

Met name van werknemerszijde is dit arrest bestreden. Een benadering van deelname aan een werkstaking vanuit de individuele arbeidsovereenkomst werd onjuist geacht. Uit de discussies is naar voren gekomen, dat de werkstaking gezien en geregeld diende te worden vanuit de collectiviteitsgedachte. 'In het groeiend arbeidsrecht eist de gedachte van de gemeenschap een steeds groter plaats op, de organisatie in verband des geheels vraagt de belangstelling, op de plichten en rechten van werkgever en werknemer beide in en tegenover die gemeenschap komt nadruk te vallen' (aldus: Levenbach 'Arbeidsrecht als deel van het recht', openbare les, 15 dec. 1926: in afscheidsbundel Levenbach, blz. 71). Zoals evenwel de collectieve arbeidsovereenkomst niet past in de bepalingen van het BW en dan ook in een aparte wet is geregeld, zo past ook de werkstaking en hare gevolgen niet in die bepalingen. De wens naar een wettelijke regeling van de werkstaking heeft tenslotte haar verwezenlijking gevonden in twee wetsontwerpen nos. 10 110 en 10 111, resp. 'Regelen met betrekking tot commissies van onderzoek inzake werkstaking' (zi. 1968-1969, 10 110) en 'Wettelijke bepalingen met betrekking tot de werkstaking' (zi. 1968-1969, 10 111), welke ontwerpen met de belangrijkste Kamerstukken zijn opgenomen in voormeld werk van Zonderland, blz. 302 e.v. Hoewel uit een 'Verslag van een mondeling overleg' (Bijl. Hand. IIde K. zi. 1974-1975, no. 12, blz. 3) van het voornemen van de Regering blijkt om het wetsontwerp 10 111 in te trekken, meen ik toch, dat de parlementaire behandeling ervan haar belang voor het onderhavig geschil niet heeft verloren. De overige juridische problemen rondom de werkstaking verder ter zijde latend, wil ik nu nader ingaan op de aan de onderhavige procedure ten grondslag liggende problematiek.

Afgezien van de speciale omstandigheden is in het onderhavig geding aan de orde de vraag of, wanneer in een bedrijf een aantal werknemers staakt, tengevolge waarvan andere werknemers, die niet staken en van hun bereidheid hebben doen blijken de overeengekomen arbeid te verrichten, hun werk niet kunnen doen, de werkgever gehouden is aan die werkwilligen hun loon door te betalen. Op het eerste gezicht zou men zeggen, dat Uw Raad deze vraag in het arrest van 10 nov. 1972 (NJ 1973, 60, 'De Schelde/Meijer') bevestigend heeft beantwoord. De casus-positie, die aan dat arrest ten grondslag lag, was identiek aan de onderhavige. Meijer was werknemer bij De Schelde en bereid zijn werk te verrichten, doch is daartoe verhinderd geworden door de 'wilde' staking van een aantal werknemers op 17 en 18 febr. 1972. De Ktr. heeft de vordering van Meijer tot uitbetaling van zijn loon over die dagen toegewezen en Uw Raad heeft het daartegen gerichte cassatieberoep in het belang der wet verworpen.

Voor de onderhavige materie zijn van belang de artt. 1638a t/m d BW, waarvan art. 1638b luidt:

'Geen loon is verschuldigd voor den tijd gedurende welken de arbeider den bedongen arbeid niet heeft verricht'

en het eerste lid van art. 1638d:

'Ook verliest de arbeider zijne aanspraak op het naar tijdsruimte vastgesteld loon niet, indien hij bereid was den bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt, hetzij door eigen schuld of zelfs ten gevolge van, hem persoonlijk betreffende toevallige verhindering.'

In de zaak De Schelde/Meijer heeft de Ktr., na vaststelling van de feitelijke gang van zaken o.m. overwogen:

'Thans blijft ter beantwoording de vraag of bedoelde 'wilde' staking en daarmee gepaard gaande barricadering van de toegang tot het bedrijf was een de werkgeefster persoonlijk betreffende toevallige verhindering om Meijer de bedongen arbeid te laten verrichten. Het lijkt in strijd met de billijkheid om het risico van dergelijke 'wilde' stakingen af te wentelen op het werkwillige personeel. Het risico dat tengevolge van dergelijke 'wilde' acties bepaalde werknemers de bedongen arbeid niet kunnen verrichten is naar

Ons oordeel binnen zekere grenzen als een normaal bedrijfsrisico te beschouwen en dit is ongetwijfeld het geval wanneer de stillegging van het bedrijf slechts van korte duur is geweest'. Na een verwijzing naar de regeling in art. 1638c (in geval van ziekte van de arbeider) heeft de Ktr. voorts overwogen:

'In dit licht bezien moet bedoelde 'wilde' staking worden beschouwd als een de werkgeefster persoonlijk betreffende toevallige verhindering.'

In zijn voordracht en vordering tot cassatie in het belang der wet heeft de Adv.-Gen. Kist deze opvatting van de Ktr. bestreden. Ik moge naar de inhoud van deze voordracht en vordering verwijzen mede voor wat betreft de aangehaalde literatuur en rechtspraak alsook naar de daarin opgenomen passage uit de MvA bij het wetsontwerp 10 111.

Zoals gezegd heeft Uw Raad het cassatieberoep verworpen. De desbetreffende overwegingen moge ik hier laten volgen:

'dat een redelijke toepassing van de artt. 1638b en 1638d BW meebrengt dat de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt, indien de bedongen arbeid – buiten schuld van beide pp. – niet gebruikt kan worden ten gevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen de pp. meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider;

dat in het onderhavige geval blijkens de bestreden uitspraak D. Meijer werknemer in dienst van KMS, op 17 en 18 febr. 1972 geen arbeid voor KMS heeft kunnen verrichten, omdat stakende arbeiders in dienst van KMS door het barricaderen van de hoofdboort van het bedrijf van KMS en het blokkeren van de daarnaast gelegen voetgangeringang Meijer hebben verhinderd het terrein van KMS te betreden en aldaar zijn werkzaamheden te verrichten;

dat het hier blijkens die uitspraak een staking betrof, waaraan slechts een klein aantal van de werknemers van KMS heeft deelgenomen en waar Meijer persoonlijk buiten stond;

dat die staking, welke een regeling omtrent lonen en andere arbeidsvoorwaarden in de metaalindustrie tot inzet had, gericht was tegen KMS als werkgever in die industrie en dat het voortduren van de actie, welke KMS heeft verhinderd van de arbeid van Meijer gebruik te maken, mede afhankelijk was van beleidsbeslissingen van de werkgever, die zowel de vraag of en in hoever aan de eisen van de stakers zou worden toegegeven, als de vraag of politiehulp tegen de barricaderende arbeiders zou worden ingeroepen, had te beoordelen;

dat, gelet op het bovenstaande, de Ktr. de betekenis van de artt. 1638b en 1638d niet heeft miskend door de omstandigheden welke in dit geval de werkgever hebben verhinderd van de arbeid van Meijer gebruik te maken, als een de werkgever persoonlijk betreffende, toevallige verhindering te beschouwen, en door op grond daarvan te oordelen dat Meijer zijn aanspraak op loon over de dagen waarin hem de toegang tot het terrein van zijn werk was ontzegd niet uit hoofde van art. 1638b heeft verloren.'

In de onderhavige zaak heeft de Ktr. onder verwijzing naar zijn vonnis in de zaak *De Schelde/Meijer* en voorschreven arrest van Uw Raad de vordering van thans eiser tot cassatie (*Wielemaker*) toegewezen. De Rb. heeft bij het bestreden vonnis het vonnis van de Ktr. vernietigd en aan *Wielemaker* zijn vordering ontzegd.

Ik geloof echter niet, dat reeds op grond van de beslissing in de zaak *De Schelde/Meijer* het vonnis van de Rb. in de onderhavige zaak als onjuist gewezen kan worden aangemerkt.

Het arrest van Uw Raad heeft geen onverdeelde instemming gevonden. Het is bestreden door Zonderland in 'De onderneming' van 1 dec. 1972 en in zijn hoger aangehaald werk blz. 228 e.v. en door Bockwinkel in SMA 1974 blz. 370 en in zijn noot in SMA 1973 blz. 346. Leijten (NJB 1973 blz. 377) en Van Peijpe (SMA 1974, blz. 149) hebben zich bij de opvatting van de HR aangesloten. Hoewel niet afwijzend heeft Scholten in zijn noot onder dit arrest en in zijn noot onder HR 21 dec. 1973, NJ 1974, 142, toch met enige reserve gereageerd. Tenslotte wil ik nog aanhalen, hetgeen E.P. de Jong heeft opgemerkt in 'Een inleiding tot het denken over arbeidsconflictenrecht' (1975) naar aanleiding van het arrest *De Schelde/Meijer* en het arrest van 21 dec. 1973, NJ 1974, 142 (Mabuwat/Zonneveld; dat wel op dezelfde staking betrekking heeft doch op een andere arbeidsverhouding dan i.c. en dus verder buiten beschouwing kan blijven):

'Mijns inziens heeft de HR met de dicta in de *Schelde*-arresten geen afkeuringswaardige of juist toe te juichen algemene beginselen willen poneren. De discussie zelf alsmede de felheid waarmee zij gevoerd werd, zijn voor een groot deel terug te voeren tot een onverantwoorde generalisatie van het arrest van de HR tot een algemeen geldend beginsel. Dat de grenzen van art. 1638d onduidelijk zijn, is bekend en dat van daaruit verschuivingen in risicosferen mogelijk waren, lag dus voor de hand. Een en ander leidt echter niet, ook niet in de arresten van de HR, tot een algemeen geldend beginsel, dat een staking tengevolge waarvan niet gearbeid kan worden het recht op loon onaangetast laat' (blz. 174).

Mij hierbij aansluitend, ben ik van mening, dat aan het arrest *De Schelde/Meijer* voor de onderhavige zaak geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend.

In de eerste plaats moge ik er op wijzen, dat de HR, na het toepassingscriterium van de artt. 1638b en 1638d voorop te hebben gesteld, een feitensubstraat heeft vastgelegd en tenslotte niets anders heeft beslist dan dat de Ktr. de betekenis van de artt. 1638b en 1638d niet heeft miskend door de omstandigheden welke in dit geval (ik cursiveer) de werkgever hebben verhinderd van de arbeid van Meijer gebruik te maken, als een de werkgever persoonlijk betreffende, toevallige verhindering te beschouwen. De feitelijke omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de marginale toetsing door de HR.

Wel valt op, dat de HR de artt. 1638b (de hoofdregel) en 1638d (de uitzondering) als het ware heeft gelijkgeschakeld: geen arbeid, geen loon, wanneer het 'geen arbeid' meer in de risicosfeer van de werknemer is gelegen, geen arbeid, wel loon, wanneer het 'geen arbeid' meer in de risicosfeer van de werkgever of zijn bedrijf is gelegen. Daarmee is de regeling van de individuele arbeidsovereenkomst min of meer aangepast aan de collectiviteitsgedachte van waaruit de gevolgen van een werkstaking dienen te worden benaderd.

In de tweede plaats verschilt de feitelijke grondslag waarop de HR het oordeel van de Ktr. over de betekenis van de artt. 1638b en 1638d heeft getoetst aan die in de onderhavige zaak op een m.i. toch wel essentieel punt. Blijkens de desbetreffende overweging heeft de HR in het arrest *De Schelde/Meijer* gewicht gehecht aan de omstandigheid, dat het voortduren van de actie mede afhankelijk was van beleidsbeslissingen van de werkgever, die zowel de vraag of en in hoeverre aan de eisen van de stakers zou worden toegegeven, als de vraag of politiehulp tegen de barricaderende arbeiders zou worden ingeroepen, had te beoordelen. Men kan zich afvragen of hier toch niet weer, n'en deplaise het vooropgestelde principe omtrent de toepasselijkheid van de artt. 1638b en 1638d, een verwijt van schuld tot de werkgever is gericht en dat daarom de risico-afweging te zijnen nadele diende uit te vallen. Doch wat daar van zij,

in de onderhavige zaak staat zonder meer vast, dat van enige beleidsbeslissing omtrent de eisen van de stakers geen sprake kon zijn, omdat de betreffende staking was aan te merken als een 'wilde staking' bij wijze van protest tegen het aan de stakers niet welgevallig vonnis van 3 febr. 1972, niet gesteund door enige erkende organisatie (zie het bestreden vonnis r.o. 3).

Bovendien is in de onderhavige zaak onbetwist, dat De Schelde met betrekking tot eventuele politiehulp volkomen machteloos was, zodat ook op dit punt voor een beleidsbeslissing geen plaats kan zijn geweest.

In de derde plaats vraag ik mij met Bockwinkel (SMA 1974, blz. 371) en de geeerde pleiter voor De Schelde af of art. 1638d toepasselijk is in een situatie als aan dit geding ten grondslag ligt. Weliswaar kan er van worden uitgegaan, dat Wielemaker bereid was tot het verrichten van de overeengekomen arbeid, maar door de barricadering van de toegangspoorten van het terrein van De Schelde verkeerde hij in de volstreekte onmogelijkheid om zijn prestatieplicht te vervullen. Hoewel voor de toepasselijkheid van art. 1638d in het algemeen niet vereist is, dat de werknemer niet alleen bereid is arbeid te verrichten maar ook daartoe in staat, is i.c. de werknemer geheel buiten toedoen van de werkgever in de onmogelijkheid komen te verkeren welke prestatie dan ook tegenover zijn werkgever te leveren. De situatie is dus anders dan wanneer door staking van het personeel op een vitale afdeling van het bedrijf het werk op andere afdelingen stil komt te liggen. Het was i.c. niet de staking, die De Schelde de mogelijkheid ontnam Wielemaker te werk te stellen (in welke afdeling dan ook) maar de barricaden, derhalve een onrechtmatige daad van derden.

Maar dan moet hier de algemene regel gelden, dat indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht verhinderd is te presteren, ook de wederpartij van zijn verplichting is ontslagen (HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544, 'Stalen-Steiger-arrest' met noot van Veegens).

Tenslotte moge ik er op wijzen, dat voor de Schelde-arresten van Uw Raad het toch wel communis opinio was, dat in geval van een zgn. deelstaking (een klein aantal van de werknemers, bijv. van een bepaalde afdeling van een bedrijf, gaat in staking), waardoor aan andere – werkwillige – werknemers de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid wordt ontnomen, de werkgever ontslagen was van zijn verplichting tot doorbetaling van het loon ook aan de werkwilligen (Meijers 'De Arbeidsovereenkomst' – 1924 – blz. 122, De Gaay Fortman 'Recht doen' blz. 184, Kamphuisen 'De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst' – 1956 – blz. 163, Van der Grinten 'Arbeidsovereenkomstenrecht' – 1971 – blz. 196 en de in de voormelde voordracht en vordering van de Adv.-Gen. Kist aangehaalde passage uit de MvA bij het wetsontwerp 10 111). In België en Duitsland is geen loon verschuldigd, wanneer de werknemer zijn werk niet kan doen tengevolge van een staking van andere werknemers, zelfs indien de verandering een gevolg is van een staking in een ander bedrijf (Steyaert 'Arbeidsovereenkomst' – 1973 – blz. 546, Blanpain 'Handboek van het Belgisch Arbeidsrecht' – 1968 – blz. 416 en Hueck-Nipperdey 'Lehrbuch des Arbeitsrechts' II, 2 – 1970 – blz. 945).

Hoewel de werkgever in principe het volle bedrijfsrisico draagt, acht men het in het algemeen niet billijk hem op grond van dat beginsel tot betaling van loon verplicht te achten, wanneer van werknemerszijde de werkgelegenheid wordt opgeheven voor zover althans de werkgever geen verwijt treft (zie: Bundes Arbeitsgericht 8 febr. 1957 bij Zonderland, o.c., blz. 142). Hier gaat men uit van de gedachte van de collectiviteit der werknemers en de daarin gelegen solidariteit. In de tweede plaats is de verplichting tot doorbetaling van loon aan werkwilligen bij deelstaking onredelijk en onbillijk, omdat aldus de werkgever in feite de staking mede zou moeten financieren (zie: de MvA bij het wetsontwerp 10 111 en Tomandl in 'Archiv für die civilistische Praxis' – 1964 – blz. 214: 'Es bleiben somit zwei Argumente, die beim Teilstreik zu beachten und näherer Prüfung wert sind, die Solidarität der Arbeitnehmer bewirke, dasz

die durch den Teilstreik hervorgerufene Störung in die Haftungssphäre der Arbeitnehmer falle und damit auch den Arbeitswilligen zurechenbar sei, und die Kampfparität verbiete eine zusätzliche Belastung der Arbeitsgebers im Arbeitskampf).

De hiervoren bedoelde collectiviteitsgedachte ligt, naar het mij voorkomt, aan het in dit cassatieberoep bestreden vonnis van de Rb. ten grondslag.

Het eerste onderdeel van het middel van cassatie is gericht tegen r.o. 6 van het bestreden vonnis.

Deze overweging luidt als volgt:

‘Gezien het hiervoor opgesomde feitencomplex en mede in aanmerking nemende dat hier sprake is van een staking uit protest tegen een rechterlijk verbod van staking stelt de Rb. vast dat de betreffende wilde staking er een is welke niet valt aan te merken als een de werkgever persoonlijk betreffende toevallige verhindering in de zin van art. 1638d BW.’

In het eerste onderdeel nu wordt gesteld, dat zich uit het door de Rb. vastgestelde feitencomplex veeleer laat afleiden, dat de van Wielemaker bedongen arbeid i.c. – buiten schuld van beide pp., en in elk geval: buiten schuld van de werknemer Wielemaker – niet door De Schelde gebruikt is kunnen worden tengevolge van een omstandigheid die, in de verhouding tussen deze pp. meer ligt in de risicosfeer van De Schelde (de werkgever) of diens bedrijf dan in die van Wielemaker (de arbeider), terwijl een redelijke toepassing van de artt. 1638b en 1638d BW medebrengt dat de arbeider alsdan zijn aanspraak op loon behoudt. M.a.w. in het middel wordt hier de Rb. verweten, dat zij het in het De Schelde/Meijer-arrest neergelegde criterium omtrent de toepasselijkheid van vorenbedoelde wetsbepalingen niet juist heeft toegepast en aldus tot een onjuiste uitspraak is gekomen, waaraan nog wordt toegevoegd, dat het onbegrijpelijk is hoe de Rb. op basis van het ‘opgesomde feitencomplex’ tot de in r.o. 6 neergelegde beslissing is kunnen komen.

In de eerste plaats zij er op gewezen, dat r.o. 6 duidelijk mede berust op hetgeen in r.o. 4 is vastgesteld met betrekking tot het collectief optreden van de werknemers van De Schelde. Naar mijn oordeel heeft de Rb., in aanmerking genomen het in r.o. 3 en r.o. 4 vastgestelde, geen onjuiste beslissing gegeven. Uit de overwegingen van de Rb. volgt, naar mijn mening, dat i.c. de werkgever niet alleen in het geheel geen schuld had aan de staking en hare gevolgen voor de werkgelegenheid in zijn bedrijf, doch tevens dat die werkgever zelf geheel buiten doel en strekking van de staking stond en noch op die staking noch op haar gevolgen enige invloed heeft kunnen uitoefenen anders dan door mondelinge overredingskracht te trachten de toegangen tot het terrein vrij te krijgen. Het door de Rb. vastgestelde feitencomplex dwong, naar mijn oordeel, niet tot eenzelfde conclusie als die welke in het De Schelde/Meijer-arrest als overeenkomstig de strekking van de artt. 1638b en 1638d door de HR is gebillijkt. Hier zij met name niet uit het oog verloren, hetgeen ik hiervoren heb opgemerkt met betrekking tot het aan dat arrest ten grondslag liggend feitencomplex. De Rb. is derhalve zeer wel tot het in r.o. 6 neergelegde oordeel kunnen komen. Gezien het feitencomplex, waarop de Rb. dat oordeel heeft doen steunen is dit ook geenszins onbegrijpelijk, waarbij ik mede moge verwijzen naar hetgeen ik hoger in het algemeen omtrent de deelstaking heb betoogd.

Het eerste onderdeel faalt mitsdien.

In r.o. 4 heeft de Rb. overwogen:

‘Aan de staking lag ten grondslag de onvrede van een aantal werknemers met het rechterlijk verbod door middel van een staking kracht bij te zetten aan loon- en andere eisen. De inzet van de staking was derhalve, zij het indirect, een regeling van lonen en arbeidsvoorwaarden. Pp. zijn het blijkens de stukken daarover ook eens. Dit betekent dat de gevolgen van de staking alle werknemers van De Schelde zouden raken, of deze gevolgen uit het standpunt van de stakers gezien positief of negatief zouden zijn. Hieruit volgt weer dat alle werknemers van De Schelde als een belanghebbend collectief tegenover de werkgever stonden. Van dit collectief zouden kunnen worden uitgezonderd degenen die ten tijde van de staking ondubbelzinnig te kennen hadden gegeven de gevolgen van de actie niet voor hun rekening te zullen nemen doch van dergelijke uitzondering is niet gebleken. Nu voorts evenmin is gebleken noch door Wielemaker is gesteld dat in het algemeen werknemers of in het bijzonder Wielemaker zich tegen de actie zelf verzet hebben en op enigerlei wijze getracht hebben deze te voorkomen of te beëindigen is het ten deze niet van belang van welk aantal werknemers de stakingsactie is uitgegaan en kan zulks ook niet voor Wielemaker nadelig of voordelig werken.

Er is naar het oordeel van de Rb. dan ook geen grond aanwezig ten deze uit te gaan van een andere opvatting dan dat hier sprake is geweest van een volledig collectief optreden van de werknemers van De Schelde.’

In het tweede onderdeel van het middel wordt deze beschouwing van de Rb. zo wat haar eindresultaat als wat betreft de diverse stappen in der Rb. redenering dusdanig absurd en onbegrijpelijk genoemd, dat der Rb. vonnis op dit punt niet aan de wettelijke motiveringseis beantwoordt. Naar mijn mening mist het hier tot de Rb. gerichte verwijt goede grond. Men kan het met de redenering van de Rb. eens zijn of niet, maar zij is niet onbegrijpelijk, laat staan absurd. Wat de Rb. heeft bedoeld tot uitdrukking te brengen is dat de litigieuze ‘wilde’ staking geheel lag binnen de sfeer van het werknemerscollectief bij De Schelde en dat Wielemaker zich daar niet buiten heeft gesteld. M.a.w. de Rb. heeft in r.o. 4 vastgesteld, dat – anders dan in het De Schelde/Meijers-arrest – i.c. de werknemers van De Schelde en met name Wielemaker persoonlijk niet buiten de staking stonden.

In het derde, vierde en vijfde onderdeel van het middel wordt kritisch ingegaan op de diverse samenstellende delen van de redenering van de Rb. in r.o. 4.

Naar mijn oordeel kan ook het in deze onderdelen van het middel gestelde niet tot cassatie van het bestreden vonnis leiden.

In de redenering van de Rb. is het aantal van de daadwerkelijk stakende werknemers in feite niet van belang. Naar doel en strekking van de staking, aldus de Rb., betrof zij de belangen van alle werknemers van De Schelde. Zij moet aldus worden gezien als een middel in de arbeidsstrijd van het belanghebbend collectief der werknemers tegenover de werkgever. Zij lag aldus meer in de risicosfeer van de werknemer dan in die van de werkgever en zijn bedrijf, waarbij dan meer in het bijzonder nog in aanmerking is te nemen, dat gestaakt werd uit protest tegen een rechterlijk verbod van staking en de werkgever zelf daar buiten stond.

Zoals gezegd: men kan het met de redenering van de Rb. wel of niet eens zijn, maar men kan niet zeggen, dat zij niet zou passen in het door de Rb. vastgestelde feitencomplex, terwijl zij evenmin onbegrijpelijk is.

Ik moge concluderen tot verwerping van het beroep met de veroordeling van eiser tot cassatie in de kosten op de voorziening gevallen.

## 2 HOGE RAAD

(...)

O. aangaande dit middel:

dat blijkens de vastgestelde feiten Wielemaker, werknemer in dienst van De Schelde, op 17 en 18 febr. 1972, hoewel bereid de van hem bedongen arbeid te verrichten, die arbeid niet heeft kunnen verrichten, omdat stakende arbeiders in dienst van De Schelde de toegangspoorten van het fabrieksterrein bezet hielden en andere arbeiders, waaronder Wielemaker, beletten aan het werk te gaan;

dat de vraag of Wielemaker voor deze dagen, hoewel hij geen arbeid heeft verricht, toch recht heeft op loon, moet worden beantwoord aan de hand van de artt. 1638b en 1638d BW, welk laatste artikel, bepalende dat de arbeider zijn loonaanspraak niet verliest, indien hij bereid was de van hem bedongen arbeid te verrichten, doch de werkgever daarvan geen gebruik heeft gemaakt hetzij door eigen schuld, hetzij ten gevolge van een hem persoonlijk betreffende toevallige verhindering, ook toepasselijk is, indien als gevolg van een aan de werkgever toe te rekenen oorzaak de arbeider niet in staat was de van hem bedongen arbeid te verrichten;

dat een redelijke toepassing van genoemde artikelen meebrengt dat de arbeider zijn recht op loon behoudt, indien de bedongen arbeid buiten de schuld van beide pp. niet kan worden gebruikt of niet kan worden verricht ten gevolge van een omstandigheid, die in de verhouding tussen de partijen meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider;

dat een omstandigheid als die waarvan in het onderhavige geval sprake is in het algemeen zowel de risicosfeer van de werkgever als die van de arbeider raakt, die van de werkgever, omdat het zijn werknemers zijn die op zijn fabrieksterrein de arbeid van andere werknemers onmogelijk maken, die van de werkwillige arbeider, omdat de actievoerende arbeiders zijn collega's zijn met wie hij de belangen welke de arbeiders als groep aangaan, gemeen heeft;

dat de vraag of zo een actie meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de arbeider ligt, voor een algemene beantwoording niet vatbaar is, doch het antwoord op die vraag afhangt van de aard van de actie en de omstandigheden waaronder deze plaatsvindt;

dat daarbij aan de ene kant kan worden gedacht aan de werkstaking in georganiseerd verband uitgevoerd als middel om m.b.t. de wijziging van lonen en andere arbeidsvoorwaarden kracht bij te zetten aan de eisen van de arbeiders, en aan de andere kant aan incidentele protestacties welke door een of door enkele arbeiders buiten het kader van welke organisatie ook en zonder de instemming van de andere arbeiders worden uitgevoerd, doch evenals dit met acties van eerstbedoelde soort het geval is, tot gevolg kunnen hebben dat de onderneming tijdelijk tot stilstand wordt gebracht en dat de andere arbeiders hun werk niet meer kunnen verrichten; dat tussen deze beide soorten van acties tussenvormen voorkomen, die, voor wat de onderhavige vraag betreft, nu eens beter met de ene en dan weer met de andere soort kunnen worden vergeleken;

dat ten aanzien van acties van de hierboven in de eerste plaats genoemde soort in het algemeen valt aan te nemen dat zij meer in de risicosfeer van de arbeiders als groep dan in die van de werkgever liggen; dat blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van art. 1638d BW ook de wetgever ervan is uitgegaan dat werkstakingen als hierbedoeld niet behoren tot de de werkgever persoonlijk betreffende toevallige

verhinderingen in de zin van dit artikel; dat voorts art. 31, lid 1 onder f Werkloosheidswet, volgens hetwelk de arbeider, die als gevolg van een werkstaking werkloos is, in het algemeen geen wachtgeld ontvangt – welke uitzondering berust op de gedachte dat moet worden vermeden dat door de uitkering van wachtgeld het verloop van een arbeidsconflict zou worden beïnvloed – eveneens lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat arbeiders die ten gevolge van een werkstaking van andere arbeiders in een ander gedeelte van de onderneming hun werk niet kunnen voortzetten, ook hun loon niet krijgen doorbetaald; dat deze opvatting haar grond vindt in de overweging dat in dergelijke acties, ook indien zij slechts in een gedeelte van de onderneming worden uitgevoerd, de solidariteit van de in de onderneming werkzame arbeiders als groep in het algemeen in zodanige mate tot uitdrukking wordt gebracht, dat het niet gerechtvaardigd zou zijn de daaruit voortvloeiende werkverhindering als liggende meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de arbeiders te beschouwen; dat daarbij voorts in aanmerking moet worden genomen dat het evenwicht in de machtsverhoudingen tussen de elkander in een arbeidsconflict bestrijdende pp. zou worden verstoord, indien de werkgever wiens onderneming door een dergelijke werkstaking tot stilstand komt, niet alleen de daaruit voortvloeiende schade zou moeten dragen, maar ook nog zou moeten opkomen voor de lonen van de niet bij de staking betrokken arbeiders, hetgeen vooral bij selectieve stakingen, zoals die welke de wetgever bij de redactie van zoeven genoemde art. 31, lid 1 onder f Werkloosheidswet in het bijzonder voor ogen stonden, tot onaantvaardbare gevolgen zou leiden;

dat overwegingen van deze aard echter niet, althans in aanmerkelijk mindere mate gelden voor acties van het hierboven omschreven tweede type, omdat enerzijds in het algemeen geen grond zal bestaan een door een klein aantal arbeiders buiten elk organisatorisch verband opgezette protestactie als uitdrukking van protest van de gehele groep van de in de onderneming werkzame arbeiders te beschouwen en anderzijds in het bijzonder bij acties van korte duur, zoals hier het geval was, ook niet behoeft te worden gevreesd, dat, indien voor de toepassing van art. 1638d BW een dergelijke actie ten aanzien van bepaalde werkwillige arbeiders zou worden beschouwd als een meer tot de risicosfeer van de werkgever behorende omstandigheid, daarvan een onaantvaardbare verstoring van het evenwicht in de machtsverhoudingen van de elkander in een arbeidsconflict bestrijdende pp het gevolg zou zijn;

dat daarom ten aanzien van zulke acties eerder dan ten aanzien van de eigenlijke werkstaking als boven omschreven plaats is voor een benadering waarin ter beantwoording van de vraag of zij voor de toepassing van art. 1638d als liggende meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de arbeider moeten worden beschouwd, niet van de arbeiders als groep, maar van de bijzondere omstandigheden van de individuele arbeider wordt uitgegaan;

dat althans ten aanzien van arbeiders die kunnen aantonen dat zij niet alleen werkwillig zijn, maar ook ten aanzien van de groep waarvan de actie uitgaat als buitenstaanders zijn te beschouwen, de collectieve aspecten in de verhouding van de arbeider tegenover de werkgever worden overtrokken, indien op de enkele grond dat de ontevredenheid waarvan de protestactie de uitdrukking is, een onderwerp betreft dat ook hun belangen raakt, te oordelen dat die actie meer in hun risicosfeer ligt;

dat de Ktr. de onderhavige actie meer tot de risicosfeer van de werkgever heeft gerekend omdat deze uitging van een zeer beperkte groep van werknemers en van korte duur is geweest, terwijl *Wielemaker* er in ieder geval geheel buiten stond;

dat de Rb., zonder in te gaan op de appelgrief van *De Schelde* tegen de vaststelling van de Ktr. dat de actie van een zeer beperkt aantal arbeiders uitging, haar oordeel dat de onderhavige ‘wilde staking’ niet valt aan te merken als een de werkgever persoonlijk betreffende toevallige verhindering in de zin van



art. 1638d hierop heeft gegrond, dat de staking – waaraan ten grondslag lag de onvrede van een aantal werknemers met het vonnis van de president van de Rb. te Amsterdam van 3 febr. 1972, inhoudende een tegen de Industriebond NVV gericht verbod tot het uitlokken of bevorderen van stakingen –, zij het indirect, een regeling van lonen en andere arbeidsvoorwaarden tot inzet had en dat de gevolgen van de staking alle werknemers van De Schelde zouden raken, waaruit de Rb. heeft afgeleid, dat met uitzondering van degenen die ten tijde van de staking ondubbelzinnig te kennen zouden hebben gegeven de gevolgen van de actie niet voor hun rekening te willen nemen of die zich tegen de actie zouden hebben verzet, ‘alle werknemers van De Schelde als een belanghebbend collectief tegenover de werkgever stonden’;

dat de Rb. aldus de maatstaven die ten aanzien van een protestactie als waarvan blijkt de vastgestelde feiten hier sprake was, bij de toepassing van art. 1638d BW moeten worden aangelegd, heeft miskend; dat immers de omstandigheid dat de gevolgen van een protestactie als de onderhavige alle werknemers van de onderneming zouden kunnen raken, op zichzelf en zonder meer niet tot de conclusie kan leiden dat zo’n actie als werkverhinderende omstandigheid ook ten aanzien van de arbeiders die werkwilbig waren en, zoals Wielemaker had gesteld en de Ktr. had aangenomen, geheel buiten de actie stonden, niet meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de werknemer ligt; dat het middel dus in zoverre gegrond is en de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven;

dat bij de verdere behandeling van de zaak na verwijzing behalve de inzet van de actie, de duur en het aantal arbeiders waarvan deze uitging, in het bijzonder in aanmerking moeten worden genomen de omstandigheden welke door Wielemaker zijn aangevoerd ten betoge dat hij ten aanzien van die actie als buitenstaander moest worden beschouwd;”

### 3 BESLISSING

De Hoge Raad:

Vernietigt het bestreden vonnis;

Verwijst het geding naar het Hof te ’s-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing met inachtneming van dit arrest;

Veroordeelt De Schelde in de op de voorziening in cassatie gevallen kosten aan de zijde van Wielemaker tot op deze uitspraak begroot op f 237,15 aan verschotten en f 1600 voor salaris.

## 2 IVA/Queijssen

Uitspraak:	Hoge Raad 17 november 1978
Vindplaats:	ECLI:NL:HR:1978:AC6391
Onderwerp:	Kwalificatie arbeidsovereenkomst, thuiswerk
Bron:	NJ 1979/140

### UITSPRAAK

Partijen

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid 'IVA Instituut voor Automatisering BV', te Amsterdam, eiseres tot cassatie

tegen

M.A. Queijssen, gescheiden echtgenote van A.A. Zimmer, te Nieuwendam (gemeente Amsterdam), verweerster in cassatie

## 1 DE CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL

Inzet van de onderhavige, door verweerster in cassatie (Queijssen) als eiseres in prima tegen de wederpartij (IVA) als gedaagde aangespannen procedure is de vraag, of de tussen pp. op 17 okt. 1974 gesloten overeenkomst al dan niet een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 1637a BW is. De Ktr. was van oordeel dat dat niet het geval was; in hoger beroep besliste de Rb. in tegenovergestelde zin.

IVA bestrijdt het Rechtbankvonnis met drie cassatiemiddelen. De daarin aan de rechtsoverwegingen van het vonnis gegeven nummering zal ik gemakshalve volgen.

Vooropgesteld zij, dat in cassatie niet wordt geklaagd over de door de Rb. gekozen criteria ter beantwoording van de vorengeformuleerde vraag, nl. a. heeft Queijssen zich jegens IVA verbonden tot het verrichten van arbeid (r.o. 7 t/m 10), b. was Queijssen verplicht het door IVA bezorgde werk persoonlijk te verrichten (r.o. 11) en c. was Queijssen in dienst van IVA (r.o. 12 t/m 17)? IVA acht deze criteria op zichzelf juist, maar maakt bezwaar tegen methode en resultaat van hantering daarvan door de Rb. Ik moge mij daarom onthouden van een algemene analyse van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 1637a BW en als onderscheiden van andersoortige overeenkomsten zoals die tot het verrichten van enkele diensten en aanneming van werk.

Onderdeel a van middel I behelst motiveringsklachten tegen de in r.o. 10 getrokken conclusie, dat Queijssen verplicht was om voor IVA arbeid te verrichten. De Rb. heeft m.i., aldus de overeenkomst uitleggende, een zuiver feitelijk oordeel geveld. De vraag rijst of onderdeel a niet afstuit op de in een aantal arresten neergelegde leer, dat niet, ook niet langs de weg van een motiveringsklacht, met vrucht aan het oordeel van de cassatierechter kan worden onderworpen de vraag of de gronden, die de rechter voor zijn feitelijke beslissing heeft gegeven, deze beslissing rechtvaardigen (HR 17 febr. 1950, NJ 1950, 387; 7 dec. 1956, NJ 1957, 7; 1 nov. 1957, NJ 1957, 643; 18 dec. 1959, NJ 1960, 81; 9 nov. 1962, NJ 1962, 487; 20 dec. 1963, NJ 1964, 122; 1 dec. 1972, NJ 1973, 105). Een legitieme wedervraag is, of toetsing in cassatie van de door de feitenrechter aan een overeenkomst gegeven uitleg niet reeds meermalen mogelijk is geacht door Uw Raad, zie HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125, met noot van Scholten, alsmede Rutten in de bundel 'Rechtspleging' – 1977 – p. 237 e.v., Kluwers losbladig 'Contractenrecht' IV nrs. 101 en 103 en Zonderlands 'recht-feit-travestie' (NJ 1978, p. 9 rechts). Ik moge dit punt verder laten rusten en ervan uitgaan, dat de door het onderdeel gewenste toetsing op onbegrijpelijkheid in cassatie in beginsel niet is uitgesloten.

Blijkens de ten pleidooie gegeven toelichting berust het onderdeel op het uitgangspunt, dat uitsluitend de in r.o. 9 weergegeven omstandigheden voor de Rb. redengevend zijn geweest voor het in r.o. 10 geformuleerde oordeel. Het komt mij voor dat dat uitgangspunt onjuist is en dat het onderdeel mitsdien feitelijke grondslag mist. Klaarblijkelijk heeft de Rb. in r.o. 10 niet slechts de 'omstandigheden' van r.o. 9, maar alle reeds als vaststaand aangenomen feiten en omstandigheden en met name ook die vermeld in r.o. 2, tot fundament van haar oordeel genomen. Duidelijk blijkt dat bijv. uit de in r.o. 10 opgenomen

verwijzing naar 'de in het contract opgenomen vrijheid 'dagelijks te stoppen' waarmee niet anders bedoeld kan zijn dan dat de in r.o. 2 opgenomen inhoud van de schriftelijke overeenkomst van pp. in zoverre mede als grondslag van het in r.o. 10 geformuleerde oordeel fungeert. Een en ander betekent echter niet, dat de Rb. aan elk van de aan haar oordeel ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden hetzelfde gewicht heeft toegekend en evenmin, dat de Rb. gehouden was telkens afzonderlijk aan te geven, welk gewicht zij aan elk daarvan heeft gehecht. Volgens HR 14 juni 1929, NJ 1929, 1434, is de beoordeling van de waarde, bij de uitlegging van overeenkomsten toe te kennen aan de ten processe vaststaande gegevens, voorbehouden aan de feitelijke rechter. Reeds hierom kan onderdeel a, dat ertoe strekt uit de veelheid van de door de Rb. aan haar hier bedoelde oordeel ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden er enkele te isoleren – nl. i. dat er in de periode tussen 4 nov. 1974 en 5 febr. 1975 door Queijssen dagelijks voor IVA is gewerkt, met uitzondering van vijf dagen, en ii. dat IVA bijzonder gebaat was bij realisering van de dagelijkse productie – naar mijn bescheiden mening niet slagen. In dit verband moge ik erop wijzen dat IVA niet klaagt over r.o. 6, voorzover thans van belang luidende: 'Thans dient ... te worden nagegaan wat het karakter van de bedoelde overeenkomst is. Terecht is de Ktr. bij zijn beoordeling allereerst uitgegaan van de tekst van de overeenkomst zelf, omdat deze in beginsel geacht mag worden de bedoeling van pp. bij het aangaan van de overeenkomst weer te geven ... In de beoordeling dient echter tevens te worden betrokken de feitelijke verhouding tussen pp. zoals deze bij de uitvoering van de overeenkomst tot uiting is gekomen.' Het oordeel omtrent 'het karakter van de overeenkomst' waartoe de Rb. uiteindelijk komt – en van welk oordeel de in r.o. 10 gegeven beslissing dat Queijssen (contractueel) verplicht was voor IVA arbeid te verrichten, deel uitmaakt – is, als gezegd, feitelijk van aard. Het komt mij voor dat de gedachtengang van de Rb. alleszins duidelijk en consistent is. In r.o. 6 stelt zij voorop dat moet worden gelet op de schriftelijke overeenkomst en op de feitelijke verhouding tussen pp. '... bij de uitvoering der overeenkomst'. Tot die feitelijke verhouding behoren kennelijk de beide onder i en ii voormelde omstandigheden. Daartoe behoort bovendien de in r.o. 9 vermelde omstandigheid dat IVA al vanaf 1972 in ruime mate over voor thuiswerk geschikte arbeid beschikte. Samengevat: IVA had veel werk en was gebaat bij realisering van de minimale dagproductie, en Queijssen heeft de volle drie maanden dagelijks gewerkt. Het is m.i. duidelijk dat de Rb. aan deze feiten en omstandigheden betekenis heeft gehecht en heeft kunnen hechten bij de beantwoording van de vraag, welke verplichtingen de overeenkomst voor Queijssen meebracht. Vgl. Asser-Rutten II – 1975 – p. 208 laatste alinea ('...een grote verscheidenheid van omstandigheden...') benevens HR 18 april 1929, NJ 1929, 1249, en HR 6 juni 1930, NJ 1930, 1513, over de omstandigheden voorafgaande aan en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, als interpretatiefactoren. In het thans bestreden rechtbankvonnis ging het bij de beantwoording van laatstbedoelde vraag, blijkens r.o. 6, tweede zin, vooral om de bedoeling van pp. bij het aangaan van de overeenkomst. Welnu, die bedoeling is – aldus kennelijk de Rb. – mede door vorenomschreven omstandigheden duidelijk geworden. Met name de omstandigheid dat Queijssen omstreeks drie maanden lang (nagenoeg) dagelijks voor IVA heeft gewerkt, heeft de Rb. beschouwd als een indicatie dat Queijssen aldus heeft gehandeld ter uitvoering van een op haar rustende contractuele verplichting, wellicht mede op grond van art. 7.10.1.1., derde lid, ontwerp-NBW.

Wat de onder ii geformuleerde klacht betreft moge ik bovendien opmerken, dat de aldaar bedoelde omstandigheid aansluit aan het slot van r.o. 8, waarin – in een weergave van IVA's eigen stellingen bij dupliek in prima – haar 'recht en belang' bij een zekere mate van continue beschikbaarheid van Queijssen wordt geadstrueerd met de noodzaak dat de door IVA ter beschikking gestelde machines rendabel bleven. De omstandigheid dat 'IVA bijzonder gebaat was bij realisering van de dagelijkse productie' is voor de Rb. een van de omstandigheden geweest op grond waarvan zij tot het in r.o. 10, eerste zin, omschreven oordeel nopens de bedoeling van pp. is gekomen. Dat oordeel – en niet uitsluitend het bijzonder gebaat zijn van IVA bij realisering van de dagelijkse productie – was de grondslag voor de beslissing dat