werknemer is werkzaam van 1 januari 2020 t/m 31 december 2020". Daarnaast blijkt dit uit de door gedaagden als bijlage 1 overgelegde e-mail van 6 december 2019, waarin vennoot 1 schrijft: "Ik kan het dus ook van januari tot en met december laten lopen? Zijn werk begint in april maar hij heeft zijn salaris liever gespreid over het jaar."

4.12. Verder overweegt de kantonrechter dat gedaagden van meet af aan uitvoering hebben gegeven aan de arbeidsovereenkomst door in januari 2020 € 1.750,-, in februari 2020 € 1.750,- en op 1 mei 2020 € 3.500,- aan de werknemer te betalen. Dit terwijl voor gedaagden volstrekt helder was dat de werknemer in de maanden januari en februari 2020 geen feitelijke arbeid bij het Kurpfalz-Park of anderszins zou verrichten, omdat die werkzaamheden (net als in 2019) pas in het voorjaar zouden aanvangen. Daarbij neemt de kantonrechter ook in overweging dat gedaagden in januari en februari 2020 geen enkel voorbehoud richting de werknemer hebben geuit. Weliswaar hebben gedaagden in maart 2020 telefonisch contact opgenomen met de werknemer om hem mee te delen dat zij van het Kurpfalz-Park hebben vernomen dat het park zeer waarschijnlijk niet open kan gaan in verband met de coronacrisis, maar desondanks heeft dit gedaagden er niet van weerhouden om daarna nog een bedrag aan de werknemer te betalen. Gedaagden hebben immers op 1 mei 2020 € 3.500,- (met betrekking tot de maanden maart en april 2020) aan de werknemer voldaan.

4.13. Dat gedaagden op 7 april 2020 telefonisch het aanbod tot het sluiten van de arbeidsovereenkomst hebben ingetrokken, zoals door hen is gesteld en door de werknemer is betwist, acht de kantonrechter gelet op de voornoemde betaling van 1 mei 2020 dan ook niet aannemelijk. Temeer niet omdat gedaagden na 7 april 2020 op geen enkele manier aan de werknemer kenbaar hebben gemaakt dat het aanbod is ingetrokken, bijvoorbeeld door het sturen van een e-mail of een WhatsApp bericht. Dit had wel op de weg van gedaagden gelegen. Dat de door gedaagden opgestelde arbeidsovereenkomst niet door de werknemer is ondertekend, maakt het voorgaande niet anders. Een arbeidsovereenkomst kan immers ook op een andere wijze tot stand komen. Ook het

feit dat de werknemer de vogels op 1 april 2020 niet bij gedaagden heeft opgehaald, doet aan het voorgaande niet af.

4.14. De conclusie is dat aannemelijk is dat partij- en op enig moment (mondeling) overeenstemming hebben bereikt over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met als ingangsdatum 1 januari 2020 en met als einddatum 31 december 2020) tegen een salaris van € 1.750,- per maand en over het feit dat de werkzaamheden door de werknemer vanaf het voorjaar van 2020 in het Kurpfalz-Park worden uitgevoerd. Dit brengt mee dat de werknemer op grond van die overeenkomst recht heeft op betaling van loon. Naar het oordeel van de kantonrechter blijkt uit het feitelijk handelen van gedaagden dan ook dat zij ervan uitgingen dat de werknemer het door hen gedane aanbod heeft aanvaard.

4.15. Ook het verweer van gedaagden dat zij geen loon aan de werknemer zijn verschuldigd omdat hij in het jaar 2020 (nog) geen feitelijk arbeid heeft verricht, slaagt niet. Immers, het bekende adagium “geen arbeid, geen loon” is met inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans op 1 januari 2020 komen te vervallen en is – kort gezegd – gewijzigd in “geen arbeid, wel loon”. Op basis van het (huidige) artikel 7:628 lid 1 BW geldt dat de werkgever verplicht is 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. Uit de rechtspraak blijkt dat veel omstandigheden in feite tot de risicosfeer van de werkgever worden gerekend. Naar het oordeel van de kantonrechter komt ook in dit geval het niet (kunnen) verrichten van de werkzaamheden door de werknemer voor rekening van gedaagden. Duidelijk is dat het werk van de werknemer seizoensgebonden is en dat hij daarom in de maanden januari en februari in ieder geval geen arbeid zal verrichten. Dat de werknemer ook in de maanden daarna geen arbeid heeft verricht, kan gelet op alle omstandigheden (waaronder de door het Kurpfalz-Park genomen maatregelen in verband met de coronacrisis) niet aan hem worden tegengeworpen, zodat gedaagden op basis van artikel 7:628 lid 1 BW het loon aan de werknemer dienen te betalen. Behoudens overduidelijke aanwijzingen voor het tegendeel mag er immers van worden uitgegaan dat de werknemer

in die periode onverminderd beschikbaar was om zijn werkzaamheden uit te voeren. Dergelijke overduidelijke aanwijzingen zijn gesteld noch gebleken. Gedaagden hebben in dit kader slechts aangevoerd dat er geen passende werkzaamheden voor de werknemer beschikbaar waren, in die zin dat de werknemer en vennoot 1 niet meer met elkaar kunnen samenwerken waardoor de werknemer op de locatie van de werkgever in (...) niet welkom is om daar de vogels te trainen. Dit is echter onvoldoende om aan te nemen dat de werknemer in het geheel niet beschikbaar was voor het uitvoeren van (andere) werkzaamheden, al dan niet op locatie in (...). De werknemer heeft namelijk onweersproken gesteld dat hij meerdere keren heeft aangegeven dat hij beschikbaar is voor het verrichten van andere werkzaamheden.

4.16. Verder is niet gesteld of gebleken dat er een (rechtsgeldig) einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst door bijvoorbeeld een rechtsgeldige opzegging, zodat de werknemer recht behoudt op loondoorbetaling.

#### *Loon mei 2020*

4.17. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de loonvordering in een eventuele bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft dat toewijzing in deze kort geding procedure gerechtvaardigd is. De kantonrechter wijst de vordering tot betaling van het loon over de maand mei 2020 (€ 1.750,-) daarom toe.

#### *Wettelijke verhoging*

4.18. Daarnaast vordert de werknemer betaling van de wettelijke verhoging van 50% over het loon van de maanden maart en april 2020, omdat gedaagden dit te laat hebben voldaan. Dat gedaagden het loon met betrekking tot de maanden maart en april 2020 te laat hebben betaald (namelijk op 1 mei 2020), is haar als werkgever toe te rekenen (artikel 7:616 BW). De werknemer heeft daarom in beginsel aanspraak op een verhoging wegens vertraging, ook wel de wettelijke verhoging genoemd (artikel 7:625 lid 1 BW). Op grond van de slotzin van artikel 7:625 lid 1 BW kan de rechter de verhoging beperken tot zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt. De kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval, waaronder met name de omstandigheid dat de werknemer aanspraak heeft op een groot bedrag aan loon terwijl daar geen door hem verrichte werkzaamheden

tegenover staan, aanleiding om de wettelijke verhoging te matigen tot 10% van de loonbedragen.

#### *Wettelijke rente*

4.19. De gevorderde wettelijke rente over het toe te wijzen loon en wettelijke verhoging, is inhoudelijk niet weersproken en is gegrond op de wet. De wettelijke rente zal daarom zoals gevorderd worden toegewezen.

#### *Proceskosten*

4.20. Gedaagden zijn grotendeels in het ongelijk gesteld. Daarom worden zij veroordeeld in de proceskosten. Omdat de werknemer procedeed met een toevoeging, komen de dagvaardingskosten niet voor zijn rekening en kunnen deze niet als onderdeel van de proceskosten ten laste van gedaagden worden gebracht. De proceskosten worden tot en met vandaag als volgt vastgesteld:

– griffierecht € 236,=  
– salaris gemachtigde € 480,= +  
Totaal € 716,=

4.21. Gedaagden zullen daarnaast, zoals gevorderd, worden veroordeeld tot betaling van de nakosten. De nakosten worden conform landelijk beleid in kantonzaken begroot op een half salarispunt, met een maximum van € 120,=. In dit geval wordt een bedrag van € 120,= toegewezen. De gevorderde betekeningkosten zullen worden toegewezen zoals hierna onder de beslissing is vermeld.

#### *Tot slot*

4.22. Wat partijen verder nog naar voren hebben gebracht, hoeft niet meer nader te worden besproken, omdat dit in het licht van al wat in dit vonnis is vastgesteld en overwogen, niet tot een andere beslissing kan leiden.

#### *5. De beslissing*

De kantonrechter, rechtdoende in kort geding:

5.1. veroordeelt gedaagden hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan de werknemer van het loon ten bedrage van € 1.750,= bruto met betrekking tot de maand mei 2020, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vervaldatum tot aan de dag van betaling;

5.2. veroordeelt gedaagden hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan de werknemer van de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW

over het loon in de maand maart 2020, gematigd tot 10%, zijnde € 175,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaltermijn van de maandvergoeding maart 2020 tot en met 1 mei 2020;

5.3. veroordeelt gedaagden hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan de werknemer van de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW over het loon in de maand april 2020, gematigd tot 10%, zijnde € 175,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaltermijn van de maandvergoeding april 2020 tot en met 1 mei 2020;

5.4. veroordeelt gedaagden hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van de werknemer tot en met vandaag vastgesteld op € 716,=;

5.5. veroordeelt gedaagden hoofdelijk, en wel zo dat wanneer de een betaalt, de ander zal zijn bevrijd, in de kosten die na dit vonnis ontstaan, begroot op € 120,= als bijdrage in het salaris van de gemachtigde (niet met btw belast), te vermeerderen, onder de voorwaarde dat gedaagden niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en vervolgens betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van de betekening van het vonnis;

5.6. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

#### **NOOT**

Deze noot heeft betrekking op «JAR» 2020/149 en «JAR» 2020/156

Twee dagen na elkaar verschenen de eerste twee (kort geding)uitspraken over loondoorbetaling bij gebrek aan werk als gevolg van de coronacrisis. De ene gaat over een valkenier die via het samenwerkingsverband van zijn werkgever in een vogelpark had moeten werken («JAR» 2020/156), de andere om een medewerker bediening in een restaurant in het (toeristische) centrum van Amsterdam («JAR» 2020/149). Beide behouden op grond van het vonnis hun loonaanspraak. De vraag is hoe die oordelen passen in het systeem van de wet en of een vergelijkbare redenering voor alle coronagevallen zou gelden.

Welk juridisch kader is hier van toepassing? Er zijn er in beginsel twee: de risicoregeling van art. 7:628 BW en het leerstuk van wijziging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:611/7:613 BW. Historisch en dogmatisch gezien ligt toepassing van art. 7:628 BW het meest voor de hand. De kern van dit artikel is dat gezien moet worden in wiens risicosfeer de oorzaak voor het niet kunnen werken valt. De tekst is per 1 januari 2020 gewijzigd waardoor het nu lijkt alsof de hoofdregel is dat de werknemer 'recht heeft op loon, tenzij'. Blijkens de wetsgeschiedenis is echter niet bedoeld af te wijken van de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin deze risicoregeling is gelanceerd en uitgebouwd (om te beginnen met HR 10 november 1972, *NJ* 1973/60). Het ging hier over de vraag wanneer werkwilligen recht op loon hebben als zij als gevolg van staking niet kunnen werken. De Hoge Raad lanceerde een benadering met gevalstypen, zoals enerzijds de arbeidsvoorwaardenstaking die in belang van alle werknemers is en anderzijds de wilde, ongeorganiseerde staking die op minder brede steun kan rekenen. Men moet aan de hand van allerlei omstandigheden nagaan wanneer een staking dan wel of niet in de risicosfeer van de werkwilligen valt. Voor coronagevallen kan men daarvan leren dat er eigenlijk niet één antwoord is op de vraag of een werknemer recht heeft op loon. De meeste rechtspraak sindsdien gaat over atypische gevallen, zoals loon tijdens schorsing of arbeidsongeschiktheid, en minder over situaties waarin er geen werk is door een van buiten de onderneming komende oorzaak, zoals economische crisis, overstroming of een pandemie. Blijkens de literatuur en schaarse jurisprudentie behoren 'normale' bedrijfsrisico's voor rekening van de werkgever te komen. Denk hierbij aan slecht weer of onvoldoende orders. Ten aanzien van exceptionele risico's wordt wisselend geoordeeld. Soms zijn deze voor rekening van de werknemer, soms voor rekening van de werkgever. Door redelijkheidstoetsing heeft de rechter de mogelijkheid om hier maatwerk te leveren: hij kan ook de helft van de loonvordering toekennen of deze maar voor een beperkte periode toekennen. Ook de omstandigheid dat de werkgever in aanmerking komt voor overheidssubsidie (denk aan de NOW) kan een rol spelen (Schelhaas en Spanjaard, *NJB* 2020/881). De flipside hiervan is de vraag of de werknemer voor een WW-uitkering in aanmer-

king kan komen, hetgeen niet afhangt van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar van de vraag of er (tijdelijk) verlies aan arbeidsuren is.

De valkenier krijgt gelijk met de overweging dat het feit hij 'geen arbeid heeft verricht, gelet op alle omstandigheden (waaronder de door Kurpfalz Park genomen maatregelen in verband met de coronacrisis) niet aan hem [kan] worden tegengeworpen (...)'. Het valt op dat de rechter hier verder weinig woorden aan vuil maakt, maar dat kan uiteraard alles te maken hebben met hoe er is geprocedeerd. De uitspraak laat daarom onverlet dat er ook anders kan worden geoordeeld. Wat een normaal en wat een exceptioneel risico is, verschilt per oorzaak en per bedrijf. Zo was volgelgriep geen exceptioneel risico voor een pluimveebedrijf («JAR» 2016/140), terwijl dit anders zou kunnen liggen wanneer een bedrijf wordt getroffen dat toevallig binnen een gebied ligt waarvoor als gevolg van vogelgriep een betredingsverbod geldt. Schelhaas en Spanjaard (*NJB* 2020/881) hebben er, in de context van art. 6:258 BW, op gewezen dat de coronacrisis wezenlijk verschilt van eerdere economische crises. De oorzaak is hier een gezondheids crisis, die gepaard gaat met overheidsmaatregelen en dan nog wel wereldwijd. Ook de werkgevers in de hier besproken zaken zijn op grond van overheidsmaatregelen enige tijd gesloten geweest. Daarmee is goed te verdedigen dat het een exceptioneel risico betreft, waardoor het niet zo evident is als het lijkt dat de valkenier gelijk krijgt. Ook hier zou een gevalstypevergelijking kunnen helpen, bijvoorbeeld tussen bedrijven die op last van de overheid zijn gesloten en bedrijven die als gevolg van de economische crisis minder omzet hebben. Het is natuurlijk aan de werkgever om dan wel met onderbouwde redelijkheidsverweren te komen.

In de Amsterdamse zaak wordt niet geoordeeld via het kader van art. 7:628 BW, maar via art. 7:611 BW. Dat is opvallend omdat art. 7:628 BW eigenlijk de *lex specialis* is om dit soort vragen te beantwoorden en art. 7:611 BW normaal gesproken een restfunctie heeft wanneer specifieke regels ontbreken. Ook hier kan dat te maken hebben met de grondslag die de werkgever heeft gekozen bij zijn verweer. Meestal wordt art. 7:611 BW gebruikt om een permanente wijziging door te voeren, terwijl het hier om een tijdelijke gaat. Een niet onbelangrijk verschil is dat het voor de



toepassing van de wijziging niet van belang is in wiens risicosfeer de gewijzigde omstandigheid valt, zoals blijkt uit het arrest Van der Lely/Taxi Hofman («JAR» 1998/199). De overwegingen van de rechter vergroten de vraagtekens bij de dogmatische aanpak die hier is gevolgd. Er is geen eenzijdig wijzigingsbeding afgesproken, maar toch oordeelt de voorzieningenrechter dat werkgever in beginsel een 'zwaarwichtig belang' heeft, in plaats van het criterium van het Stooft/Mammoet-arrest («JAR» 2008/204) toe te passen. Verder oordeelt zij dat er sprake is van 'een onvoorziene, bedrijfseconomische noodsituatie', wat weer doet denken aan art. 6:258 BW. De in het kader van die bepaling relevante vraag is of partijen een risico als overheidssluiting wegens een pandemie hebben verdisconteerd in hun overeenkomst, maar die vraag komt niet aan de orde. Het loopt voor de werkgever niet goed af om omdat hij niet heeft overlegd met de werknemer en de wijziging (50%) te hoog is. Dat is een begrijpelijke uitkomst gegeven het juridisch kader dat gekozen is.

Het opvallende van deze uitspraak is dat de coronacrisis dus op zichzelf een grond kan vormen voor het doen van een wijzigingsvoorstel. Werkgevers die daarvan gebruik willen maken doen er goed aan nog eens te kijken naar de Inbo-uitspraak (ECLI:NL:RBMNE:2013:7414), een van de weinige gevallen waarin een loonkorting door de rechter werd toegestaan.

Ook indien gekozen wordt voor art. 7:628 BW als toetsingskader heeft het oordeel van de Amsterdamse rechter betekenis: een onvoorziene noodsituatie kan men goed uitleggen als een exceptieoneel risico als bedoeld in art. 7:628 BW. Dat geeft dus ruimte om te betogen dat dit niet bij voorbaat in de risicosfeer van de werkgever valt, maar dat dit met behulp van gevalstypenvergelijking en redelijkheidstoetsing tot genuanceerde oplossingen kan leiden.

prof. mr. J.M. van Slooten  
hoogleraar arbeidsrecht aan de UvA en advocaat bij Stibbe

## 157

**Vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW ook van toepassing op gelijkwaardige voorziening in cao**

Kantonrechter Rechtbank Overijssel zp  
Zwolle  
21 april 2020, nr. 8115267\CV ECPL 19-5959,  
ECLI:NL:RBOVE:2020:1797  
(mr. drs. Gehring)

**Gelijkwaardige voorziening. Vervaltermijn. Cao. Redelijkheid en billijkheid.**

[BW art. 6:248 lid 2, 7:611, 7:673b, 7:686a lid 4; Rv art. 69]

*De werkgever exploiteert een zorginstelling en verricht ook schoonmaakdiensten. Vanwege verliezen heeft de werkgever besloten de schoonmaakdiensten te staken. De werkgever heeft met toestemming van het UWV een groot aantal werknemers ontslagen op 31 december 2016 wegens bedrijfseconomische redenen. De werknemers in deze zaak doen een beroep op de algemeen verbindend verklaarde cao in de zorg, waarin een aan de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening is getroffen in de zin van art. 7:673b BW. De werkgever voert aan dat de werknemers niet-ontvankelijk zijn vanwege het verstrijken van de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW. De werknemers stellen dat zij wel ontvankelijk zijn omdat zij een rechtstreeks beroep doen op de cao, waardoor art. 7:686a lid 4 BW niet van toepassing is. Subsidiar voeren zij aan dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap en de redelijkheid en billijkheid de transitievergoeding verschuldigd is.*

*De kantonrechter overweegt dat de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW van dwingend recht is, en ook van toepassing is op vorderingen tot nakoming van een aan de transitievergoeding gelijke voorziening in een cao. Er is namelijk sprake van een aan de wettelijke transitievergoeding gelijkwaardige voorziening (in de zin van art. 7:673b BW). In de Memorie van Toelichting is in dat verband vermeld dat 'voor verzoeken die verband houden met de transitievergoeding een termijn*