

Een arrest van de Hoge Raad uit 1941 en art. 7:628 BW

20

Een reactie op het artikel van mr. G.C. Boot, 'Bonussen, toeslagen, de bedrijfsauto en art. 7:628 BW', *Arbeids-Recht* 2011/49.

Onlangs schreef Boot over het recht op uitbetaling van een bonus ingeval een werknemer geen arbeid heeft verricht en verwijst daarbij ook naar een arrest van de Hoge Raad uit 1941.² Boot – maar ook andere auteurs – stellen ten onrechte dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een niet van de arbeidsprestaties van de individuele werknemer afhankelijke bonus niet onder de reikwijdte van art. 7:628 lid 3 BW valt.³

Het arrest uit 1941 ging over een werknemer die in dienst was bij een werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst voor vijf jaar tegen een salaris van f 500 per maand, vermeerderd met 1% van de jaaromzet in ieder boekjaar. Op 5 mei 1936 verkocht de werkgever zijn fabriek en droeg deze over aan een andere ondernemer. Sindsdien voerde de werkgever geen bedrijf meer uit. De werknemer bleef bij de werkgever in dienst. De werkgever stelde niet verplicht te zijn de provisie uit te betalen omdat de werkgever geen bedrijf meer had en dus geen omzet meer genereerde. De Hoge Raad oordeelde dat deze situatie niet aan de hand van art. 7:628 lid 3 BW moest worden beoordeeld, omdat

“het probleem, dat zich in het onderhavige geval van niet verrichten van arbeid voordoet, n.l. dat recht op omzetprovisie bestaat, doch geen omzet gemaakt is, geheel hetzelfde is (...) als in het geenszins ondenkbare geval, dat, ondanks het ophouden van den omzet, nadien nog wèl gebruik is gemaakt van den bedongen arbeid van den werknemer”.⁴

Deze zienswijze heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 september 1999 in een geheel andere context herhaald. In deze situatie was volgens de Hoge Raad art. 7:627 BW – en als gevolg daarvan ook de uitzondering als bedoeld in art. 7:628 BW – niet van toepassing, omdat art. 7:627 BW, 'zoals ook uit haar formulering blijkt (...), de verschuldigdheid van het loon slechts uitsluit voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht'. De norm heeft volgens de Hoge Raad geen betrekking 'op een geval waarin een winstuitkering als de onderhavige in geval

van staking op die enkele grond, zonder enig verband met de duur van de staking, aan de werknemer wordt onthouden'.⁵

Voor de vraag of art. 7:628 lid 3 BW de toepasselijke norm is, moet dus eerst worden beoordeeld wat de reden is dat een werkgever een bonus niet (volledig) heeft uitbetaald. Slechts indien de primaire reden het niet verrichten van de arbeid is, is art. 7:628 BW van toepassing.⁶ Is de reden van het niet uitbetalen van een omzet gerelateerde bonus het wegvallen van de omzet dan moet volgens de Hoge Raad worden beoordeeld of de redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen dat de werkgever zich had moeten onthouden van een handeling welke aan het verkrijgen van de omzet een einde maakte (bijv. de verkoop van de fabriek). Daarbij moet in het bijzonder worden gelet op de betekenis van de overeengekomen omzetprovisie in het geheel van de overeengekomen beloning en de bijzondere bedingen in de arbeidsovereenkomst. In dat oordeel moeten tevens de omstandigheden en beweegredenen achter het handelen van de werkgever worden betrokken.

De deelzin uit art. 7:628 lid 3 BW, die wordt ingeluid door de woorden 'met dien verstande', wordt door de Hoge Raad expliciet aangeduid als een 'nevenbepaling' van art. 7:628 lid 3 BW. Art. 7:628 lid 3 BW bestaat aldus uit een hoofdbepaling en nebenbepaling. De hoofdbepaling uit art. 7:628 lid 3 BW luidt: 'Indien het loon in geld op een andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, zijn de bepalingen van dit artikel van toepassing.' Deze norm bepaalt dat art. 7:628 BW eveneens van toepassing is op loon in de vorm van geld dat op een andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, waaronder een in geld uitgedrukte bonus waarvan de hoogte wordt bepaald aan de hand van de omzet. De 'nevenbepaling' is uitsluitend bedoeld om fictief het loon vast te stellen indien de hoogte van het loon moet worden bepaald aan de hand van de verrichte arbeid. Als loon wordt dan beschouwd 'het gemiddelde loon dat de werknemer, wanneer hij niet verhinderd was geweest, gedurende die tijd had kunnen verdienen.' Ook het oordeel van Hof Amsterdam dat art. 7:628 lid 3 BW van toepassing is als de bonus in ieder geval gedeeltelijk afhankelijk is van de individueel verrichte arbeid is dus niet juist omdat voor de hoofdbepaling van lid 3 niet relevant is op welke wijze de hoogte van de bonus wordt vastgesteld.⁷

In een schema kan het als volgt worden samengevat:

1 Steven Palm is advocaat bij Ploum Lodder Princen te Rotterdam.
 2 HR 31 oktober 1941, *NJ* 1942/198 (concl. P-G Berger).
 3 G.C. Boot, 'Bonussen, toeslagen, de bedrijfsauto en art. 7:628 BW', *ArbeidsRecht* 2011/49, p. 3-6; C.S. Kehrer-Bot, 'Driemaal is scheepsrecht: de loondoorbetaling in het derde ziektejaar', *Tijdschrift Arbeidsrecht-praktijk* 2011, p. 147; A.J. van Dijk, 'Bijzondere beloningsvormen, doorbetalen bij ziekte of niet?', *ArbeidsRecht* 2007/4, p. 7-11.
 4 Art. 7:628 lid 3 BW was toen nog vastgelegd in art. 1638c lid 5 BW (oud).
 5 HR 24 september 1999, *JAR* 1999/214 (concl. A-G Spier); *NJ* 1999/737, m.nt. P.A. Steijn.

6 Bij de invoering van het nieuwe BW nam de regering een gelijkkluidend standpunt in omtrent de strekking van art. 7:628 lid 3 BW (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 24 (MVT)).
 7 Hof Amsterdam 27 april 2010, *LJN* BM2034; *JAR* 2010/142.

