

Mr. R.A.A. Duk

Mr. E.H. van Staden ten Brink

Mr. A.G. Castermans

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Prof. mr. C.J. Loonstra

Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.)

Mevr. mr. A.J. Swelheim

Mevr. mr. T.H. Tanja-van den Broek

Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai en mr. Th. Veling

34

AR

# Voor De Laat: de Hoge Raad



**Voor De Laat:**  
**de Hoge Raad**

# **Vereniging voor Arbeidsrecht**

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 34

## Voor De Laat: de Hoge Raad

*Redactie*

Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp

*Met bijdragen van:*

Mr. R.A.A. Duk

Mr. E.H. van Staden ten Brink

Mr. A.G. Castermans

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Prof. mr. C.J. Loonstra

Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp

Mevr. mr. A.J. Swelheim

Mevr. mr. T.H. Tanja-van den Broek

Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai en mr. Th. Veling

KLUWER 

Deventer - 2005

Aanbevolen citeertitel  
Voor De Laat: De Hoge Raad,  
Reeks VvA 34 Deventer 2005

Secretariaat VvA  
Postbus 132, 3440 AC Woerden, tel.: 06 51108682, fax: 0348-496566

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Ghering

ISBN 90 130 2813 6  
NUR 825-502

© 2005, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponceerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

# Inhoudsopgave

Voorwoord	ix
1 FOUT!	1
<i>Mr. R.A.A. Duk</i>	
2 DE HOGE RAAD, STOKPAARDEN EN DESINTERESSE	11
<i>Mr. E.H. van Staden ten Brink</i>	
2.1 Inleiding	11
2.2 Is er een arbeidsovereenkomst? De Hoge Raad is <i>not interested</i>	12
2.3 Stokpaarden/de Hoge Raad als activist	14
2.4 Ontslag op staande voet; de Hoge Raad als wetgever	16
2.5 Besluit	18
3 DE ONTWIKKELING VAN HET GELIJK- BEHANDELINGSRECHT EN DE INVLOED VAN HET PROCESRECHT	19
<i>Mr. A.G. Castermans</i>	
4 DE VERHOUDING TUSSEN DE HOGE RAAD EN DE EUROPESE RECHTERS OP HET GEBIED VAN HET ARBEIDSRECHT	33
<i>Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss</i>	
4.1 Inleiding	33
4.2 De rol van het HvJ EG	34
4.3 De prejudiciële procedure	35
4.4 Invloed van andere uitspraken van het HvJ EG	45
4.5 Invloed van uitspraken van het EHRM	47
4.5.1 Vrijheid van meningsuiting	48
4.5.2 Persoonlijke levenssfeer	49

4.5.3	Gelijkheidsbeginsel . . . . .	50
4.5.4	EVRM en ontslagrecht . . . . .	54
4.6	Conclusie . . . . .	57
5	DE HOGE RAAD EN DE ZIEKE WERKNEMER . . . .	59
	<i>Prof. mr. C.J. Loonstra</i>	
5.1	Inleiding . . . . .	59
5.2	Rechtspraak Hoge Raad over de zieke werknemer . . . . .	60
5.2.1	Ontslag op staande voet en ziekte . . . . .	60
5.2.2	De bedongen en de passende arbeid. . . . .	65
5.2.3	De status van medische uitspraken. . . . .	69
5.2.4	Herstelverklaring . . . . .	73
5.3	Korte confrontatie met WVP en Wulbz 2 . . . . .	77
5.4	Afronding . . . . .	80
6	ONZEKERE TIJDEN VOOR HET ONTSLAG OP STAANDE VOET? . . . . .	83
	<i>Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp</i>	
6.1	Inleiding . . . . .	83
6.2	De dringende reden – de maatstaf van de Hoge Raad . . . . .	85
6.3	Geen hard and fast rules: dus rechtsonzekerheid? . . . . .	87
6.4	De factoren van de Hoge Raad: duidelijke lijnen in de lagere rechtspraak . . . . .	88
6.5	De Hoge Raad en de betekenis van de omstandigheden van het geval . . . . .	93
6.6	De sub- en vuistregels van de Hoge Raad . . . . .	98
6.7	De motiveringseisen . . . . .	102
6.8	De onverwijldheid van de opzegging . . . . .	106
6.9	De mededeling van de dringende reddende . . . . .	109
6.10	Een beslismodel met vrij veel zekerheid . . . . .	113
6.11	Een onzekere toekomst voor het ontslag op staande voet? . . . . .	114
7	DE HOGE RAAD EN DE OMKERINGSREGEL IN HET ARBEIDSRECHT . . . . .	119
	<i>Mevr. mr. A.J. Swelheim</i>	
7.1	Inleiding . . . . .	119
7.2	De omkeringsregel; een inventarisatie . . . . .	119
7.3	De omkeringsregel en art. (7A:)1638x oud BW . . . . .	123



7.4	De omkeringsregel en art. 7:658 BW .....	124
7.5	De omkeringsregel en Unilever/Dikmans .....	126
7.6	Slotwoord van vriendschap .....	131
8	DE HOGE RAAD, CAO'S EN UITLEG .....	133
	<i>Mevr. mr. T.H. Tanja-van den Broek</i>	
8.1	Inleiding .....	133
8.2	Haviltex .....	133
8.3	Introductie van de CAO-norm .....	136
8.4	Commentaren .....	139
8.5	Verduidelijking en nuancering .....	140
8.6	De CAO-norm en andere overeenkomsten .....	144
8.7	DSM/Fox: synthese .....	149
8.8	Afsluiting .....	153
9	OPKOMST EN TERUGTRED VAN DE BAIJINGS-LEER .....	155
	<i>Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai en mr. Th. Veling</i>	
9.1	Inleiding .....	155
9.2	De Baijings-leer: wat ging vooraf? .....	156
9.3	De ontwikkeling van de Baijings-leer in de arresten van de Hoge Raad .....	160
9.4	Fundamenten en beoordeling van de Baijings-leer .....	168
9.4.1	Kanttekeningen bij de Baijings-leer: de aard van de ontbindingsprocedure .....	168
9.4.2	Kanttekeningen bij de Baijings-leer: de aard van de vergoeding .....	171
9.4.3	De grenzen tussen Baijings en Guérand .....	173
9.5	Enige wenken voor de praktijk .....	178
9.5.1	Processuele consequenties .....	178
9.5.2	Wenken voor de praktijk: de rechter .....	179
9.5.3	Wenken voor de praktijk: de partijen .....	181
9.6	Ten slotte .....	183



# Voorwoord

Tijdens de ledenvergadering van 17 maart 2004 nam Sjef de Laat afscheid als voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht. Hij heeft deze taak ruim zeven jaar vervuld. Om dat mogelijk te maken was een statutenwijziging noodzakelijk, die dan ook is doorgevoerd. De Laat heeft het voorzitterschap niet alleen met plezier, maar ook zeer bekwam inhoud gegeven. Onder zijn leiding groeide de vereniging naar ruim duizend leden. Tijdens zijn voorzitterschap zijn vele mooie bundels uitgegeven en interessante bijeenkomsten georganiseerd. De Laat zal de eerste zijn om erop te wijzen dat niet hij alleen, maar het gehele bestuur daarvoor heeft gezorgd. Dat bestuur bestond in de genoemde periode naast Sjef de Laat uit Marijke Fleuren-van Walsum, Raymond van Hattem, die tevens de functies van penningmeester en secretaris vervulde, en Harry Staal. Ook aan hen onze dank: we hopen dat ze door het verschijnen van deze bundel deze dank ook (indirect) ervaren.

Bij de bijeenkomst van 17 maart 2004 werden de lezingen verzorgd door mr. R.A.A. Duk en mr. E. van Staden ten Brink. Beiden spraken over de rol van de Hoge Raad in het arbeidsrecht. Dit onderwerp was door De Laat gekozen. Hij heeft zijn belangstelling voor de Hoge Raad als arbeidsrechter nooit onder stoelen en banken gestoken. Met het woord ‘belangstelling’ doen we de aandacht van De Laat voor de Hoge Raad eigenlijk nog te kort. Zelf heeft hij namelijk wel eens verzucht: ‘Ik houd gewoon van de Hoge Raad.’ Beide sprekers hebben hun lezing als bijdrage aan deze bundel ter beschikking gesteld. Daarnaast hebben we nog enkele andere auteurs gevraagd een bijdrage te leveren. Deze hebben allen toegezegd en een prachtige bijdrage geschreven. De meeste teksten zijn afgesloten rond 1 januari 2005, met een enkele uitzondering.

We wensen Sjef de Laat en ‘zijn’ bestuur heel veel leesplezier,

*Den Haag /Amsterdam*  
*Stefan Sagel en Evert Verhulp*



# 1 Fout!

Mr. R.A.A. Duk\*

1. Kan een hoogste rechter, en kan dus de Hoge Raad, een foute uitspraak geven? Sterke aanwijzing voor een bevestigende beantwoording van die vraag is dat de Hoge Raad zelf van tijd tot tijd afstand neemt van eerder door hem gedane uitspraken en daarmee, in toenemende mate uitdrukkelijk, ‘omgaat’.<sup>1</sup> Regelmatig gebeurt dat ‘omgaan’ op basis van in de juridische literatuur naar voren gekomen kritiek op de eerdere rechtspraak. Soms zal kritiek recente arresten betreffen en zich ten principale keren tegen de door de cassatierechter gemaakte keuzes. Zo heeft recent Van den Heuvel zich fel verzet tegen de door de Hoge Raad gemaakte keuze voor de verbindendheid van contractuele afvloeiingsregelingen op voorhand.<sup>2</sup> Indertijd heeft een uitspraak uit 1979 over matiging van de loonvordering na, in het bijzonder, nietig ontslag<sup>3</sup> geleid tot een brede storm van dergelijke principiële kritiek<sup>4</sup>, maar die kritiek heeft zijn doel niet bereikt. Immers, weliswaar heeft de Hoge Raad zelf duidelijk gemaakt dat matiging met grote terughoudendheid moest worden toegepast (en daarmee de kritiek nogal wat wind uit de zeilen genomen<sup>5</sup>), maar die kritiek heeft er niet aan in de weg gestaan dat deze jurisprudentiële vondst inmiddels in art. 7:680a BW gecodificeerd is. Dat soort kritiek heeft al snel iets dat aan Don Quichote doet denken. Men kan er immers van overtuigd zijn dat het weinig waarschijnlijk is dat dergelijke kritiek al niet in raadkamer is gewogen, maar daar te licht bevonden is.

\* Mr. R.A.A. Duk is advocaat te 's-Gravenhage.

1 Vgl. J.K. Frankx, *De Hoge Raad: voorgaan, doorgaan of omgaan*, 1994.

2 L.H. van den Heuvel, ‘Contractuele ontslagregelingen’, *SMA* 2005, p. 109-116, met name naar aanleiding van HR 2 april 2004, *JAR* 2004/112.

3 HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207.

4 Zie voor een samenvatting en relativering van die kritiek mijn ‘Loonmatiging: steen der wijzen of steen des aanstoets?’, in: *Schetsen voor Bakels*, 1987, p. 39-45.

5 HR 1 juni 1990, *NJ* 1990, 715.

2. In deze bijdrage gaat het niet om zulke fundamentele kritiek op door de Hoge Raad gemaakte rechts-politieke keuzes. Ik behandel in dit overzicht vijf uitspraken van de Hoge Raad op individueel arbeidsrechtelijk terrein uit de afgelopen twintig jaar die bij mij een wat laffe smaak in de mond hebben achtergelaten, niet in verband met de gemaakte principiële rechts-politieke keuzes, maar omdat ik vraagtekens zet bij de wijze waarop de beslissingen in het concrete geval zijn gemotiveerd.

3. Het eerste arrest dat op die wijze bij mij (en niet alleen bij mij) een zekere wrevel heeft opgeroepen, is dat van de parttime taxichauffeur die een proeftijdbeding kreeg opgelegd toen zijn arbeidsovereenkomst er een voor de volle werktijd werd. De Hoge Raad achtte dat proeftijdbeding mogelijk als de nieuwe arbeidsovereenkomst 'duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden' eiste dan die waarover de ervaringen gedurende de vorige dienstbetrekking inzicht hadden gegeven.<sup>6</sup> Over de juistheid van die beslissing kan men twifelen; met de leer van de 'ijzeren proeftijd'<sup>7</sup> lijkt wat eenvoudiger verenigbaar een systeem waarbij alleen aan het begin van een arbeidsverhouding een proeftijd afgesproken kan worden. Het door de Hoge Raad geïntroduceerde criterium roept onvermijdelijk problemen bij de toepassing op, al was het maar omdat niet steeds duidelijk zal zijn of al dan niet van zulke andere vaardigheden of verantwoordelijkheden sprake is. Dat echter is niet waarom dat arrest hier wordt genoemd; dat de cassatierechter kiest voor een criterium dat noopt tot *ius in causa positum* en geen 'hard and fast rule' geeft, komt wel meer voor en is vaak (en ook hier) te billijken. Mijn kritiek betreft wél wat in r.o. 3.2 van het arrest over de beslissing in het concrete geval van de appèlrechter wordt overwogen:

'Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is zozeer verweven met een waardering van de omstandigheden van het geval, dat het in cassatie verder niet op zijn juistheid kan worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk en het behoeft in het licht van de stellingen van partijen niet nader te worden gemotiveerd.'

6 HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 715.

7 Vgl. bijvoorbeeld HR 23 december 1983, *NJ* 1984, 332 en HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 232.

Dat zijn cassatietechnische dooddoeners die mijns inziens aan het gegeven geval onvoldoende recht doen. Het ligt niet voor de hand dat een taxichauffeur die de helft van de tijd werkt – blijkens het vonnis van de rechtbank in de ene week drie en in de andere week twee volle werkdagen – wezenlijk andere taken of verantwoordelijkheden heeft dan een collega die de volle week werkt. De rechtbank heeft op dit punt niet meer overwogen dan dat de werkgever in dit geval:

‘(...) niet zonder meer erop behoefde te vertrouwen dat de werknemer als full-time taxichauffeur even goed zou voldoen als daarvoor.’

In de eerste plaats is dat iets anders, veel ruimers, dan wat de Hoge Raad over ‘duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden’ overweegt, ook al stelt de Hoge Raad een en ander (in r.o. 3.2, eerste alinea) op één lijn. In feite wordt de rechtbank een andere redenering toegedacht dan zij in feite heeft gebezigd. In de tweede plaats – en dat is mijn voornaamste pijnpunt – wordt noch uit het vonnis van de rechtbank noch uit het arrest duidelijk wat er dan wel anders zou zijn aan de taken en verantwoordelijkheden van een ‘fulltimer’. Aldus wordt onvoldoende recht gedaan aan het uitzonderingskarakter van de door de Hoge Raad aanvaarde regel en, daarmee, onvoldoende van de werkgever geëist dat deze op overtuigende wijze expliciteert wat er dan wel in taken en verantwoordelijkheden verandert.

4. Eind 1989 heeft de Hoge Raad wat in het Anglo-Amerikaanse recht heet *constructive dismissal* in het Nederlandse arbeidsrecht geïntroduceerd.<sup>8</sup> Mevrouw Deuss had met succes de kantonrechter verzocht haar arbeidsovereenkomst met Motel Maatschappij Holland – MMH – wegens dringende redenen te ontbinden. Zij had zich er in dat verband op beroepen dat een nieuwe manager haar (en andere oudgedienden) het leven op allerlei onbehoorlijke manieren uitermate zuur had gemaakt. Op die grond vorderde zij in een vervolgproucedure een niet onaanzienlijke vergoeding, veel groter dan de gefixeerde schadevergoeding (toen nog: wettelijke schadeloosstelling) waarop zij binnen het geldende systeem in elk geval recht had. De rechtbank beschouwde de wettelijke regeling als uitputtend, maar dat oordeel hield in cassatie geen stand. Op zichzelf is de motivering van de Hoge Raad te dien aanzien op eerste gezicht voorbeeldig. Er wordt

8 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451.

aangegeven dat bij ontslag op staande voet schadevergoeding voor de wanprestatie die een dringende reden oplevert, niet is uitgesloten. Er wordt gewezen op de procedurele problemen die eigen zijn aan een vordering tot ontbinding wegens wanprestatie, maar die vergoeding van inkomensschade niet ten principale uitsluiten. Er wordt verder gewezen op het achterhaalde uitgangspunt van de wetgever van 1907 dat de werkgever te allen tijde het dienstverband om welke reden dan ook kan beëindigen. In dat verband noemt de Hoge Raad het ontslagverbod van art. 6 BBA en andere, recentere ontslagverboden. Dat alles doet de Hoge Raad in r.o. 3.6 aanvaarden dat een werkgever wiens verwijtbaar gedrag de werknemer heeft genoopt de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden te ontbinden:

‘(...) gehouden is de schade te vergoeden welke de werknemer lijdt ten gevolge van het uit die wanprestatie van de werkgever voortvloeiende verloren gaan van zijn dienstbetrekking.’

Wat daarop volgt, lijkt de mogelijkheden voor de genegerde werknemer sterk te beperken: vergoeding is volgens de Hoge Raad met name aan de orde in geval het gedrag van de werkgever:

‘(...) erop is gericht de werknemer ertoe te brengen eigener beweging ontslag te nemen en waarin het voor de betrokken werknemer moeilijk is andere passende arbeid te vinden.’

Ook hier betreft mijn kritiek op het arrest niet het zojuist weergegeven principe. Die kritiek betreft juist de beperkingen die de Hoge Raad aanlegt, althans: lijkt aan te leggen. Het arrest is zo opgezet dat de ontbinding op grond van dringende redenen *conditio sine qua non* lijkt voor de vordering. Er is echter geen reden om anders te oordelen als de werknemer geen ontbinding verzoekt, maar zelf op grond van het hoogst onbehoorlijke gedrag van de werkgever ontslag op staande voet neemt. Verder zijn er, nu de ontbindingsbeschikking geen gezag van gewijsde heeft<sup>9</sup>, in de door de Hoge Raad gekozen constructie procesrechtelijke problemen zowel indien de kantonrechter ten onrechte de aanwezigheid van een dringende reden heeft aangenomen als indien hij, achteraf gezien, ten onrechte zo'n reden juist

9 Vgl. bijvoorbeeld HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 505, *JAR* 1993/123.



niet aanwezig heeft bevonden.<sup>10</sup> Zo'n situatie kan alleen al gemakkelijk voorkomen doordat in de ontbindingsprocedure het bewijsrecht niet onverkort van toepassing is.<sup>11</sup> Daarom lijkt het voor de hand te liggen de vraag of al dan niet ontbinding wegens een dringende reden is verzocht en verkregen, van op zijn best bijkomende betekenis te achten, en daarentegen cruciaal te achten of al dan niet van – kort gezegd – hoogst onbehoorlijk gedrag van de werkgever sprake is geweest. Dat is geen theorie, nu de Hoge Raad die mogelijkheid medio 1993 uitdrukkelijk heeft aanvaard in een geval waarin de werknemer eerst ontbinding – overigens in dat geval wegens verandering van omstandigheden – had verzocht en dat verzoek had ingetrokken, toen was gebleken dat hem in die procedure geen vergoeding zou worden toegekend.<sup>12</sup> Later is verduidelijkt dat in zo'n situatie het achterwege laten van intrekking de opvolgende vordering in een rolprocedure zelfs frustreert.<sup>13</sup> Het is tegen de achtergrond daarvan begrijpelijk dat het arrest, hoe principieel ook, in de vijftien jaren na het wijzen daarvan nauwelijks tot vervolgrechtspraak heeft geleid. 'Fout' is in dit geval met name dat de Hoge Raad zijn oordeel te zeer op de specifieke casuspositie heeft toegespitst. Dat had kunnen worden voorkomen door aan te geven dat de vordering in de gegeven omstandigheden mogelijk was en uitdrukkelijk in het midden te laten in hoeverre die mogelijkheden er ook, bij ernstig wanpresteren, onder andere omstandigheden zijn.

5. Een arbeidsrechtelijk paradepaardje dat wel veel, vooral lagere rechtspraak heeft geïnspireerd<sup>14</sup>, is *Van der Lely/Taxi Hofman*.<sup>15</sup> Dat arrest maakt, zoals bekend, duidelijk dat ook bij gebreke van een eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in art. 7:613 BW wijziging van de arbeidsovereenkomst tegen de wil van de werknemer aan de orde kan komen. De Hoge Raad leidt uit de eis van goed werknemerschap immers af dat een werknemer:

10 Vgl. HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549, waarin op grond van een dringende reden was ontbonden, terwijl slechts ontbinding op grond van verandering in de omstandigheden was verzocht.

11 Vgl. bijvoorbeeld HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182 en HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 296.

12 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, *JAR* 1993/179.

13 HR 2 november 2001, *NJ* 2001, 667, *JAR* 2001/255.

14 Vgl. bijvoorbeeld Ktr. Hilversum 11 augustus 2004, *JAR* 2004/246 en Ktr. Zutphen 27 april 2004, *JAR* 2004/127.

15 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 767, *JAR* 1998/199.

‘(...) op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdend met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.’

Het lijkt goed om voorop te stellen dat de Hoge Raad aan deze beslissing niet had behoeven toe te komen. A-G Strikwerda concludeerde tot verwerping van het beroep, omdat in zijn visie het aangevallen vonnis van de appèlrechter zo ware uit te leggen dat de arbeid als chauffeur welke Taxi Hofman aan Van der Lely opdroeg, behoorde ‘tot de werkzaamheden welke Van der Lely uit hoofde van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs gehouden was te verrichten’. In die benadering is eenzijdige wijziging niet aan de orde en gaat het om niet meer dan het (redelijk) gebruik van het instructierecht. Juist omdat aan een arbeidsovereenkomst veel onbepaalds eigen is, en omdat deze in beginsel voor langere tijd geldt, ligt het voor de hand bepalingen daaruit ruimhartig te interpreteren in die zin dat deze geen grenzen stellen aan uitoefening van wat normaliter onder het instructierecht valt. Is bepaald dat de werkzaamheden op een bepaald adres worden verricht, dan noopt dat niet per se tot de conclusie dat is overeengekomen dat werk op een ander adres buiten de bedongen arbeid valt, en worden in de arbeidsovereenkomsten de aanvangs- en eindtijdstippen van de arbeid genoemd, dan betekent dat niet noodzakelijkerwijs dat een zekere verschuiving daarvan van de instemming van de werknemer afhankelijk is. Hebben partijen echter op dergelijke punten wel duidelijke, bindende afspraken gemaakt, dan lijkt de door de Hoge Raad geïntroduceerde norm én te ruim én te vaag. De norm is te ruim omdat niet wordt aangesloten bij wat in het algemeen geldt voor afwijking van contractuele aanspraken, ook in het arbeidsrecht<sup>16</sup>, te weten de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Met een keuze voor een dergelijke strenge(re) norm wordt ook beter aangesloten bij art. 7:613 BW, dat voor een succesvol beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding eist dat de werkgever een ‘zwaarwichtig belang’ heeft waarvoor het belang dat de werknemer bij handhaving heeft, ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ moet wijken. Het criterium is daarenboven te vaag, omdat onduidelijk is zowel aan de hand van welke criteria moet worden getoetst of welke voorstellen van de werkgever redelijk zijn als, voor-

16 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

al, wanneer aanvaarding van een voorstel 'redelijkerwijs niet van hem kan worden geveerd'. Mij dunkt dan ook dat de voorkeur verdient een wat strenger én scherper criterium, waarin wijziging eerst eenzijdig kan worden doorgezet als duidelijk is dat de bezwaren van de werknemer in een zekere wanverhouding staan tot de belangen die de werkgever met de wijziging wil dienen. In dat verband is het nuttig op te merken dat de Hoge Raad in een later arrest duidelijk heeft gemaakt dat de rechter, kort gezegd, deugdelijk dient te motiveren waarom van de werknemer redelijkerwijs instemming met de voorgestelde wijziging kan worden verlangd.<sup>17</sup>

6. Wat kleiner leed was aan de orde in de beschikking van de Hoge Raad uit 2000, waarin de vraag was of werknemer Veenendaal, uit Zeist, zich al dan niet voldoende duidelijk verzet had tegen een overgang van werkgever Bak, uit Driebergen, naar werkgever Van Vuuren, uit Grouw. In de vorige zin worden die drie plaatsen genoemd, omdat de werknemer, zoals hij ook had geschreven, niet voornemens was het lopende dienstverband voort te zetten 'op de nieuwe locatie'. Ook hier betroffen mijn bezwaren niet het principe. Immers, dat een werknemer zich tegen een overgang ex art. 7:662 BW kan verzetten en dat hij bij zulk verzet niet in dienst komt van de overnemende partij, is evident (en hoogstwaarschijnlijk is dat hij dan ook niet in dienst van de vervreemder blijft<sup>18</sup>). Evenzeer ligt in de rede dat voor een dergelijk verzet een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer wordt geëist, zoals dat ook geldt wanneer aan de orde is of een werknemer ontslag heeft genomen of met ontslag heeft ingestemd.<sup>19</sup> Echter: tussen de mededeling van een werknemer dat hij zijn dienstverband na de overname niet wil voortzetten, en die dat hij dat niet wil 'op de nieuwe locatie te Grouw', ligt een nogal groot verschil. Ik realiseer mij daarbij dat er in de gegeven omstandigheden wel méér aan de hand was, met name dat de overnemer had laten weten de weigering om in Grouw te komen werken, te zien als beëindiging tegen het moment van de overgang, en dat de werknemer daarop contact met de vervreemder was blijven onderhouden en zich eerst maanden later, bij de indiening van het ontbindingsrekest, tot de verkrijger had gewend en pas daarmee duidelijk had gemaakt uit te gaan van een overgang. Feit blijft echter dat voor de Hoge Raad de

17 HR 14 november 2003, *NJ* 2004, 138, *JAR* 2003/296.

18 HvJ EG 5 mei 1988, *NJ* 1989, 712 en HR 6 januari 1989, *NJ* 1989, 713.

19 Vgl. bijvoorbeeld HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390, *JAR* 1994/92.

verklaring van 2 oktober 1998 de kern van de zaak was en dat (mijns inziens al) te ‘gemakkelijk’ werd aangenomen dat die verklaring ondubbelzinnig was. Het is moeilijk zich aan de indruk te onttrekken dat de Hoge Raad vond dat de werknemer nodeloos moeilijk deed, maar dat is niet terecht, nu een overgang van Driebergen naar Grouw iets is dat zeker rechtvaardiging behoeft, een rechtvaardiging die men in de uitspraken van de rechtbank en Hoge Raad niet vindt. Wellicht speelt op de achtergrond dat de Hoge Raad onvoldoende onderkent dat een ingrijpende wijziging van de standplaats niet zomaar door de werkgever kan worden afgedwongen; er zou dan een zeker verband met de ruimhartigheid van de onder 5 besproken uitspraak kunnen worden verondersteld.

7. De meest recente in de reeks van vijf ‘foute’ uitspraken is die betreffende de door de Bank van de Nederlandse Antillen tegen de heer Monte ingeroepen ‘ontbindende voorwaarde’, die hierin zou bestaan dat het dienstverband van een directielid als Monte eindigde als dat lid:

‘(...) konform artikel 18 lid 3 van het Centrale Bankstatuut 1985 door de Gouverneur wordt ontslagen (...)’

De Hoge Raad aanvaardde dat als rechtsgeldige ontbindende voorwaarde.<sup>20</sup> De argumentatie voor dat standpunt is krampachtig. De Hoge Raad stelt, in het licht van zijn eerdere – door hem in r.o. 3.7. genoemde – rechtspraak voorop dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Verder besteedt hij aandacht ‘aan de bijzondere aard van de functie’ en kent hij gewicht toe aan het feit dat de bank een publiekrechtelijk lichaam is, zodat geen opzegverbod van toepassing is. Dat alles is waar, maar zeker niet doorslaggevend en zelfs niet aansprekend. Duidelijk is dat aanstelling en ontslag van de directieleden van de bank onderwerp van besluitvorming door de gouverneur zijn, en dat het niet goed mogelijk is te onderscheiden tussen de publiekrechtelijke aanstelling als directielid en de daarmee verbonden arbeidsovereenkomst met de bank, evenmin als het in een wat andere verhouding mogelijk is al te scherp te (onder)scheiden tussen de vennootschaprechtelijke en de arbeidsrechtelijke positie van een directeur van een naamloze of besloten vennootschap. In die laatste situatie spreekt

20 HR 1 februari 2002, *JAR* 2002/45.

het, eufemistisch gezegd, niet aan om de arbeidsovereenkomst te zien eindigen door de ‘ontbindende voorwaarde’ van een aan de bestuurder gegeven vennootschapsrechtelijk ontslag. Men moet dan ook vrezen (of hopen) dat vooral sprake is van een gelegenheidsoplossing zonder echte precedentwaarde, ingegeven door het feit dat het resultaat waartoe de appèlrechter was gekomen, aanvaardbaar was, en wellicht met in het achterhoofd de onwenselijkheid om via een vernietiging in kennelijk gevoelig liggende politieke verhoudingen op de Antillen in te grijpen. Daarmee is het arrest vooral een illustratie van de wijsheid dat ‘hard cases make bad law’.

8. Naast de vijf onder 2 tot en met 7 besproken uitspraken telde mijn ‘foutenlijstje’ nog twee als ‘reserve’ te duiden uitspraken. In de eerste uitspraak nam de Hoge Raad aan dat een ontslag wegens een overgang nietig was, ook al ontbrak een daartoe strekkende bepaling in de Wet overgang ondernemingen én bleek uit de parlementaire behandeling dat de wetgever zo’n nietigheid achterwege had gelaten, omdat toch wel ontbinding geweigerd dan wel toestemming voor ontslag onthouden zou worden als er verband met de overgang was, waarbij de wetgever niet onder ogen gezien had dat een werknemer die wordt opgezegd zonder vergunning, niet steeds het aldus gegeven ontslag tijdig (binnen zes maanden) zal vernietigen.<sup>21</sup> Men kan dat zien als een fraai staaltje van richtlijnconforme interpretatie<sup>22</sup>, maar mij lijkt het meer het met een *legerdemain* aan het zicht onttrekken van een bewust gemaakte fout van de wetgever op een manier die eigenlijk niet kan, omdat de sanctie van nietigheid nu juist desbewust achterwege gelaten was. De zevende en laatste ‘foute’ uitspraak betreft de blijvend buiten de overheid gedetacheerde ambtenaar die daardoor zijn ambtelijke status verloor, maar daarvoor van de Hoge Raad een arbeidsovereenkomst met de private rechtspersoon waarbij feitelijk werd gewerkt, in de plaats kreeg.<sup>23</sup> Tegen die constructie, waarbij zelfs art. 6 EVRM te hulp geroepen werd, zijn tal van bedenkingen aan te voeren, maar het heeft weinig zin dat hier in den brede uit te meten, nu het arrest vooral een uitvloeisel was van opmerkelijke – zeg gerust: foute – rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep over (verlies van) de ambtenarenstatus, waarvan de Hoge Raad ken-

21 HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418, *JAR* 1996/29.

22 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, 2001, p. 155-156.

23 HR 20 juni 1997, *NJ* 1997, 626, *JAR* 1997/159.

nelijk geen afstand wilde nemen, en de Centrale Raad inmiddels op die rechtspraak is teruggekomen, zodat herhaling niet valt te verwachten.<sup>24</sup>

9. Wat is de aard van de fouten waaraan ik mij blijkens de vijf onder 3 tot en met 7 wat uitvoeriger behandelde uitspraken (een beetje) stoor? Het lijken mij vooral juridisch-technische gebreken, maar tegelijkertijd gebreken die getuigen van een zekere intellectuele gemakzucht. Zo had in het arrest over de proeftijd bij voorzetting als fulltimer kritischer moeten worden bezien wat er nu al dan niet in taken en verantwoordelijkheden van de taxichauffeur wijziging onderging, en zou in de zaak betreffende de overgang van de werknemer die niet mee wilde naar Grouw, niet zo ‘kort door de bocht’ mogen zijn aangenomen dat het verzet van de werknemer niet (slechts) werk op de nieuwe locatie, maar (ook) de nieuwe werkgever betrof. In de zaak betreffende de vergoeding van inkomensschade na een ontbinding wegens een dringende reden is de ‘fout’ vooral dat de argumentatie al te zeer werd toegespitst op de zich voordoende, zeer specifieke situatie, maar die fout is enigszins te begrijpen, als men aanneemt dat de vrees van de Hoge Raad vooral was anders de sluisen voor schadeclaims al te zeer open te zetten. In de zaak van de functiewijziging van de taxichauffeur was de fout veeleer het tegendeel, nu daarin plompverloren een geheel nieuw criterium werd geïntroduceerd dat door de ruimte die het de werkgever laat, niet goed lijkt te passen in wat normaliter, in en buiten het arbeidsovereenkomstenrecht, nodig is om tot eenzijdige contractwijziging te kunnen komen. Bij de zaak van de Bank van de Nederlandse Antillen is het moeilijk zich aan de indruk te onttrekken dat de Hoge Raad een – vooral door toedoen van partijen – ongelukkig gemotiveerd, maar op zichzelf juist resultaat in stand wilde laten, en zich gedwongen voelde dat te doen door de gebreken van de gebezigde constructie van een ontbindende voorwaarde ‘weg te praten’. Het is, al met al, het soort fouten dat vooral aantoont dat ook in de hoogste rechtspraak perfectie niet valt te bereiken, maar geen fouten om lang wakker van te liggen.

24 Zie voor een overzicht E.L. Pasma, ‘De gedetacheerde ambtenaar: een juridische soap’, *ArbeidsRecht* 2001, 58.

## 2 De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse

Mr. E.H. van Staden ten Brink\*

### 2.1 Inleiding

Het klassieke patroon van de cassatierechtspraak wordt gevormd door het verschil tussen het recht en de feiten. Iets meer *sophisticated* is het onderscheid tussen de zuiver juridische beslissingen aan de ene zijde van het spectrum, in het midden de gemengde beslissingen en aan de andere kant de feitelijke beslissingen. Zo staat het vanouds in Veegens<sup>1</sup>, en sinds kort in Asser<sup>2</sup>.

Zo doen wij het ook in de adviespraktijk. Negatieve adviezen worden zo gemotiveerd. Gaat het om een rechtsbeslissing, dan zeggen wij dat het oordeel van het hof juist is. Gaat het om een feitelijke beslissing, dan is het oordeel feitelijk en voldoende gemotiveerd. Gemengde beslissingen moeten gevorkt worden gesauveerd: het oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en het is voldoende gemotiveerd.

Dit zijn basiswaarheden, de spelregels. Als dit evenwel *helemaal* waar zou zijn, zou de Hoge Raad geen enkele speelruimte hebben. Het is dan ook niet helemaal waar. De ijzeren regels zijn niet van ijzer; zij dienen als opium voor het juridische voetvolk.<sup>3</sup>

In de adviespraktijk *speel je Hoge Raad 'by proxy'*. Ik zeg u wat ik *denk* dat de Hoge Raad zal gaan doen. Meestal gaat dat inderdaad langs de traditionele lijnen. Maar niet altijd. Zie bijvoorbeeld de 'misbruik van omstandigheden'-zaak: een oude dame die periodiek in een gezin gezelligheid tankt en daarna steeds weer naar haar vrijgezellenflat in Amsterdam wordt verbannen. Onder invloed van die repeterende cyclus verstrekte zij schenkingen en leningen aan haar 'weldoeners'. Mijns inziens vergt het een zuiver feitelijke beoordeling of dat nu misbruik van omstandigheden was, of niet. Toch was

\* Mr. E.H. van Staden ten Brink is advocaat te Den Haag.

1 Veegens, *Cassatie in Burgerlijke Zaken*, 1989, par. 102-105.

2 W.D.H. Asser, *Civiele Cassatie*, 2003, par. 4.7.3.1-4.7.3.4.

3 Variatie op stelling nr. 4 bij Bruinsma's proefschrift *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, 1988.

het voor mij vanaf het begin duidelijk dat die zaak *op zuiver feitelijke gronden* zou slagen.<sup>4</sup> Of neem de vraag of uit een deskundigenbericht van Londense experts genoegzaam bleek dat de verzekerde boer zelf zijn schuur in de brand heeft gestoken. Is er iets feitelijker dan dat? De Hoge Raad vernietigde.<sup>5</sup>

De geharnaste formuleringen die de Hoge Raad gebruikt bezig ik, als loodsmannetje van de Hoge Raad<sup>6</sup>, natuurlijk ook. En daarbij valt mij steeds weer op hoeveel er eigenlijk kán, als men maar wil. En ook valt mij – nóg frequenter – op hoe gemakkelijk men zich aan iets kan onttrekken, als men niet wil. Schijn en werkelijkheid dekken elkaar niet. De geharnaste formuleringen lijken onwrikbaar, maar zijn dat niet.

‘Other materials, like steel, have tremendous elasticity, more than rubber, but in a range in which, unless you’re working with large mechanical forces, the elasticity isn’t apparent.’<sup>7</sup>

Hoe gaat de Hoge Raad daarin te werk? Hoe handelt hij bij desinteresse (de vraag of een bepaalde relatie een arbeidsovereenkomst is)? Wat doet hij als hij écht iets wil veranderen (de positie van de Hoge Raad bij arbeidsongevallen)? En hoe laveert hij tussen de belangen van werkgever en werknemer in het geval van een ontslag op staande voet?

## 2.2 Is er een arbeidsovereenkomst? De Hoge Raad is *not interested*

Vroeger had de Hoge Raad hier wel belangstelling voor. Het betreft typisch een gemengde beslissing. ‘Arbeidsovereenkomst’ is in beginsel weliswaar een juridisch begrip, maar het vereist een aanzienlijke mate van waardering van de feiten, om te zien of het feitencomplex tot een arbeidsovereenkomst leidt.

4 Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 243.

5 Zie HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 85.

6 Een loodsmannetje (*naucrates ductor*) is een vis, die in scholen haaien, duivelsroggen, zeeschildpadden en schepen vergezelt. De vis profiteert van de beschermende nabijheid van dieren en mensen en eet hun voedselresten.

7 R.M. Pirsig, *Zen and the art of motorcycle maintenance*, p. 291.



Zie twee belastingzaken uit 1934 (*Bouwmeester revue/Buziau en Nieuwenhuizen/Scala-artisten* m.nt. Meijers; HR 5 december 1934, *NJ* 1934, p. 1677 en 1679). De Hoge Raad overweegt in het laatste geval gewoon dat de aard van een overeenkomst als de onderhavige het geven van aanwijzingen impliceert en dus een arbeidsovereenkomst is. Het deert de Hoge Raad van 1934 kennelijk niet in het minst, dat de uitleg van een overeenkomst naar haar aard feitelijk is. De Hoge Raad begeeft zich in een uitleg van de contractuele verhouding en gebruikt de uitkomst daarvan niet alleen om de beslissing van de Eerste Rechter in stand te houden, maar ook (*Scala-artisten*) om te vernietigen!

Hetzelfde geldt voor de actrice tegen het gezelschap J. Kaart, HR 11 november 49, *NJ* 1950, 140. Ook hier gaat de Hoge Raad zeer diep op de aard van de overeenkomst in, en vernietigt ,omdat er volgens hem wél sprake van een arbeidsovereenkomst was.

Leerzaam is ook het arrest van de *Stripteasedanseres* (HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 79). Die stripteasedanseres moet wel wat geweest zijn want de politie maakte bezwaar tegen haar optreden, hetgeen leidde tot ontslag op staande voet. De Hoge Raad liet de stripteasedanseres in de kou staan. De exploitant Claridge had immers geen enkele zeggenschap over de wijze waarop Marty (zo heet zij) haar *act* uitvoerde.

In later jaren lijkt het echter alsof de Hoge Raad zijn belangstelling voor de materie heeft verloren. De Hoge Raad voert geen enkele inhoudelijke toetsing meer uit. Mr. Duk probeert het met *Brouiller/Volksuniversiteit*, HR 11 november 1988, *NJ* 1989, 173 (1988). Mr. Duk wordt naar huis gestuurd met niet veel meer dan een woordenspel. Mij vergaat het niet beter. Zie *Groen/Schoevers*, HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149. In het arrest over de imam (HR 17 juni 1994, *NJ* 1994, 757) was gesteld, dat de imam zijn godsdienstige werkzaamheden naar eigen goeddunken verrichtte. Akkoord, zegt de Hoge Raad, maar: dat sluit niet uit, dat met betrekking tot andere aspecten van de arbeidsovereenkomst sprake is van een gezagsverhouding, een van de kenmerken van een arbeidsovereenkomst. Ik wil het graag aannemen, maar dat was bij de stripteasedanseres ook het geval: die moest zich bijvoorbeeld richten naar de tijden bepaald door de *uitbater* Claridge. En ook de leraren Brouiller en Groen konden, zo neem ik aan, niet maar les gaan geven wanneer en op de wijze waarop zij daar zin in hadden.

Kennelijk interesseert het onderwerp de Hoge Raad niet meer. Dan wordt er een muur van desinteresse gebouwd. Alles wordt feitelijk en in cassatie onaantastbaar. Denk je. Maar dan komen opeens de

motelzangeressen, HR 08 mei 1998, *NJ* 2000, 81. De Hoge Raad overweegt (vernietigend) dat de rechtbank alleen maar heeft vastgesteld dat de werktijden contractueel zijn vastgelegd. Dat is niet genoeg, aldus de Hoge Raad: voor het aannemen van een gezagsverhouding ‘zou tenminste vereist zijn dat de exploitant enigerlei zeggenschap had bedongen over de wijze waarop de zangeres haar werkzaamheden op die overeengekomen tijden diende te verrichten’. En dan begrijp ik het verschil tussen de imam enerzijds en de motelzangeressen en de stripteasedanseres anderzijds niet meer. Dat wil zeggen – men moet voorzichtig zijn in deze dagen – ik begrijp dat verschil *in thesi generale* wel, maar niet in arbeidsrechtelijk opzicht.

### 2.3 Stokpaarden/de Hoge Raad als activist

De Hoge Raad heeft stokpaarden op velerlei terrein. Vrouwen in een zogenaamde klassieke situatie met betrekking tot hun alimentatie.<sup>8</sup> Of jongetjes die door vrachtauto's worden aangereden. Minder dramatisch: de prognoseleer, het recht op tegenbewijs, de al of niet bestaande noodzaak van incidenteel appèl, de omkeringsregel. In arbeidszaken was het arbeidsongeval zo'n stokpaard.

Dat is niet altijd zo geweest. Er was tot eind jaren tachtig voornamelijk sprake van desinteresse. Zie de uiterst gevaarlijke machine in HR 10 juni 1983, *NJ* 1984, 20. Of het arrest *Dirmik/Van Nelle Lassie*, HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 533. Van Dunné overgiet dat laatste arrest met de fiolen van zijn toorn: ‘Ik zie niet in, waarom in zo'n verwarrende situatie het geven van contra-informatie door een andere werknemer niet voor rekening zou moeten komen van de werkgever, Lassie.’<sup>9</sup>

Kort daarna zet de kentering in.<sup>10</sup> Naast verscherpte motiverings-eisen (van uitspraken, waarbij de werkgever in het gelijk wordt gesteld deugt niet veel meer) komt er een veelheid van technische trucjes.

- Stelplicht en motivering. Zie het arrest van HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 426: de werknemer hoeft niet precies de toedracht van

8 Hier is volgens mij een ‘draai’ te constateren. Vgl. HR 5 september 2003, *NJ* 2003, 618.

9 *Verbintenissenrecht* deel 2, p. 750.

10 En passant wijs ik even op de tragiek besloten in het leven van een advocaat, die begint als werknemersadvocaat en vervolgens een praktijk van werkgevers krijgt.

het ongeval te stellen. De rechtbank heeft onvoldoende gemotiveerd, waarom hier niet aan de stelplicht was voldaan. Dit is door de wetgever overgenomen.

- Oprekken aansprakelijkheid voor arbeidsongeval. Onder omstandigheden is er aansprakelijkheid voor ongeval, ook als niet aan de vereisten van art. 7A:1638 x/art. 7:658 is voldaan. Zie HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253. Overigens nog in HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 het tegendeel. Zie anderzijds de in elkaar geslagen reclasseringswerker, HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534. ‘Bekend, specifiek en ernstig gevaar.’ Dit is zuiver een kwestie van keuzes maken.
- Hulppersonen. Vergelijk de ‘handige tip’ van Dirmik. Luttele jaren later zijn de mensen op de werkvloer opeens hulppersonen, voor wie de werkgever aansprakelijk is, ook als zij géén handige tips geven. Zie HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716; HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45 (zoon hulppersoon van vader).
- De omkeringsregel. Aloud, wijdverbreid. Bij arbeidsongevallen al in HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453 (*Windmill*) en HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420.
- Verzwaarde stelplicht van de werkgever. Speciaal in zijn ‘domein’; zeer bekende methode. Ook bijvoorbeeld bij medische zaken/merkwaken (non-usus)/auteursrecht (ontlenen); informatiebureau. Zie bijvoorbeeld HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687.
- Eisen van rapportage. Niet voldoen hieraan is voor de Hoge Raad reden om bewijslast om te draaien. Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687 (*Power/Ardross*) en HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45. Is ook in medische zaken wel zo gebruikt (geen operatieverslag: dokter bewijslast). Opmerkelijk is, dat de Hoge Raad nu, na invoering van art. 7:658, het vereiste weer overboord heeft gezet, HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 252. De bewijslastomkering maakt overigens school. Ik heb mij laten vertellen dat de CGB in het geval van een groenteman die een mannelijke knecht had aangenomen, van een vermoeden van discriminatie uitging, omdat er geen sollicitatieprotocol voorhanden was. De groenteman mocht nog wel tegenbewijs leveren. Of is dit een *bad joke*?
- Inkrimpen van de uitzondering. Die uitzondering was: overmacht of grove schuld. De Hoge Raad maakte daar al opzet of bewuste roekeloosheid van. Maar dat was nog niet genoeg voor Pollemans (HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198). Deze liep steeds over een onveilig dak, waartegen baas en collega’s hem veelvuldig hadden gewaarschuwd. Pollemans wuifde dat weg (‘ik ben maar een klein

mannelijke'). Eenmaal er doorheen gezakt en gewond vertelden kantonrechter en rechtbank Pollemans, dat het zijn eigen schuld was. De Hoge Raad dacht er echter anders over. De werkgever had Pollemans, kort voordat hij het dak opging, wéér moeten waarschuwen en hem van het gevaar moeten doordringen en dat was hier niet het geval geweest.

Sinds kort heeft de Hoge Raad, kennelijk omdat de wetgever het punt geregeld heeft, zijn handen weer van het onderwerp afgetrokken. Wie bijvoorbeeld in HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003, 175, HR 16 mei 2003, *NJ* 2003, 176 en HR 12 september 2003, *NJ* 2003, 177 leest dat een werkgever niet behoeft te waarschuwen voor een vlijmscherp mes, dat het van de omstandigheden afhangt of de werkgever de gevaren moet inventariseren en mocht afgaan op de hem door de opdrachtgever verstrekte informatie gelooft zijn oren niet.<sup>11</sup> Zelfs verwijst de Hoge Raad naar zijn oude arresten. Volgens mij had Pollemans, als hij nu bij de Hoge Raad gekomen zou zijn, het dak op gekund.

## 2.4 Ontslag op staande voet; de Hoge Raad als wetgever

Hier is de Hoge Raad veel voorzichtiger. Het belang van de werkgever wordt hier behoorlijk meegewogen. Het ontslag op staande voet is bijna altijd een gemengde beslissing. Op klachten van de Hoge Raad over zijn werkdruk zou een kwaadwillende de tegenwerping kunnen maken: u creëert uw werkdruk zelf. Vroeger was een ontslag op staande voet bijna nooit toetsbaar; de daaruit voortvloeiende jurisprudentiële wildgroei maakte het wenselijk om daar iets aan te doen. Maar hoe? Ook hier slagen motiveringsklachten sneller, dan in gewone zaken. De Hoge Raad beschouwt een beslissing over ontslag op staande voet als een belangrijke beslissing, die behoorlijk moet worden gemotiveerd. Maar daarmee kan niet worden volstaan en ook hier wordt de techniek te hulp geroepen.

- Bewijslastverdeling. Zie bijvoorbeeld de afdracht van aan de werkgever behorende gelden. Op de werkgever rust de bewijslast, dat de werknemer het geld niet heeft afgedragen, niet alleen voor het ontslag op staande voet, maar ook voor de aanzuivering van

11 In alle zaken kwamen de A-G's dan ook feilloos – en begrijpelijk – uit op een niet-gevolgde conclusie tot vernietiging!

het tekort. HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 665 (*Z/Boekhandel De Tille; what's in a name?*) en HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 440 (*N/Tribulet*). Bij ziekte geldt hetzelfde. De werkgever moet bewijzen dat de werknemer arbeidsgeschikt was, HR 13 januari 84, *NJ* 1984, 371 en HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 83. Diep in de feiten duikt HR 19 september 1980, *NJ* 1981, 131: niet aanhoren van bezwaren leidt niet automatisch tot nietigheid van het ontslag, maar de bewijslast verspringt dan wel.

- Verzwaarde stelplicht. Soms, zie HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 339. Het betreft hier weer de bekende 'domeintheorie' en het gaat om de verklaring van de Caisse Nationale enz., die de werknemer uit het thuisland Marokko moest meenemen. De Hoge Raad overweegt dat de werknemer precies moet stellen, wat hij ter verkrijging van die verklaring heeft gedaan en dat die verplichting zwaar weegt.

Het zwaarste wapen dat de Hoge Raad hier heeft is echter de invulling van het begrip 'ontslag op staande voet' met zogenaamde subregels.

- Harde subregels. Daar is de Hoge Raad zuinig mee. Ontslag op staande voet nooit wegens weigering overwerk, waardoor de Arbeidstijdenwet wordt overtreden, HR 6 april 1979, *NJ* 1979, 492. Wegblijven na een arbeidsgeschiktverklaring levert alleen een reden voor ontslag op staande voet op als de werknemer écht beter is, zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1984, *NJ* 1984, 371.

De Hoge Raad houdt echter, begrijpelijk, meer van regels met een escape. Het uitlokken van een faillissement is in het algemeen geen reden voor ontslag op staande voet; HR 21 februari 1969, *NJ* 1969, 261. Het verzwijgen van een kwaal alleen indien de werknemer had moeten begrijpen, dat de kwaal hem arbeidsongeschikt maakte, HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507. Ontslag op staande voet wegens niet uitgevoerde opdracht (emmertje water) kan, ook al zijn er fysieke beperkingen, maar weer niet, als de werknemer van die fysieke beperkingen mededeling heeft gedaan. Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 513. Handelen in strijd met een nietig beding (afdracht foaien aan werkgever) is slechts onder bijzondere omstandigheden reden voor ontslag op staande voet (HR 8 oktober 1993, *NJ* 1994, 188).

Daarnaast zijn er vuistregels, niet meer dan gezichtspunten, die de rechter bij de beoordeling in acht moet nemen (bijvoorbeeld hiervoor al genoemd: letten op wat de werknemer zegt over het verkrijgen van een verklaring) én er zijn omstandigheden waarvan zelfs de Hoge Raad wegens hun vaagheid geen (eetbare) chocola weet te maken

(bijvoorbeeld het verlies van vertrouwen, zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 506).

De Hoge Raad is soms ronduit balsturig. De door de Hoge Raad ontwikkelde theorie is, dat een ontslag op staande voet moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval; ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.<sup>12</sup> Dat maakt het geven van ontslag op staande voet wel tot een heel lastige en riskante zaak want wat weet een werkgever van de problemen van zijn werknemer?<sup>13</sup> Toch hakte de Hoge Raad snel door een zaak heen, waarin de werknemer wegens herhaald verzuim in verband met alcoholisme op staande voet werd ontslagen.<sup>14</sup> De gevolgen werden niet onderzocht, evenmin of het overmatig gebruik van alcohol aan de werknemer kon worden toegerekend. Soms is de natuur strenger dan de leer.

## 2.5 Besluit

De Hoge Raad is geen orakel van Delphi. Sommigen willen dat. De hoogleraren Asser, Vranken en Groen pleiten in hun recente bezinning over ons ‘procesrecht’ dat de Hoge Raad een deel van zijn rechtsbeschermende taak inlevert, om zich meer op zijn rechtsvormende taak toe te leggen. Mijns inziens moet men daar erg voorzichtig mee zijn. De Hoge Raad levert daarmee een groot deel van zijn vrijheid in en wordt dan meer een wetenschappelijk instituut en minder een échte rechter. Hij verliest daardoor ook een belangrijk deel van zijn frisheid.

De Hoge Raad *lijkt* geen normale rechter door de schijnbaar ondoordringbare entourage waarmee hij zich omringt. Maar als u daaronder kijkt, ziet u een college behept met de grilligheid, de stokpaarden en de inconsequenties, die de rechtspraak nu eenmaal eigen is, omdat zonder dat de behoefte aan vastigheid zich niet laat combineren met het postulaat van de individuele gerechtigheid.

Moge het nog lang duren voordat daar verandering in komt.

12 HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643 en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190.

13 Zie hierover – anders – Sagel en Verhulp in deze bundel.

14 HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 560.

### 3 De ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht en de invloed van het procesrecht

*Mr. A.G. Castermans\**

1. Welke bijdrage heeft de Hoge Raad geleverd aan de ontwikkeling van het recht op gelijke behandeling? In haar onderzoek naar de rechterlijke toetsing van het gelijkheidsbeginsel toont Gerards aan dat in de rechtspraak van de Hoge Raad nauwelijks een duidelijk omlijdend toetsingsmodel kan worden teruggevonden.

‘De oorzaak hiervan is vooral gelegen in de zeer summiere en vaak ondoorzichtige motivering van de arresten: de Hoge Raad expliciteert hoogst zelden de criteria die worden gehanteerd en volstaat vaak met een kort en tamelijk cryptisch oordeel, waarin lang niet altijd duidelijk wordt welke overwegingen nu precies tot het bereikte resultaat hebben geleid.’<sup>1</sup>

Terecht signaleert zij dat de mogelijkheden van de Hoge Raad beperkt zijn. Het staat de Hoge Raad niet vrij feiten vast te stellen en bovendien is hij gebonden aan wat partijen hem voorleggen. Zij bepalen in belangrijke mate de omvang van de rechtsstrijd. Indien in cassatie niet of niet op goede gronden wordt geklaagd over de normen die de feitenrechter heeft gehanteerd, zal de Hoge Raad ter zake weinig kunnen betekenen.

Het terrein van de gelijke behandeling kent nog een andere beperking: als het aankomt op rechtsontwikkeling, zal de richting in de regel door het Hof van Justitie in Luxemburg moeten worden gewezen. De verwachtingen van de bijdrage van de Hoge Raad aan de ontwikkeling van het recht op gelijke behandeling dienen dan ook bescheiden te zijn.

De vraag die ik hier zal beantwoorden luidt daarom niet welke bijdrage de Hoge Raad heeft geleverd aan de ontwikkeling van het recht op gelijke behandeling, maar: welke bijdrage kon hij leveren? Ik zal

\* Mr. A.G. Castermans is voorzitter van de Commissie gelijke behandeling.

1 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), 2002, p. 539.

het antwoord geven aan de hand van een aantal zaken over gelijke behandeling op het terrein van de arbeid.

2. Verschillende arresten hebben betrekking op gelijke beloning van mannen en vrouwen voor arbeid van gelijke waarde. Soms blijft een geschil al in feitelijke instantie hangen op processuele strubbelingen, zoals de stelplicht en bewijslast ter zake van de eis van gelijke of gelijkwaardige arbeid.<sup>2</sup> Een andere keer komt het materiële recht aan bod. Zo volgde de Rechtbank 's-Gravenhage de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid in haar advies dat de functies 'medewerker huishoudelijke dienst' (bij de Sint Bavo in Noordwijkerhout bekleed door vrouwen) en 'medewerker schoonmaakdienst' (bij dezelfde werkgever bekleed door mannen) van nagenoeg gelijke waarde waren, en dat de functies daarom gelijk dienden te worden beloond. Tegen dit oordeel richtte de Sint Bavo verschillende rechtsklachten. Een daarvan had betrekking op de achtergrond van het beloningsverschil en de gelijke toegang tot de twee functies. De rechtbank zou hebben miskend dat de desbetreffende regeling sekseneutraal is en dat de regeling tot stand is gekomen in overeenstemming met werkgevers- en werknemersorganisaties. Het onderdeel moest falen, aldus de Hoge Raad:

'De Rb. heeft vastgesteld dat Gielen een lager loon ontving dan een werknemer van de andere kunne als medewerker schoonmaakdienst voor arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde placht te ontvangen. Daarvan uitgaande heeft de Rb. terecht – immers in overeenstemming met de strekking van de WGL en met de in de conclusie van het OM onder 4 genoemde passages uit (de parlementaire geschiedenis) – geoordeeld dat voor de toewijsbaarheid van de door Gielen op art. 2 WGL gegronde vordering niet ter zake doet dat dit verschil in beloning (...) daarop valt terug te voeren dat die werknemer is ingeschaald in een functie (medewerker schoonmaakdienst) die om historische redenen hoger is gewaardeerd dan die van Gielen (medewerker huishoudelijke dienst), noch dat beide functies openstaan voor zowel mannen als vrouwen, terwijl binnen die functies vrouwen en mannen gelijkelijk worden beloond' (r.o. 3.3).<sup>3</sup>

2 HR 25 februari 2000, *JAR* 2000/83 en HR 12 april 2002, *NJ* 2002, 411 met kritische noot van Koopmans en instructieve conclusie van A-G Keus over de mogelijkheden om te voldoen aan de bewijslast (onderdelen 2.7 e.v.).

3 HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698, m.nt. EAA.



Aldus koos de Hoge Raad ervoor de toetsing toe te spitsen op het verschil in beloning van werk van nagenoeg gelijke waarde, in plaats van belang toe te kennen aan de mogelijke achtergronden van het geschil. Een helder signaal met het oog op de toepassing van de wet.

Dat signaal kon worden gegeven, omdat de Hoge Raad diende te beslissen over een rechtsklacht. De Hoge Raad interpreteert dan zowel de bestreden uitspraak als het cassatiemiddel, zodat hij ruimte heeft een eigen koers uit te zetten. Een andere vraag is hoe groot de ruimte is om werkelijk een andere keuze te maken. Er waren immers internationale normen in het geding, die de Hoge Raad – naar het oordeel van annotator Alkema – overigens te weinig tot gelding liet komen.

3. Ook rechtsklachten kennen beperkingen. Zo blijkt uit de zaak van de bisschop van 's-Hertogenbosch, die weigerde mevrouw Van Asseldonk toe te laten tot de opleiding tot diaken. De Commissie gelijke behandeling en vervolgens het Hof 's-Hertogenbosch waren van oordeel dat de vrijheid om het geestelijk ambt slechts open te stellen voor mannen is voorbehouden aan het kerkgenootschap. Wie een beroepsopleiding voor een geestelijk ambt in stand houdt, mag op grond van zijn levensbeschouwing in verband met de vrijheid van godsdienst en de daarmee samenhangende vrijheid van inrichting onderscheid maken (art. 5 lid 3 WGB).

Mevrouw Van Asseldonk bestreed dit oordeel in cassatie met een rechtsklacht. Het oordeel zou in strijd zijn met art. 2 lid 2 van de richtlijn van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (nr. 76/207/EEG). Volgens die bepaling vormt de richtlijn geen belemmering voor de bevoegdheid van de lidstaten beroepsactiviteiten van de toepassing van de richtlijn uit te sluiten en, in voorkomend geval, de hiervoor noodzakelijke opleidingen, waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is.

Of art. 5 lid 3 WGB richtlijnconform was, was niet geheel duidelijk. Advocaat-generaal Vranken betoogde dat de bepaling in 1989 opnieuw is geformuleerd, naar aanleiding van een advies van de EG-commissie van 20 mei 1983. De gewijzigde tekst was geen aanleiding voor nader advies. Vranken zag dan ook geen aanleiding te veronderstellen dat de bepaling niet deugde.<sup>4</sup> Annotator Alkema daaren-

4 In par. 30 van zijn conclusie voor HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330, m.nt. EAA.

tegen stelde de vraag of diaken een beroepsactiviteit is in de zin van art. 2 lid 2 van de richtlijn en of de uitzonderingsgrond niet strikt moet worden uitgelegd.

De Hoge Raad hield zich uitdrukkelijk op de vlakke. Hij overwoog dat uit art. 5 lid 3 WGB onmiskenbaar voortvloeit dat de bisschop de vrijheid heeft mevrouw Van Asseldonk niet tot de diakenopleiding toe te laten. Gegeven deze uitleg van de wetbepaling staat het de rechter naar het oordeel van de Hoge Raad niet vrij – ook al zou moeten worden aangenomen dat deze uitleg niet geheel overeenstemt met de strekking van de richtlijnbeepaling – het voorschrift terzijde te stellen op grond van zijn verplichting de nationale wet zo veel mogelijk richtlijnconform uit te leggen.

Waarom liet de Hoge Raad in het midden of art. 5 lid 3 WGB richtlijnconform is? Hij dichtte zichzelf de ruimte niet toe. Richtlijnconforme interpretatie vereist dat het nationale recht voldoende aanknopingspunten biedt voor zo'n uitleg.<sup>5</sup> Art. 5 lid 3 WGB plaatst geestelijke ambten uitdrukkelijk buiten de reikwijdte van de wet en daarmee houdt het voor de nationale rechter op.

4. De inschaling van werknemers op basis van het laatstgenoten salaris, zonder rekening te houden met relevante ervaring, levert een verboden onderscheid op. Zij benadeelt immers vrouwen die tijdelijk hun werk hebben onderbroken. In een van de eerste 'herintreders-uitspraken' overwoog de kantonrechter wanneer sprake is van indirect onderscheid: in het geval dat weliswaar formeel een gelijke behandeling van man en vrouw plaatsvindt door middel van op zichzelf niet aan geslacht verbonden criteria, indien deze criteria een nadelig effect hebben voor een van de beide geslachten en voor het hanteren van die criteria geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Een rechtvaardiging voor het – louter – aanknopen bij het laatstgenoten salaris kan niet gelegen zijn in het voorkomen dat iemand die in dienst treedt, in vergelijking met zijn in zijn vorige baan verdiende salaris achteruitgaat. De rechtbank nam dit over.

De werkgever klaagde in cassatie over de onjuistheid en onbegrijpelijkheid van dit oordeel, omdat de gepresenteerde maatstaf in de onderhavige zaak niet kón werken: de betrokken vrouw was vóór de onderbreking van twaalf jaar kleuterleidster; na een studie pedago-

5 HvJ EG 13 november 1990, *Jur.* 1991, 4135, *Marleasing*; zie hierover uitgebreid M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden) 2001.

giek trad zij in 1981 in dienst in een functie die paste bij de studie. Zou zij als kleuterleidster tot 1981 hebben doorgewerkt, dan zou zij haar laatstgenoten salaris nog steeds lager zijn geweest dan het toegekende aanvangssalaris in de nieuwe functie. De Hoge Raad:

‘Het middel faalt. Niet kan worden gezegd dat de door de Ktr. en de Rb. gebezigde formulering van de (...) maatstaf op zichzelf blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin kan worden gezegd dat de Rb. enige uitdrukkelijk en zonder voorbehoud genomen beslissing heeft gegeven, waaruit blijkt dat de Rb. bij de uitwerking of toepassing van die maatstaf van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. Daarbij is mede van belang dat blijkens het voorgaande het hoger beroep is ingesteld, toen bij de Ktr. de mogelijkheid van aanvulling van de feitelijke stellingen nog openstond en derhalve nog niet vaststond op welke feiten de voormelde maatstaf precies zou moeten worden toegepast.’<sup>6</sup>

De Hoge Raad volgde uitdrukkelijk de door de lagere rechter ingeslagen weg. Onbeantwoord liet hij de in het cassatiemiddel besloten vraag of het juist is dat het laatstgenoten salaris als criterium kan dienen, indien het vóór de onderbreking genoten salaris gedurende de onderbreking niet zou zijn uitgestegen boven het toegekende aanvangssalaris in de nieuwe functie.

Hierover zijn in de afgelopen jaren verschillende procedures gevoerd. Zo maakte de Kantonrechter in Eindhoven uit dat de vrouw die stopte met werken als secretaresse om haar kinderen te verzorgen en tijdens de onderbreking studeerde, moet worden vergeleken met een man die door studie naast zijn werk binnen zijn maatschappelijke loopbaan een sprong maakt vanuit het ene naar het andere, hoger betaalde beroep. Aangezien bleek dat het salarisniveau van de vrouw niet verschilde van anderen die op latere leeftijd een studie met succes hebben afgerond en nadien een beter gesalarieerde functie hebben aanvaard, was er geen sprake van onderscheid.<sup>7</sup>

6 HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 730, m.nt. EAA. Niet van belang of de verschillen voortvloeien uit een overgangsregeling die beoogt de verschillen te zijner tijd te laten verdwijnen; A-G Koopmans voor HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 435 onder 5, met verwijzing naar HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689. Zie ook HvJ EG 27 oktober 1993, *JAR* 1993/248.

7 Zie onder meer Ktr. Eindhoven 8 juni 2000, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2000, p. 507.

Een uitspraak van de Hoge Raad in 1988 op dit punt zou de procedure in Eindhoven wellicht overbodig hebben gemaakt. De feitenrechter behoefde op dit punt evenwel nog feitelijke informatie, zo bleek uit het tussenvonnis van de kantonrechter. Dan is het niet aan de Hoge Raad vooruitlopend op die feiten een uitspraak te doen.

Hetzelfde lot trof een parttime werkend ondernemingsraadlid. Zij stelde ten gevolge van haar raadswerk niet volledig aan haar eigen werk toe te komen en vroeg daarom in rechte uitbreiding van de werktijd of uitbetaling van de extra gewerkte uren. Eerst in cassatie legde zij hieraan ten grondslag dat er sprake was ongelijke behandeling van mannen en vrouwen, omdat het veelal vrouwen zijn die parttime functies vervullen.<sup>8</sup> De Hoge Raad liet het onderwerp buiten behandeling, omdat het eerder geen deel uitmaakte van de rechtsstrijd. De bescherming tegen ongelijke behandeling moet derhalve in feitelijke instanties worden ingeroepen.

5. Maar de Hoge Raad laat zich niet altijd leiden door de procesrechtelijke beperkingen. Dit blijkt uit het volgende arrest.

Als twee werknemers werk van verschillende waarde verrichten, mogen zij verschillend worden beloond. Dit wordt anders, indien komt vast te staan dat de beter gehonoreerde baan niet voor vrouwen openstaat. Zo wisten de KLM-stewardessen hun pensioenaanspraken ondergebracht bij het ABP, terwijl de mannelijke hofmeesters en assistent-pursers waren verzekerd bij het – gunstigere – Vliegend Fonds (PVP). De rechtbank meende dat deze situatie onbillijk was in het licht van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, maar dat dit in de onderhavige zaak in het kader van een beroep op art. 119 EG-Verdrag niet met terugwerkende kracht ongedaan kon worden gemaakt. Een hiertegen gerichte rechtsklacht – overigens in de vorm van een motiveringsklacht verpakt – slaagde, aldus de Hoge Raad:

‘Blijkens het arrest van het HvJ EG van 8 april 1976 in de zaak *Defrenne* kan op de rechtstreekse werking van art. 199 EG-Verdrag geen beroep worden gedaan ter staving van loonaanspraken voorafgaand aan de dag waarop dit arrest is uitgesproken. Voor pensioenaanspraken is een verdere beperking in de tijd aange-

8 Een relevante kwestie; zie WOR (Van der Heijden), art. 17, aant. 3; CGB, onderdeel nr. 98-04.

bracht door voormeld arrest *Barber*, zoals verduidelijk in HvJ EG 6 oktober 1993, zaal C-109/91 (*Ten Oever*), *Jur.* 1993, p. I-4879 (*NJ* 1994, 714). Deze beperking geldt evenwel niet voor het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling, zoals volgt uit de genoemde arresten *Vroege* en *Fischer*. De kantonrechter heeft een en ander terecht in acht genomen (...).

De rechtbank daarentegen heeft, na in haar bestreden overweging te hebben doen uitkomen dat het “automatisme” waarmee bij KLM destijds vrouwelijke leden van het cabinepersoneel werden uitgesloten van de wel voor mannen toegankelijke, hiërarchisch hogere functies van hofmeester en assistent-purser, in het licht van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen onbillijk is, ten onrechte nagelaten aan deze door haar geconstateerde onbillijkheid de slotsom te verbinden dat de uit bedoeld “automatisme” voortvloeiende ontoegankelijkheid voor stewardessen van de gunstiger pensioenregeling van het PVP wel degelijk in het kader van een beroep op art. 119 ongedaan kan en moet worden gemaakt met terugwerkende kracht tot 8 april 1976. Anders dan de rechtbank klaarblijkelijk heeft aangenomen, staat aan die slotsom niet in de weg dat de door Bos beklede functie niet (geheel) gelijkwaardig was aan die van de hiërarchisch hoger geplaatste hofmeesters en assistent-pursers: vorenbedoeld “automatisme”, dat hiervan de oorzaak was, was immers op zichzelf in strijd met het bepaalde in art. 119 neergelegde beginsel’ (r.o. 3.4).<sup>9</sup>

De Hoge Raad trok zich dus weinig aan van de formulering van het cassatiemiddel en nam de ruimte voor een oordeel over de gevolgen die de rechtbank had moeten verbinden aan de constatering dat sprake was van ‘onbillijke’ ongelijke behandeling. Daarbij leunde hij geheel en al op de in Luxemburg ontwikkelde lijn.

6. Eenzelfde vrijmoedigheid blijkt uit de arresten over de vraag of de verplicht vervroegde pensionering van vliegers leeftijdsdiscriminatie oplevert.<sup>10</sup> De Hoge Raad oordeelt althans dat drie onderdelen van het cassatiemiddel voor een gedeelte de van een cassatiemiddel te

9 HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 398, m.nt. TK.

10 Onder meer HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/258; voor wie het arrest wil lezen met – mijns inziens noodzakelijke – kennisneming van het cassatiemiddel: *RvdW* 2004, 114.

vergen bepaaldheid en precisie missen. Twee van de in die onderdelen opgenomen ‘kernstellingen’ verwerpt hij uitdrukkelijk in een aantal ‘vooropstellingen’, zonder overigens bij elke overweging een verband met het cassatiemiddel te leggen. Zo lijkt het erop dat de Hoge Raad zijn kans heeft gegrepen iets bij te dragen op het terrein van leeftijdsdiscriminatie.<sup>11</sup> Niet alleen beklemtoont hij dat de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid – in werking getreden per 1 mei 2004 – niet kan worden gezien als een codificatie van een op principiële gronden reeds lang voltrokken rechtsontwikkeling. Ook overweegt hij dat bij de beantwoording van de vraag of er een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor onderscheid op grond van leeftijd objectief niet uit het oog mag worden verloren:

‘(...) dat het bij het maken van onderscheid naar leeftijd niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras en geslacht’ (r.o. 3.4.2).

Waarmee de Hoge Raad lijkt te suggereren dat het begrip ‘objectieve rechtvaardiging’ bij leeftijd anders moet worden ingevuld dan bij ras en geslacht. Vervolgens maakt hij het belang duidelijk van de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen wordt beëindigd bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet geldt voor de beroepsgroep van de vliegers. Hij verwijst hierbij naar publiekrechtelijke regels ter zake.

De Hoge Raad gaat verder, mede naar aanleiding van onderdeel 4.2a van het cassatiemiddel, dat de rechtbank te veel gewicht zou hebben toegekend aan het feit dat de verplichte pensionering bij CAO zou zijn overeengekomen. Het onderdeel wijst de Hoge Raad af, omdat een facet ervan geen feitelijke grondslag zou hebben (r.o. 3.8.2). In een meer algemene beoordeling van de onderdelen 4.2d-f overweegt de Hoge Raad evenwel dat de rechtbank redengevend mocht achten:

‘(...) dat het bij de verplichte pensioenleeftijd van 56 jaar gaat om een collectief gemaakte, op de uitdrukkelijke wens van de beroepsgroep der vliegers zelf gebaseerde afspraak waarvan alle

11 In HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430 en HR 1 november 2002, *JAR* 2002/279 was hij nog terughoudend.

Martinair-vliegers in gelijke mate profiteren of geprofiteerd hebben' (r.o. 3.8.5).<sup>12</sup>

Hierin zou een bewijs kunnen zijn gelegen dat met goedkeuring van de Hoge Raad de objectieve rechtvaardiging bij ras en geslacht anders wordt ingevuld dan bij leeftijd.<sup>13</sup> Zou de Hoge Raad deze beslissing ook hebben gegeven, indien de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid van kracht zou zijn geweest? Het ligt voor de hand dat een dergelijke uitleg van de Europese regelgeving aan het Hof in Luxemburg zal voorleggen.

7. Zoals de Hoge Raad deed ter zake van de afwijzing van een zwangere sollicitante. Mevrouw Dekker meldde tijdens haar sollicitatie naar een functie bij het Vormingscentrum Jong Volwassen dat zij drie maanden zwanger was. De sollicitatiecommissie droeg haar voor, maar het bestuur besloot haar niet aan te nemen, in verband met de aan het zwangerschaps- en bevallingsverlof verbonden lasten die het Vormingscentrum zou dienen te dragen. Het hof wees de vordering tot schadevergoeding af. Het vormingscentrum zou niet verwijtbaar hebben gehandeld door mevrouw Dekker niet aan te nemen, gelet op het ernstige risico dat het vormingscentrum zijn werk niet had kunnen continueren en zijn werknemers niet in dienst zou kunnen houden, indien het mevrouw Dekker had moeten aannemen.

Tegen dit oordeel formuleerde zowel mevrouw Dekker als haar werkgever een rechtsklacht. De Hoge Raad stelde prejudiciële vragen, waarvan de eerste luidt:

- 12 Het gezichtspunt werd ook gehanteerd in het *Parallel Entry*-arrest over gelijke behandeling op grond van goed werkgeverschap. Indien er geen sprake is van onderscheid dat op grond van de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling is verboden, komt het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond een zwaar, maar niet doorslaggevend gewicht toe bij de beantwoording van de vraag of de werkgever heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Ook van belang is de omstandigheid dat de ongelijke behandeling voortvloeit uit een collectieve arbeidsovereenkomst (HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68; r.o. 3.3).
- 13 Voor geslacht geldt dat de aanspraak op gelijk loon geldt ongeacht of er sprake is van een regeling in een CAO of in een algemeen verbindend verklaarde CAO; HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698, r.o. 3.2. Art. 119 EG-Verdrag is immers van hogere orde, aldus A-G Koopmans voor HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 435, onder 5.

‘Handelt een werkgever, hetzij direct, hetzij indirect, in strijd met het in art. 2 lid 1 en 3 lid 1 van de Richtlijn bedoelde beginsel van gelijke behandeling, wanneer hij weigert met een door hem geschikt bevonden sollicitante een arbeidsovereenkomst aan te gaan op grond van de nadelige gevolgen die voor hem van haar bij die sollicitatie bestaande zwangerschap zijn te verwachten in verband met een regeling van de overheid betreffende arbeidsongeschiktheid, waarin met verhindering om dienst te verrichten wegens ziekte wordt gelijk gesteld verhindering in verband met zwangerschap en bevalling?’<sup>14</sup>

Hier beïnvloedde de Hoge Raad – weliswaar op instigatie van partijen – de rechtsontwikkeling. Hij had advocaat-generaal Mok kunnen volgen in diens betoog dat er goede redenen waren de zwangere sollicitante af te wijzen. Hij deed evenwel anders, naar bleek terecht. Het Europese Hof van Justitie antwoordde:

‘Daar enkel vrouwen een aanstelling kan worden geweigerd wegens zwangerschap, is een dergelijke weigering een directe discriminatie op grond van geslacht. Een aanstellingsweigering wegens de financiële consequenties van afwezigheid in verband met zwangerschap moet worden geacht voornamelijk op het feit van de zwangerschap te zijn gebaseerd. Voor een dergelijke discriminatie kan geen rechtvaardiging worden ontleend aan het financiële nadeel dat bij aanstelling van een zwangere vrouw door de werkgever wordt geleden gedurende haar zwangerschapsverlof.’<sup>15</sup>

Uiteindelijk vernietigde de Hoge Raad het bestreden arrest van het Hof Amsterdam.<sup>16</sup>

8. Uit het oogpunt van doorlooptijden is het aanlokkelijk te bepleiten dat de Hoge Raad de zaak zelf afdoet. Hieraan zit evenwel een risico verbonden, in ieder geval voor de staat. Zou het snelrecht leiden tot incorrecte toepassing van het gemeenschapsrecht, dan kan de staat aansprakelijk zijn voor het feit dat hij de desbetreffende regeling niet heeft aangepast in de zin die het gemeenschapsrecht voorschrijft.<sup>17</sup>

14 HR 24 juni 1988, *NJ* 1988, 1002.

15 HvJ EG 8 november 1990, *NJ* 1992, 224.

16 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225, m.nt. PAS.

17 HvJ EG 9 december 2003, *AB* 2004, 59, m.nt. RW.



Klaarblijkelijk is aan deze jongste uitspraak van het Europees Hof van Justitie inspiratie ontleend om uitspraken van de Hoge Raad op het gebied van gelijke behandeling kritisch onder de loep te nemen.<sup>18</sup> Naar zijn mening zonder dat dit kon leiden tot de conclusie dat sprake was van een incorrecte toepassing van het gemeenschapsrecht.

Aan de orde was de samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof met schoolvakanties.<sup>19</sup> Het ging eerst en vooral over de vraag of het begrip ‘schoolvakantiedag’ is gelijk te stellen met het begrip ‘vakantiedag’ in de zin van art. 7:634 BW. Het antwoord vergt uitleg van de collectieve arbeidsovereenkomsten in het onderwijs, die verwijzen naar de vakantieregeling in het Rechtspositiebesluit onderwijs (RpbO). Het antwoord luidde volgens de Hoge Raad negatief:

‘(Artikel) I-C2 lid 1 RpbO voorziet slechts in een specifieke, los van de duur van de betrekking staande , regeling dat in bepaalde, nader omschreven periodes dat in bepaalde, nader omschreven, periodes waarin geen onderwijs wordt gegeven – te weten: gedurende de schoolvakanties – vakantieverlof wordt genoten.’<sup>20</sup>

De vakantieaanspraak wordt dan ook niet geregeld in het RpbO, maar in art. 7:634 BW: De Hoge Raad vervolgde:

‘(H)oewel art. I-C2 RpbO niet de omvang van de vakantieaanspraak bepaalt, (heeft) dit niet tot gevolg dat een lerares geen recht heeft op een bepaald aantal vakantiedagen per jaar. Art. 7:634 BW houdt immers in dat de werknemer recht heeft op een minimum aantal vakantiedagen.’

Het minimum bedraagt twintig dagen per jaar bij een voltijdsbetrekking. Bracht het zwangerschaps- en bevallingsverlof mee dat de lerares deze aanspraak zou verliezen, omdat het verlof deels samenviel met de schoolvakantie? Dit was nu in alle zaken in feitelijke instanties afgekaart. Zo in het laatste arrest van de reeks:

18 S. Burri & Y. Konijn, ‘Samenloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof en vakantie in het onderwijs’, *ArA* 2002, p. 71-85; M.S.A. Vegter, ‘Samenloop van zwangerschapsverlof en vakantie’, *SR* 2004, p. 347-349.

19 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 222, m.nt. Heerma van Voss; laatstelijk HR 23 april 2004, *JAR* 2004/148.

20 HR 23 april 2004, *JAR* 2004/148; r.o. 3.5.

‘Gelet op de spreiding en duur van de schoolvakanties is aanneemelijk dat de lerares, ook indien rekening wordt gehouden met haar recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof, deze twintig dagen vakantie heeft kunnen opnemen gedurende de resterende schoolvakanties’ (r.o. 3.8).<sup>21</sup>

Is deze arrestenreeks in strijd met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie? Het Hof oordeelde dat een werknemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedurende het zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het gehele personeel.<sup>22</sup> In de Nederlandse zaken was er geen sprake van een vakantieaanspraak die verloren ging door het zwangerschap- en bevallingsverlof. De twintig dagen vakantie konden ook buiten de verlofperiode worden genomen.

Wat de critici van de arresten van de Hoge Raad wellicht parten speelt, is het beeld dat schoolvakantie gelijkstaat aan vakantie voor de leraren. Dat is een misvatting. Leraren worden geacht het nodige te doen in hun vakantie: niet alleen dient het onderwijs te worden afgerond of voorbereid. Ook dient te worden gewerkt aan deskundigheidsbevordering. In de zaken die de Hoge Raad beoordeelde rees de vraag of de lerares die zwangerschaps- of bevallingsverlof genoot wel in dezelfde mate in de gelegenheid was gesteld de schoolvakanties hiervoor te benutten als de niet-zwangere collega's. Zo niet, dan diende zij hiervoor compensatie te ontvangen. Met deze vraag heeft de Hoge Raad in de zaken uit 2002 uitdrukkelijk rekening kunnen houden: de verwijzingsrechter dient zich hierover een oordeel te vormen. In de zaak uit 2004 lag dit anders, omdat het cassatiemiddel dat namens de lerares was ingesteld dit punt niet aan de orde stelde. De Hoge Raad achtte zich gebonden aan de beperkte strekking van het cassatiemiddel, in tegenstelling tot de advocaat-generaal die het middel ruimhartiger las.<sup>23</sup>

21 A-G Langemeijer rekende dit in onderdeel 2.10 van zijn conclusie uit, op basis van vaststellingen van de rechtbank.

22 HvJ EG 18 maart 2004, *JAR* 2004/86; Gómez, r.o. 32-39.

23 Zie A-G Langemeijer in de onderdelen 2.17 en 2.18 van zijn conclusie voor HR 23 april 2004, *JAR* 2004/148.

9. Welke bijdrage kan de Hoge Raad leveren aan de ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht? Gebleken is dat cassatietechnische of Europeesrechtelijke redenen de Hoge Raad beperken in zijn mogelijkheden. Gelet op de reacties op de zwangerschapsverlofzaken worden dergelijke belemmeringen nog wel eens over het hoofd gezien (zie onder 8). Des te verrassender zijn de zaken waarin de Hoge Raad een uitspraak over de stand van het recht doet, ook al lijkt het cassatiemiddel slechts over de motivering te klagen (zie onder 5) of voldoet het middel naar het eigen oordeel van de Hoge Raad niet aan de daaraan te stellen eisen (zie onder 6). In het eerste geval was er geen sprake van enige noodzaak om het recht te ontwikkelen, omdat het Hof in Luxemburg de lijn al had uitgezet. In het tweede geval was de uitspraak welkom, gelet op recente invoering van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, die het onderwerp hoog op de agenda van het arbeidsrecht heeft gezet. Het gaat er dus niet alleen om welke bijdrage de Hoge Raad kon leveren, maar ook om wat hij wilde.



# 4 De verhouding tussen de Hoge Raad en de Europese rechters op het gebied van het arbeidsrecht

*Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss\**

## 4.1 Inleiding

De invloed van het Europese recht op het Nederlandse arbeidsrecht is de afgelopen tien jaar toegenomen.<sup>1</sup> Enerzijds is dat het gevolg van het toenemende aantal richtlijnen van de Europese Gemeenschap.<sup>2</sup> Anderzijds is ook het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens geleidelijk meer invloed gaan uitoefenen op het Nederlandse rechtsleven. In deze bijdrage zal specifiek worden ingegaan op de verhouding tussen de Hoge Raad en de twee hoogste Europese rechtsprekende colleges: het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in Luxemburg en het Europees Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg.<sup>3</sup>

Dit lijkt des te zinnvoller nu in de recentelijk ter gelegenheid van het afscheid van mr. W.E. Haak als president van de Hoge Raad verschenen bundel *Europeanisering van het Nederlands recht*<sup>4</sup> zo onge-

\* Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie nader B. Barentsen, A.C. Damsteegt & J. Heinsius (red.), *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, Reeks VvA 30 Deventer 2001.

2 Zie voor een tekstuitgave G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Regelgeving Europees sociaal recht*, Den Haag: Sdu 2003. Van het handboek A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995 zal in 2005 een tweede druk verschijnen. In de reeks Europees sociaal recht van de Sdu zijn over diverse Europees-arbeidsrechtelijke onderwerpen deelstudies verschenen die de doorwerking in het nationale recht bespreken.

3 Voor een dergelijk onderzoek voor de Centrale Raad van Beroep verwijs ik naar R.J.G.M. Widdershoven, 'Europese invloed op de rechtsbescherming door de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a., *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 197-219.

4 G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia, *Europeanisering van het Nederlands recht* (Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak), Deventer: Kluwer 2004.

veer alle rechtsgebieden worden besproken behalve het arbeidsrecht. Wellicht vormt dit weer een aanwijzing voor de in arbeidsrechtelijke kringen recentelijk veel besproken verminderde belangstelling bij de Hoge Raad voor arbeidsrechtelijke benaderingswijzen.

In deze bijdrage zal worden geanalyseerd wat op het gebied van het arbeidsrecht de verhouding is tussen de Hoge Raad en deze beide colleges. Daarbij zal het EG-recht meer aandacht krijgen, gezien het feit dat de relatie tussen de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EG directer is.

## 4.2 De rol van het HvJ EG

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) kan op verschillende gronden om een uitspraak worden gevraagd:

- de inbreukprocedure (art. 226-228 EG-Verdrag);
- de rechtmatigheidstoetsing van gemeenschapsbeslissingen (art. 230-231 EG-Verdrag);
- bij nalatigheid van een EG-instelling om besluiten te nemen (art. 232-233 EG-Verdrag); en
- de prejudiciële procedure.

Met name de prejudiciële procedure vereist samenwerking tussen het HvJ EG en de nationale rechter. In het kader van deze procedure is het HvJ EG bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van het EG-Verdrag of over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de EG-instellingen. Indien een vraag wordt opgeworpen voor een nationale rechterlijke instantie in een lidstaat kan deze het HvJ EG verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen, indien zij een beslissing noodzakelijk acht voor haar uitspraak. De hoogste nationale rechterlijke instantie is gehouden zich over zo'n vraag tot het HvJ EG te wenden (art. 234 EG-Verdrag). Deze verplichting geldt overigens niet indien de zaak evident is (*acte clair*)<sup>5</sup> of reeds eerder is opgehelderd (*acte éclairé*).<sup>6</sup> De nationale rechter ontleent de bevoegdheid om een prejudiciële

5 HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81, *Jur.* 1982, p. 3415 (*CILFIT*).

6 HvJ EG 27 maart 1963, nr. 28-30/62, *Jur.* 1963, p. 63 (*Da Costa en Schaake*); HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81, *Jur.* 1982, p. 3415, *SEW* 1983, p. 341, m.nt. R.H. Lauwaars (*CILFIT*).

vraag te stellen rechtstreeks aan het EG-recht, nationaal recht kan daaraan niet afdoen.<sup>7</sup>

De uitspraak van het HvJ EG is bindend voor de nationale rechter die haar heeft gevraagd en voor hogere rechters die in dezelfde zaak later oordelen. Wel kan een tweede prejudiciële beslissing worden gevraagd.<sup>8</sup>

Het arrest heeft in beginsel werking voor de uitleg van het betrokken voorschrift vanaf de inwerkingtreding van dat voorschrift. Slechts in uitzonderingsgevallen pleegt het Hof, in verband met dringende overwegingen van rechtszekerheid en eerbiediging van te goeder trouw totstandgekomen verwachtingen, de terugwerkende kracht van een regel te beperken. Juist in het sociaal recht zijn hiervan voorbeelden te vinden, met name bij de gelijke behandeling:

- de gelijke beloning van mannen en vrouwen<sup>9</sup>;
- de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de pensioenen<sup>10</sup>; en
- de discriminatie naar nationaliteit.<sup>11</sup>

In de bijlage is een overzicht verzameld van prejudiciële beslissingen van het HvJ EG op verzoek van Nederlandse rechterlijke colleges op het gebied van het Europese arbeidsrecht.

Thans zal worden ingegaan op de rol van de Hoge Raad in deze zaken.

### 4.3 De prejudiciële procedure

De prejudiciële procedure in het EG-recht zou kunnen worden vergeleken met een hordeloop. Om te bereiken dat een uitspraak van het

7 HvJ EG 15 juli 1964, nr. 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/ENEL*).

8 HvJ EG 24 juni 1969, nr. 29/68, *Jur.* 1969, p. 165 (*Eierkontor*).

9 Art. 141 EG-Verdrag (destijds art. 119 EEG-Verdrag) werkte niet rechtstreeks met terugwerkende kracht tot 1962 (einde overgangstermijn), maar ten aanzien van gelijke beloning pas vanaf 1976, HvJ EG 8 april 1976, nr. 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne 2*).

10 Ten aanzien van pensioenberekening gold de rechtstreekse werking van art. 141 EG-Verdrag pas vanaf 1990, HvJ EG 17 mei 1990, nr. C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*). Uitzondering werd gemaakt voor degenen die zich reeds voor de datum van het desbetreffende arrest bij de nationale rechter op de bepaling hadden beroepen. Zie ook HvJ EG 2 februari 1988, nr. 24/86, *Jur.* 1988, p. 379 (*Blaizot*).

11 HvJ EG 4 mei 1999, nr. C-292/96, *Jur.* 1999, p. I-2685 (*Sürül*).

HvJ EG een nationale zaak juist beïnvloedt, moeten vier ‘horden’ worden genomen:

- a. de nationale rechter moet besluiten een prejudiciële vraag te stellen;
- b. de prejudiciële vraag dient goed te zijn geformuleerd;
- c. het HvJ EG moet een duidelijk antwoord geven op de prejudiciële vraag;
- d. de nationale rechter dient de prejudiciële beslissing correct toe te passen.

Pas als al deze vier horden met succes worden genomen, zal er van het EG-recht een correcte invloed op het nationale recht uitgaan. Maar net als op de atletiekbaan, betekent het struikelen over een van de horden het einde van de race. Dat brengt mee dat een goed verloop van elk van deze stappen van groot belang is. Thans zal op elk van de afzonderlijke stappen nader worden ingegaan.

*a. Wanneer besluit de nationale rechter een prejudiciële vraag te stellen?*

Uit de uitspraken van de Hoge Raad valt niet op te maken welk beleid ten grondslag ligt aan het al of niet stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EG. Er wordt een vraag gesteld of niet, de reden daarvoor wordt – zeker in het negatieve geval – niet gegeven. Dat is vreemd, gelet op de plicht volgens het EG-Verdrag om in geval van onduidelijkheid over het Europese recht zo’n beslissing te vragen. Indien een der partijen vraagt om een prejudiciële vraag te stellen in een zaak waarin het EG-recht een rol speelt, zou het mijns inziens voor de hand liggen dat de rechter die dit verzoek verwerpt, dit gemotiveerd doet, met een beroep op hetzij het feit dat het Europese recht hier duidelijk is, hetzij dat de kwestie reeds in een eerdere uitspraak van het HvJ EG is opgehelderd. Dit zou bij uitstek moeten gelden voor de hoogste nationale rechter. In de praktijk pleegt de Hoge Raad echter geen verantwoording af te leggen over deze keuze. In bepaalde gevallen wordt derhalve geen prejudiciële beslissing gevraagd, hoewel dit nuttig zou kunnen zijn geweest. Een voorbeeld waarbij dit recentelijk misging, betreft het recht op vakantie van leraren van wie het bevallingsverlof valt in de schoolvakantie. Vermoedelijk meende de Hoge Raad dat er in deze zaak duidelijk geen sprake was van een verboden onderscheid. Uit een latere uitspraak van het Hof bleek evenwel dat dit niet zo duidelijk was. En dat had de Hoge Raad ook wel kunnen bedenken, omdat in het gelijkebehan-



delingsrecht de mogelijkheid van een indirect onderscheid al snel op de loer ligt.

In vier zaken moest de Hoge Raad beslissen over de vraag of leraressen die tijdens de schoolzomervakantie bevallen, recht hebben op compensatie van de vakantiedagen die zij missen, omdat hun vakantie samenvalt met de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof. In navolging van de Centrale Raad van Beroep<sup>12</sup> besliste de Hoge Raad dat zij hierop in beginsel geen recht hadden.<sup>13</sup> In mijn noot in de *NJ* stelde ik de vraag aan de orde waarom de Hoge Raad had terugverwezen naar een lager hof in plaats van de kwestie voor te leggen aan het HvJ EG. De betrokken leraressen hadden immers gesteld dat er sprake was van discriminatie naar geslacht in strijd met EG-richtlijn nr. 76/207/EG.<sup>14</sup> De Hoge Raad verwerpt in een recenter arrest dit standpunt uitdrukkelijk met de stelling dat de vakantie-regeling in de desbetreffende onderwijs-CAO sekseneutraal is.<sup>15</sup> Hij gaat echter niet in op de vraag of er sprake is van een indirect onderscheid naar geslacht, doordat door de samenloop van zwangerschaps- en vakantieverlof de betrokken leraressen minder vrij besteedbare verlofdagen hebben dan mannelijke leerkrachten. Een vlak voor het laatste arrest gewezen arrest van het HvJ EG lijkt voor dit argument steun te bieden. Hierin oordeelde het HvJ EG dat een werknemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedurende haar zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het gehele personeel. Dit heeft eveneens betrekking op een in de nationale wettelijke regeling vastgestelde langere jaarlijkse vakantie dan het door de EG-richtlijn bepaalde minimum, aldus het HvJ EG.<sup>16</sup>

12 CRvB 17 mei 2001, *JB* 2001, 217.

13 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 221/222.

14 Richtlijn nr. 76/207/EG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* L 39 van 14 februari 1976, p. 40; laatstelijk gewijzigd bij richtlijn nr. 2000/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002, *PbEG* L 269 van 5 oktober 2002, p. 15.

15 HR 23 april 2004, nr. C02/328 HR, *JAR* 2004/148 (*Van der Kloet/PC Voortgezet Onderwijs Apeldoorn*).

16 HvJ EG 18 maart 2004, nr. C-342/01, *Jur.* 2004, p. I-0000, *JAR* 2004/86 (*Gómez/Continental Industrias del Caucho*).

Een ander voorbeeld van een zaak waarin geen prejudiciële vraag werd gesteld, hoewel dit had gekund<sup>17</sup>, betrof een overgang van onderneming. Een werknemer was ontslagen in verband met de overgang van een onderneming. De richtlijn ter zake verbiedt dit uitdrukkelijk<sup>18</sup>, maar aanvankelijk had de Nederlandse wetgever gemeend dat de voorafgaande toetsing van opzeggingen door de directeur van het arbeidsbureau volstond voor de handhaving van deze regel. De Hoge Raad achtte de zaak kennelijk zo evident, dat hij geen prejudiciële vraag stelde, maar direct uitsprak dat er sprake was van een nietig ontslag.<sup>19</sup> In dit geval is het niet vragen van een prejudiciële beslissing wel te begrijpen, omdat de uitleg van het Europees recht eigenlijk wel vaststond en de vraag vooral betrof de wijze van implementatie in het Nederlandse recht. Wat nog niet duidelijk was, was welke rechtsgevolgen voor het Nederlandse ontslagrecht hieraan moesten worden verbonden. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad koos voor de vergaande sanctie van nietigheid van het ontslag, terwijl in het Nederlandse ontslagrecht vernietigbaarheid de gangbare sanctie is bij onrechtmatige ontslagen. Waarom de Hoge Raad deze keuze maakte, wordt uit het arrest echter niet duidelijk. Meende de Hoge Raad dat dit rechtstreeks volgt uit het EG-recht? Dit lijkt mij niet goed denkbaar, omdat juist richtlijnen ruimte laten voor inpassing van sancties in het nationale rechtssysteem. Wellicht realiseerde de Hoge Raad zich de vergaande strekking van de uitspraak niet. Of mogelijk vond hij een vernietigbaarheid minder duidelijk in zijn rechtsgevolgen, omdat deze – in dit geval – niet door de wet zouden zijn uitgewerkt. Of hij meende bij een vernietigbaarheid verplicht te zijn de rechtsgevolgen ook aan te geven en vreesde hij daarmee te veel te treden in de rechtsvormende taak van de wetgever. Mijns inziens had echter kunnen worden aangesloten bij de regeling van opzegverboden in het arbeidsrecht (thans art. 7:670 en 7:677 lid 5 BW), op basis van het beginsel dat wanneer de rechter een leemte in de wet aanvult, zo veel mogelijk wordt aangesloten bij wel in de wet

17 Zie voor voorbeelden van deze problematiek in het socialezekerheidsrecht ook G.J. Vonk, *Overijverige rechter of tekortschietende wetgever?*, Deventer: Kluwer 1999, p. 19.

18 Thans art. 4 lid 1 van richtlijn nr. 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* L 82 van 23 maart 2001, p. 16.

19 HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418, *JAR* 1996/29 (*Buyck/Van den Aamele*).

geregelde gevallen. Intussen heeft de wetgever de materie alsnog geregeld in de vorm van een opzegverbod met vernietigbaarheid als sanctie (art. 7:670 lid 8 BW). Maar ook in deze uitspraak tasten we in het duister omtrent de beweegredenen van de Hoge Raad, eenvoudig omdat hij deze niet geeft.

*b. Hoe wordt de prejudiciële vraag geformuleerd?*

Het formuleren van een prejudiciële vraag is van groot belang, omdat het antwoord op de vraag bij voorkeur geen nieuwe vragen moet oproepen. In de praktijk is het formuleren van de juiste vraag niet eenvoudig. Het gaat hier om de toepassing van EG-recht op een situatie van nationaal recht. Het HvJ EG of de kamer van dit hof die over de zaak beslist, bestaat grotendeels of geheel uit rechters van een andere nationaliteit. Zij moeten om de vraag zinvol te kunnen beantwoorden een beeld krijgen van de nationale situatie. Dat beeld wordt ook door de partijen bij de zaak wel gegeven. Maar vervolgens moeten de Europese rechters een uitleg geven van het Europese recht die ook toepasbaar is in de nationale praktijk. Om deze reden is het mijns inziens aan te bevelen dat de partij die de rechter verzoekt om een prejudiciële vraag te stellen of die voorziet dat de rechter dit mogelijk gaat doen, reeds een voorstel doet voor de formulering van de vraag. In cassatie kan ook de advocaat-generaal dit in zijn conclusie doen. In de praktijk gebeurt dit lang niet altijd. Het voordeel van dergelijke voorstellen zou zijn dat door verschillende betrokkenen wordt nagedacht over de juiste formulering, zodat uiteindelijk de rechter de best mogelijke formulering kan vinden.

De vorige president van de Hoge Raad, mr. W.E. Haak, gaf in zijn afscheidsrede te kennen te voelen voor de mogelijkheid dat de hoogste nationale rechter in voorkomende gevallen reeds bij voorbaat zijn eigen mening over de uitleg van het Europese recht gemotiveerd geeft.<sup>20</sup> Ook dit zou kunnen bijdragen aan het inzichtelijk maken van de nationale situatie.

*c. Welk antwoord geeft het HvJ EG op de prejudiciële vraag?*

Geeft het HvJ EG geen volledig antwoord op de prejudiciële vraag of roept het antwoord weer nieuwe vragen op, dan zou in beginsel weer een nieuwe prejudiciële procedure kunnen worden begonnen, maar gezien de lange duur daarvan is dat als regel niet aan te bevelen. Toch

20 W.E. Haak, 'De taak van de Hoge Raad in Europa en in het Koninkrijk', *NJB* 2004, p. 881-888, m.n. 884.

kan men de vraag stellen of de rechter dan aan de uitspraak van het HvJ EG toch een onverwachte wending mag geven. Dit gebeurde bijvoorbeeld door de toenmalige Raad van Beroep Groningen en de Centrale Raad van Beroep in de zaak *Ruzius-Wilbrink*.

Aan de orde was de uitspraak van het HvJ EG over de zogeheten grondslagen in de AAW. Een deeltijdwerkster die minder dan het minimumloon verdiende raakte arbeidsongeschikt en kreeg een AAW-uitkering die anders dan bij voltijdwerkers niet aan het minimumloon was gerelateerd. Naar aanleiding van een door de Raad van Beroep Groningen voorgelegde prejudiciële vraag oordeelde het Hof dat een dergelijke regeling indirect discriminerend was voor vrouwen en daarmee in strijd met de richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen in de wettelijke sociale zekerheid.<sup>21</sup> De uitspraak was potentieel ingrijpend en leidde niet alleen tot het wankelen<sup>22</sup>, maar op langere termijn zelfs tot afschaffing van de AAW.<sup>23</sup> De Groninger Raad van Beroep<sup>24</sup> en ook de Centrale Raad van Beroep<sup>25</sup> vonden echter na het oordeel van het HvJ EG alsnog nieuwe rechtvaardigingsgronden voor de gemaakte regeling, zodat de uiteindelijke uitspraak inhield dat de regeling in stand kon blijven. Beide rechterlijke colleges vonden het kennelijk niet noodzakelijk om over hun nieuwe vondsten een nieuwe prejudiciële beslissing te vragen.

Het komt mij vreemd voor dat een rechter eerst een vraag stelt aan het HvJ EG, maar vervolgens dit antwoord niet doorslaggevend acht voor de uiteindelijke uitspraak in het geschil. Dit wekt de indruk dat de uitspraak van het Hof niet bevalt en dat men daarom een andere mogelijkheid gaat zoeken om wel in de gewenste richting te beslissen. Dat strookt niet met de bedoeling van het EG-recht. Mijns inziens beperkt de rechter met het vragen stellen aan het Hof zijn mogelijkheden om alsnog op andere punten de zaak te beslissen. Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat het Hof nog enige ruimte laat

21 HvJ EG 13 december 1989, nr. 102/88, *Jur.* 1989, p. 4311, *RSV* 1990/313 (*Ruzius-Wilbrink*).

22 G.J.J. Heerma van Voss, 'Hoe het Hof van Justitie van de EG de AAW op haar grondvesten doet wankelen', *SR* 1990, p. 108-111.

23 De AAW werd aanvankelijk vervangen door een aparte voorziening voor arbeidsongeschiktheid van zelfstandigen (WAZ), welke in 2004 werd afgeschaft. Voor jonggehandicapten werd de Wajong ingevoerd.

24 RvB Groningen 10 april 1990, *RSV* 1990/314.

25 CRvB 21 juni 1991, *RSV* 1992/75.

voor kwesties die op nationaal niveau moeten worden beslist. Hier wreekt zich dat de taakverdeling tussen Europese en nationale rechter niet zeer scherp is afgebakend. In zijn genoemde afscheidsrede wees de oud-president van de Hoge Raad Haak erop dat de taakverdeling tussen het HvJ EG en de nationale rechter parallellen heeft met het oude onderscheid tussen recht en feiten. De verdeling ligt in de praktijk waarschijnlijk ook verschillend per onderwerp. Worden rechtvaardigingsgronden bij discriminatie bijvoorbeeld beschouwd als Europese rechtsvragen (hiervoor pleit dat het HvJ EG zich hier regelmatig over uitlaat) of juist als nationale of feitelijke kwesties (hiervoor pleit dat het Hof daar soms op lijkt te duiden)? Het samenspel van de Europese en de nationale rechter bereikt hier een hoge mate van subtiliteit, waarbij het erop lijkt dat het HvJ EG op een hoger abstractieniveau opereert, maar ook enigszins arbitrair keuzes lijkt te maken in deze taakverdeling.

*d. Wordt het antwoord op de vraag correct geïmplementeerd?*

In het algemeen verdient het mijns inziens aanbeveling indien de uitspraak van het HvJ EG zo direct mogelijk wordt geïmplementeerd. De Hoge Raad heeft wat dit betreft een onomstreden staat van dienst.

Een fraai voorbeeld vormt de uitspraak in de zaak *Dekker*. Mevrouw Dekker was aanvankelijk aangenomen voor een functie bij het VJV-centrum te Wormer. Toen bleek dat zij in verwachting was, werd haar de baan echter alsnog geweigerd, wegens onvoldoende financiële mogelijkheden om voor haar een vervanger aan te stellen tijdens het zwangerschapsverlof. De vordering uit onrechtmatige daad tegen deze afwijzing werd haar zowel door de Rechtbank Haarlem als door het Hof Amsterdam ontzegd, op grond van ontbrekende schuld, een van de vereisten volgens het leerstuk van de onrechtmatige daad. De Hoge Raad vroeg een prejudiciële beslissing van het HvJ EG.<sup>26</sup> Het Hof oordeelde dat sprake was van discriminatie in strijd met EG-richtlijn nr. 76/206.<sup>27</sup> Nationale rechtvaardigingsgronden op grond van het leerstuk van de onrechtmatige daad worden niet geaccepteerd. In zijn daaropvolgende arrest had de Hoge Raad slechts enkele regels nodig om het arrest van het HvJ EG integraal te volgen.<sup>28</sup>

26 HR 24 juni 1988, *NJ* 1988, 1002 (*Dekker/VJV*).

27 HvJ EG 8 november 1990, nr. 177/88, *Jur.* 1990, p. 3941, *NJ* 1992, 224 (*Dekker/VJV*).

28 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225 (*Dekker/VJV*).

De mate waarin een uitspraak van het HvJ EG direct toepasbaar is, kan echter uiteenlopen. Zo heeft de Hoge Raad zich in de zaak *Beets-Proper/Van Lanschot* ook uitgelaten over de rechtsgevolgen van de uitspraak van het HvJ EG in het Nederlandse recht.

Mevrouw Beets-Proper werkte als directiesecretaresse bij de bank Van Lanschot. Zij vocht de regeling aan waarbij zij als vrouw reeds op 60-jarige leeftijd met pensioen moest, terwijl deze leeftijd voor mannen op 65 jaar was gesteld. Naar aanleiding van door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen<sup>29</sup>, oordeelde het HvJ EG dat hier sprake was van een verboden onderscheid.<sup>30</sup> In het daaropvolgende arrest bevestigde de Hoge Raad dit oordeel, maar liet hij zich ook uit over de rechtsgevolgen. Zo was het gewraakte beding over de pensioenleeftijd nietig, maar bleven de pensioenrechten van Beets-Proper in stand. Daarbij werd de regeling over de pensioenleeftijd die voor mannen gold op haar van toepassing. Hiermee werd op basis van redelijkheid en billijkheid voorzien in de door het nietig worden van het beding ontstane leemte. Ten slotte werd verwezen naar een gerechtshof, teneinde onder meer te onderzoeken in hoeverre Beets-Proper in de nog resterende maanden tot de 65-jarige leeftijd haar werk zou kunnen hervatten.<sup>31</sup>

In andere gevallen moeten er nog feiten worden vastgesteld, aan de hand waarvan de prejudiciële vraag moet worden toegepast. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak *Spijkers* over overgang van ondernemingen. Het HvJ EG gaf in deze zaak een aantal factoren aan die een rol spelen en gaf hun onderlinge verhouding aan, zonder deze concreet op de zaak toe te passen. Veel duidelijker dan in de zaak *Dekker* was het derhalve aan de nationale rechter om vervolgens de uitleg van het Hof toe te passen op het nationale geschil.

*Spijkers* was als assistent-bedrijfsleider werkzaam bij het abattoir van Colaris. Het slachthuiscomplex werd verkocht aan Benedik. Twee maanden later begon deze het slachthuis te exploiteren, in de tussentijd hadden de werkzaamheden stilgelegen. Colaris werd later failliet verklaard. Alle bij Colaris werkzame arbeiders, met uitzondering van

29 HR 2 november 1984, *NJ* 1987, 349 (*Beets-Proper/Van Lanschot*).

30 HvJ EG 26 februari 1986, nr. 262/84, *Jur.* 1986, p.733, *NJ* 1987, 350 (*Beets-Proper/Van Lanschot*).

31 HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 351 (*Beets-Proper/Van Lanschot*).

Spijkers en een zieke collega, waren door Benedik overgenomen. De president van de rechtbank oordeelde dat nu het bedrijf had stilgelegd er geen sprake was van een overgang van onderneming. Spijkers bestreed dit en beriep zich op zijn recht uit de desbetreffende EG-richtlijn dat alle rechten en plichten van werknemers bij overgang van de onderneming mee overgaan naar de overnemer. De Hoge Raad legde aan het HvJ EG in prejudiciële vragen de kwestie voor of het stilliggen van een bedrijf in de weg staat aan het aannemen van een overgang van de onderneming.<sup>32</sup> Het HvJ EG ontwikkelde in zijn arrest het befaamde criterium dat het begrip ‘overgang van ondernemingen’ ziet op het geval waarin de ‘identiteit’ van het betrokken bedrijf bewaard blijft. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waarbij moet worden nagegaan of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Die feitelijke omstandigheden betreffen bijvoorbeeld de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld.<sup>33</sup>

In de vervolguitspraak kon de Hoge Raad wel vaststellen dat de uitspraak van de eerste rechter (dat het stilliggen van de onderneming al in de weg stond aan het aannemen van een overgang van onderneming) niet met dit oordeel te verenigen was, maar niet hoe de opnieuw uit te voeren afweging van alle factoren zou moeten uitvallen, aangezien dit een feitelijk oordeel betreft. Daarvoor werd de zaak verwezen naar een gerechtshof.<sup>34</sup>

32 HR 18 januari 1985, *NJ* 1987, 501 (*Spijkers/Benedik*).

33 HvJ EG 18 maart 1986, nr. 24/85, *Jur.* 1986, p. 1119, *NJ* 1987, 502 (*Spijkers/Benedik*).

34 HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 503 (*Spijkers/Benedik*).

De vraag of een uitspraak van het HvJ EG direct kan worden geïmplementeerd of nog nadere uitleg vraagt, is derhalve afhankelijk van de aard van de uitspraak van het HvJ EG. In het geval van een rechtvaardigingsgrond voor discriminatie die door het Hof wordt verworpen, is het eenvoudig deze uitspraak direct toe te passen (*Dekkerzaak*).<sup>35</sup> Eenzelfde eenvoudige toepassing geldt als het Hof oordeelt dat een bepaalde factor niet de doorslag geeft, maar tegen andere factoren moet worden afgewogen, zoals in het genoemde *Spijkers*-arrest. Een nadere afweging, waarvoor hetzelfde arrest ruimte geeft, moet dan op nationaal niveau worden gemaakt. Mijns inziens gaat het hierbij niet om het simpele onderscheid tussen recht en feiten, al lijkt dit in de *Spijkers*-zaak wel zo te zijn. In wezen gaat het om het subtiel onderscheid tussen wat op Europees niveau en wat op nationaal niveau kan worden beslist. Op de achtergrond speelt hier het subsidiariteitsbeginsel en de wijze waarop dit in de desbetreffende Europese regelgeving is toegepast. Dat geldt met name voor het instrument van de EG-richtlijn. Op nationaal niveau moeten de normen van een richtlijn door de lidstaat worden ingepast in het systeem van de nationale wetgeving. Daarom kan ook het HvJ EG niet te gedetailleerd een richtlijn uitleggen, want ook die uitleg moet inpasbaar zijn in het nationale wettelijke stelsel. Niettemin verlegt het HvJ EG ook daarbij wel grenzen. Wat te denken van het buiten beschouwing laten van het schuldvereiste bij de onrechtmatige daad als het om discriminatie gaat, wat het Hof in feite eiste in de *Dekkers*-zaak? Hier is sprake van het morrelen aan een klassiek leerstuk van het Nederlandse burgerlijk recht. Het toont evenwel ook aan dat de Nederlandse rechters te veel uitgingen van klassiek civilistisch denken en in dit geval te weinig oog toonden voor de eigenaardigheden van het arbeidsrecht.

Daarnaast valt nog de categorie uitspraken aan te wijzen waarin zonder een uitspraak van het HvJ EG te vragen gemeend wordt de rechtspraak op dit punt goed toe te passen, maar dit nog niet zo eenvoudig is. Dit speelde bijvoorbeeld bij de zaak *Ebbe en Vloed*.<sup>36</sup> Het ging hierbij om de overgang van een cateringcontract waarbij de werknemer claimde mee te zijn overgegaan als werknemer. De Hoge Raad meende de rechtspraak van het HvJ EG netjes toe te passen en

35 Wel moet uiteraard de nationale rechter nog beoordelen dat het nationale recht zich leent voor een richtlijnconforme uitleg, vgl. M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 95.

36 HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 493, *JAR* 2001/25 (*Soeteman/Ebbe en Vloed*).



kwam tot de conclusie dat er geen sprake was van overgang van onderneming. Sinds het nadien gewezen *Sodexho*-arrest van het Hof moet geconcludeerd worden dat de Hoge Raad dit waarschijnlijk onjuist heeft beslist.<sup>37</sup>

#### 4.4 Invloed van andere uitspraken van het HvJ EG

Ook op andere wijze kan een uitspraak van het HvJ EG zijn invloed hebben op de Nederlandse rechtspraak. Als voorbeeld is interessant de beslechting van het vraagstuk van de toepassing van de regeling voor overgang van ondernemingen op een bedrijf dat in faillissement verkeert. De kwestie was niet duidelijk geregeld in de desbetreffende richtlijn. De Nederlandse wetgever had aan deze situatie in het geheel niet gedacht. Uit het systeem van de Nederlandse wet volgt echter dat indien de regeling niet van toepassing zou zijn bij faillissement, dit uitdrukkelijk in de wet had moeten worden bepaald.

Na enige tijd begonnen faillissementscuratoren te klagen dat het moeilijker was om (delen van) een failliete onderneming te laten overnemen indien daaraan de plicht was verbonden om alle daar werkzame personeelsleden mee over te nemen. In de periode van economische malaise van de jaren tachtig kregen zij het tij mee en de regering nam het standpunt in dat de regeling hier buiten toepassing zou moeten worden verklaard. De Centrale Raad van Beroep legde de zaak voor aan het HvJ EG. Na een nauwkeurige analyse van de tekst van de richtlijn in de verschillende taalversies gaf het Hof een Salomonsoordeel: de richtlijn gold niet na faillissement, maar wel na surseance van betaling. Voor de cynici die denken dat nationale rechters het HvJ EG wel eens zien als mogelijkheid om het probleem op het bord van een ander te leggen, had het Hof ook nog een aardigheidje: de richtlijn verbood niet aan de nationale wetgever om verder te gaan dan de richtlijn minimaal voorschreef en de regeling wel toe te passen bij faillissement. Daarmee lag de bal weer bij de nationale rechter. De Centrale Raad van Beroep en nadien de Hoge Raad oordeelden daarna dat de Nederlandse regeling niet van toepassing was bij faillissement. De argumentatie van de Hoge Raad was gebaseerd op de bedoeling van de wetgever. Weliswaar had hij geen uitzondering gemaakt voor faillissement, maar de wetgever beoogde niet ver-

37 HvJ EG 20 november 2003, nr. C-340/01, *Jur.* 2003, p. I-0000, *NJ* 2004, 265, *JAR* 2003/298 (*Sodexho*).

der te gaan dan de richtlijn voorschreef. Dit is een opmerkelijke redenering. Kennelijk moet de wetgever die verder wil gaan dan een richtlijn dit expliciet in de uitvoeringswetgeving opnemen. In andere gevallen wordt zo nodig het systeem van de wet door de rechter terzijde gesteld om te voorkomen dat de wetgever zich tot meer heeft verplicht dan waartoe hij (achteraf gezien) verplicht was. De redenering impliceert ook dat de nationale uitvoeringswet een elastieken inhoud krijgt. Dezelfde wettekst kan zowel niet als wel bij faillissement van toepassing zijn, afhankelijk van de vraag hoe het HvJ EG de desbetreffende richtlijn uitlegt. We raken hier wel ver af van de oorspronkelijke bedoeling dat de burger uit de wet het recht kan kennen. Vermelding verdient verder nog dat het standpunt van de regering slechts het standpunt was van een deel van de wetgever. De Staten-Generaal lieten zich daar toen niet over uit. Wel is bij de invoering van titel 7.10 NBW in 1997 het arrest van de Hoge Raad gecodificeerd, waardoor de regel alsnog in het systeem van de wet is ingepast, maar dit was een bevestiging achteraf toen de race was gelopen.

Waarom koos de Hoge Raad nu voor het standpunt van niet-toepasselijkheid bij faillissement? Mijns inziens lag daaraan eenvoudig de voorzichtigheid ten grondslag. Het college wilde een politiek gevoelige uitspraak vermijden en sloot daarom aan bij het regeringsstandpunt, zelfs al moest daarvoor een dubieuze redenering worden ontwikkeld.

Was dit allemaal al niet fraai, de kortzichtigheid van het standpunt van de faillissementscuratoren en de regering is later naar voren gekomen. De regeling was een uitnodiging tot misbruik van faillissement, hetgeen dan ook na het arrest van de Hoge Raad regelmatig voorkwam. De regeling van overgang van ondernemingen wordt thans eenvoudig ontdoken via de constructie van het 'technisch faillissement'. De druk nam vervolgens toe om misbruik tegen te gaan, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot een aanpassing van de EG-richtlijn op dit punt en enige antimisbruikbepalingen in onze Faillissementswet die de zaak niet eenvoudig hebben gemaakt.<sup>38</sup>

38 Zie onder meer G.J.J. Heerma van Voss, 'De positie van de werknemer bij insolventie en overgang van onderneming', in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 229-240, met verdere literatuurverwijzingen.

## 4.5 Invloed van uitspraken van het EHRM

Bij de invloed van het recht van de Raad van Europa mag hier eerst wel worden genoemd de wijze waarop het Europees Sociaal Handvest invloed heeft gehad op het Nederlandse stakingsrecht. Terwijl de Hoge Raad het stakingsrecht in 1960 nog vanuit het klassieke civilistische concept van de wanprestatie benaderde, had elders in Europa het stakingsrecht na de oorlog de status van grondrecht verworven. Omdat het de Nederlandse wetgever niet lukte de kwestie te regelen, werd in 1980 de verlegenheidsoplossing gekozen van ratificatie van het Europees Sociaal Handvest, waarin het stakingsrecht door de verdragsluitende partijen werd erkend (art. 6 lid 4). De Hoge Raad loste de situatie in 1986 elegant op, door aan dit artikel rechtstreeks-horizontale werking toe te kennen. De opinies van het Comité voor Sociale Rechten, samengesteld uit arbeidsrechtelijke deskundigen, werden door de Hoge Raad als ‘gezaghebbend’ betiteld.<sup>39</sup> De tevredenheid over de wijze waarop de rechtspraak sindsdien aan het stakingsrecht inhoud heeft gegeven, blijkt onder meer uit recente uitlating van minister De Geus, dat naar zijn oordeel ‘de tussenkomst van de rechter bij twijfel over een rechtmatige en zorgvuldige uitoefening van het stakingsrecht in de praktijk, niet gemist (kan) worden’.<sup>40</sup>

De invloed van de andere Europese rechter, het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM), op de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad is minder direct meetbaar.<sup>41</sup> Het EHRM werkt immers niet samen met de Hoge Raad, maar komt eventueel aan bod nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. De discussie is thans gaande in hoeverre de wet moet voorzien in het herzien van strafrechtelijke veroordelingen nadat het EHRM een vonnis in strijd heeft geoordeeld met het EVRM. Hetzelfde zou kunnen worden overwogen voor civielrechtelijke uitspraken. Gesteld dat het EHRM een civielrechtelijk vonnis in strijd heeft verklaard met het EVRM, zou alsdan een heropening van de desbetreffende zaak kunnen plaatsvinden? Naar huidig recht zal er slechts sprake zijn van een schadeclaim tegenover de staat of een nieuw te starten procedure

39 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS).

40 Antwoord op Kamervragen van 7 augustus 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1678.

41 Zie in het algemeen A. Jacobs, ‘50 jaar EVRM en het sociaal recht’, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden: NJCM 2000, p. 421-434.

naar burgerlijk recht, maar dat laatste zal niet altijd mogelijk zijn, bijvoorbeeld in een reeds afgehandelde ontslagprocedure.

Daarnaast kan het EHRM natuurlijk ook invloed uitoefenen op volgende procedures. Dit kan ook het geval zijn bij uitspraken die over kwesties in andere landen zijn gedaan.

Een goed voorbeeld van de invloed die van het EHRM uitgaat, is die met betrekking tot de toegang tot de rechter (art. 6 EVRM). Een heikel discussiepunt in het arbeidsrecht is sinds jaar en dag het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep bij ontbindingen van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW. De Hoge Raad heeft slechts in beperkte gevallen hoger beroep toegelaten, met name indien de rechter buiten het toepassingsgebied is getreden, essentiële vormen heeft verzuimd of het artikel ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.<sup>42</sup> Hoewel dit in de uitspraak niet met zoveel woorden wordt vermeld, speelt hier de rechtspraak van het EHRM op de achtergrond kennelijk een rol.<sup>43</sup> De vraag die men zich hierbij kan stellen is, of het niet beter zou zijn als de Hoge Raad deze invloed ook uitdrukkelijk in de uitspraak zou laten blijken. In dat geval zou het eenvoudiger zijn te analyseren hoe de uitspraak moet worden geïnterpreteerd. Tot nu toe zijn motiveringsgebreken nog niet erkend als grond voor hoger beroep.<sup>44</sup> Dit lijkt een direct gevolg van het feit dat het EHRM een dragende motivering van de uitspraak nog niet heeft verbonden aan de eis van een eerlijk proces in art. 6 EVRM.

Op het terrein van andere grondrechten is in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet veel te merken van een invloed van het EHRM.

#### 4.5.1 *Vrijheid van meningsuiting*

De vrijheid van meningsuiting is in art. 10 EVRM gegarandeerd. Dat deze ook geldt voor werknemers werd lange tijd in het Nederlandse arbeidsrecht betwist. Het meest duidelijke voorbeeld betrof het arrest van de Hoge Raad uit 1990 in de zaak *Meijer/De Schelde*.

Meijer had als OR-lid zijn twijfels gekregen – en deze publiek gemaakt – over het doelmatige gebruik van staatssubsidie aan De Schelde. Meijer zag zichzelf als een ‘klokkenluider’, die met gevaar

42 HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549 (*Franssen/Safe Sun*).

43 M.G. Rood spreekt van een ‘uitstralende werking van het EVRM’, *TVVS* 1995, p. 250.

44 HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (*HBM/Wielenga*). Zie nader M. Kuijter & S. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, p. 50-57.

voor zijn eigen positie op basis van zijn geweten de zaak aan de orde stelde. Men kan zijn twijfels hebben over de vraag of hij daarbij niet te snel naar de pers was gelopen. Maar de Hoge Raad behandelde de meningsuiting van Meijer alsof het uitsluitend ging om een openbaring van bedrijfsgeheimen. Enige toetsing aan het grondrecht van vrijheid van meningsuiting of afweging van de verschillende belangen bij de openbaarmaking van feiten die aan de orde was, ontbrak.<sup>45</sup> Helaas is de zaak *Meijer* vervolgens niet doorgezet tot het EHRM. Wel oordeelde het EHRM in een ander geval principieel over de mogelijkheid van klokkenluiden als element van de vrijheid van meningsuiting (*Bobo*-zaak).<sup>46</sup> Toch meen ik dat de invloed van het grondrechtendenken, mede dankzij het bekender worden van het EVRM toeneemt. In recentere gevallen werd over klokkenluiders wel beslist in de vorm van een afweging tussen het grondrecht of het algemeen belang en de belangen van de werkgever.<sup>47</sup>

#### 4.5.2 *Persoonlijke levenssfeer*

Ook op het gebied van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zien we een invloed van het EVRM (art. 8). Zo is in het recht met betrekking tot ziekte en arbeidsongeschiktheid het besef dat de persoonlijke levenssfeer moet worden gerespecteerd zo levend geworden, dat werkgevers met behulp van de Wet verbetering poortwachter weer moest worden afgeleerd zich te distantiëren van een werknemer zodra deze zich ziek meldt, hetgeen vaak gebeurde onder het motto ‘dit is een zaak voor artsen, daar mag de werkgever zich niet mee bemoeien’. De Wet verbetering poortwachter heeft beoogd de verantwoordelijkheden van werkgever en werknemer zelf hier weer meer centraal te stellen.

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer is ook doorgedrongen tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wat betreft de doorwerking in privaatrechtelijke verhoudingen is in dit verband van belang het befaamde arrest over de Edamse bijstandsmoeder. In deze zaak verzette een bijstandsgerechtigde zich tegen verstrekking van

45 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 (*Meijers/De Schelde*). Zie nader G.J.J. Heerma van Voss, ‘Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers’, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 198-207; E. Verhulp, *De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, 's-Gravenhage 1996, p. 185-188.

46 EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98 (*Fuente Bobo/Spanje*). Zie nader P.B. Cliteur, *ArA* 2001-1, p. 73-84.

47 Ktr. Zwolle 8 november 1991, *ROR* 1992/4 (*De Dreef*).

persoonlijke informatie door haar buurman aan de gemeente. In die zaak aanvaardde de Hoge Raad het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ‘dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door artikel 8 EVRM’ en gaf hieraan horizontale werking.<sup>48</sup> Helaas gaf hij niet precies aan in hoeverre art. 8 EVRM zelf rechtstreeks doorwerkt. Het gevolg van een dergelijke niet-expliciete benadering over de doorwerking van vraagstukken van internationaal recht en doorwerking van grondrechten is dat we nooit zeker weten hoe de Hoge Raad de rechtstheoretische basis van die doorwerking ziet, zodat ook moeilijk is te voorspellen hoe het oordeel in een volgende zaak zal uitvallen.<sup>49</sup> In een recentere arbeidsrechtelijke zaak was art. 8 EVRM in het geding bij de controle door een werkgever van zijn werknemers met camera’s wegens de verdenking van diefstal. Ook nu liet de Hoge Raad de kans lopen zich duidelijk uit te laten over de basis voor het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Hoge Raad baseert zich voor de erkenning van het recht nu ‘onder meer’ op art. 8 EVRM. De vraag of het recht wordt geschonden wordt in het midden gelaten.<sup>50</sup> Het lijkt er op dat de Hoge Raad hier enigszins verlegen is met de vraag hoe met het EVRM om te gaan, onder meer omdat het de reikwijdte niet precies kan afleiden uit rechtspraak van het EHRM en hij dit college – anders dan bij het EG-recht – ook niet om een uitspraak kan vragen. In zo’n geval kiest de Hoge Raad dan voor een belangenafweging waarin de wijze waarop de belangen worden gewogen enigszins in het vage wordt gehouden.

#### 4.5.3 *Gelijkheidsbeginsel*

Hetzelfde probleem speelt bij de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht. Het gaat hier om een steeds verder strekkend rechtsbeginsel, dat al lang niet meer alleen de sprekende gevallen van discriminatie betreft (zoals naar ras of geslacht), maar ook andere gevallen van ongelijke behandeling.

48 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*).

49 L.F.M. Verheij, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

50 HR 27 april 2001, NJ 2001, 421, JAR 2001/95 (*Wennekes Lederwaren*). Zie voor een kritische beschouwing hierover H.H. de Vries & D.J. Rutgers, *Wet bescherming persoonsgegevens, Toepassing in arbeidsverhoudingen* (Actualiteiten Sociaal Recht nr. 10), Deventer: Kluwer 2001, p. 69-73 en voorts W.A. Zondag, *ArA* 2001-3, p. 91-105.

In veel gevallen heeft die doorwerking inmiddels een uitwerking gekregen in de vorm van een wettelijke regeling, zoals de Algemene wet gelijke behandeling en de bijzondere wetten voor discriminatie naar geslacht, handicap en leeftijd. Maar in die gevallen waarin de wet niet voorziet, moet de rechter beslissen op basis van art. 1 Grondwet of artikelen uit internationale verdragen. Omdat het EVRM tot voor kort geen algemeen discriminatieverbod kende<sup>51</sup>, werd hierbij dikwijls een beroep gedaan op art. 26 IVBPR. In het verleden heeft de Hoge Raad dit artikel enkele malen rechtstreeks en in horizontale verhoudingen toegepast, zonder dit echter met zoveel woorden te bevestigen.<sup>52</sup>

In een recent arrest heeft de Hoge Raad zich wel uitvoeriger uitgelaten over de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht. Dit betrof de zaak *Parallel Entry/KLM*.

In deze zaak beriepen de KLM-vliegers, die voorheen gevlogen hadden voor de dochter KLM-cityhoppers, zich op het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid om te bereiken dat hun dienstjaren bij de dochter meetelden bij de berekening van hun senioriteit voor de salariering. In 1994 had de Hoge Raad in het *Agfa*-arrest geoordeeld dat de rechtbank terecht 'het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloon, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat' in aanmerking had genomen bij de vraag wat de verplichting om als goed werkgever te behandelen meebrengt.<sup>53</sup>

In dit arrest geeft de Hoge Raad een redeneerschema voor de toepassing van internationaal erkende rechtsbeginselen. In de eerste plaats wordt bezien of het desbetreffende beginsel door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt geregeld.<sup>54</sup> Is dat niet het geval, dan kan de vraag of sprake is van een schending van het begin-

51 Art. 14 EVRM is gekoppeld aan de overige bepalingen uit het EVRM. Inmiddels is echter het Protocol voor Nederland van kracht geworden, waarin wel een algemeen gelijkheidsbeginsel is opgenomen.

52 HR 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 694; HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*).

53 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (*Agfa-Schoolderman*).

54 De Hoge Raad vermeldt niet waarom art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR geen rechtstreeks werkende bepalingen zouden zijn, zoals in eerdere uitspraken impliciet werd aangenomen, zie noot . Wel komt art. 26 IVBPR bij de tweede stap terug.

sel slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW. Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap inhouden moet vervolgens het rechtsbeginsel ‘in aanmerking worden genomen’ (art. 3:12 BW). Daarbij kan aan een beginsel dat steun vindt in verdragsbepalingen (in casu art. 26 IVBPR en art. 7 IVESCR) een zwaar gewicht worden toegekend. Maar dit is niet doorslaggevend, het beginsel moet naast andere omstandigheden van het geval worden betrokken in de afwijking of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Vervolgens is een terughoudende toetsing tevens op haar plaats indien het gaat om een contractueel overeengekomen bepaling, aangezien het dan gaat om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Derhalve kan de contractuele bepaling slechts wijken indien de schending van het rechtsbeginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetzelfde geldt eens te meer indien de schending voortvloeit uit een CAO, omdat dan tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is.<sup>55</sup>

Dit arrest biedt enerzijds op een aantal punten duidelijkheid, maar op een aantal andere punten roept het nieuwe vragen op. Duidelijk is de gedachtegang dat eerst wordt gezien of het gaat om een wettelijke regeling of een verdragsbepaling. Mijns inziens dient hieruit te worden afgeleid dat voortaan eerst dient te worden nagegaan of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt. Zo dit het geval is, staat niet meer ter discussie dat die bepaling volledig gelding heeft, met uiteraard daaraan gekoppeld de grenzen waarin het verdrag zelf voorziet.

Is er geen sprake van zo’n wet of rechtstreeks werkende verdragsbepaling, dan werkt een rechtsbeginsel door over de band van art. 3:12 BW via de redelijkheid en billijkheid, in het arbeidsrecht meer specifiek het goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611).

Met dit redeneersysteem sluit de Hoge Raad aan bij het grondwettelijk systeem van doorwerking van internationaal recht. Anders dan door sommige schrijvers is gesuggereerd, werken grondrechten niet slechts indirect door in het arbeidsrecht. Van indirecte doorwerking is pas sprake indien het gaat om een niet in de wet of in een rechtstreeks werkende verdragsbepaling geregeld grondrecht.

55 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68, *RvdW* 2004, 26, r.o. 3.3 (*Parallel Entry/KLM*).



Een tweede punt – meer in het bijzonder het gelijkebehandelingsrecht betreffende – is dat de Hoge Raad niet is ingegaan op de suggestie om over te gaan tot het opstellen van een rechterlijke rangorde van meer en minder erge vormen van onderscheid, waartoe de Amsterdamse Rechtbank, A-G Keus en de advocaat van KLM wel hun toevlucht hadden gezocht. Anders dan in de Verenigde Staten, waar zulke classificatiesystemen (vaak bij gebreke van een wettelijke regeling) wel door de rechter zijn ontwikkeld, hebben wij immers de toetsing van verboden onderscheid uitvoerig geregeld in onze wetgeving. Dat uit zich met name in het feit dat direct onderscheid bij bepaalde discriminatieverboden (zoals die genoemd in de Algemene wet gelijke behandeling) niet vatbaar is voor buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden en bij andere discriminatieverboden (arbeidsduur, tijdelijk werk, handicap of chronische ziekte, leeftijd) wel. De Hoge Raad sluit aan bij dit wettelijke systeem en houdt dit in stand. In feite is er nu een derde categorie van niet-wettelijk geregelde verboden vormen van onderscheid ontstaan, die moeten worden afgevoegen tegen andere factoren van redelijkheid en billijkheid.

Schematisch kunnen de gradaties van bescherming bij ongelijke behandeling op grond van het arrest *Parallel Entry/KLM* als volgt worden weergegeven:

**I Discriminatie geregeld in de AWGB<sup>56</sup>**

Bij direct onderscheid alleen de wettelijke rechtvaardigingsgronden, bij indirecte discriminatie ook andere objectieve rechtvaardiging mogelijk.

**II Discriminatie op grond van andere wettelijk geregelde criteria<sup>57</sup>**

Bij direct en indirect onderscheid objectieve rechtvaardiging mogelijk.

**III Overige ongelijke behandeling**

Factor bij afweging belangen in het kader van redelijkheid en billijkheid. Indien rechtsbeginsel steun vindt in niet-rechtstreeks werkende verdragsbepaling factor van zwaar gewicht. Contracten worden hiervoor echter alleen terzijde gesteld als zij tot onaanvaardbare resultaten leiden. Dit geldt nog sterker voor CAO's.

Wat betreft de verhouding met Europees recht is nog interessant dat de Hoge Raad in het *Parallel Entry/KLM*-arrest voor zijn interpreta-

56 Godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

57 Arbeidsduur, tijdelijk arbeidscontract, handicap en chronische ziekte, leeftijd.

tie tevens gebruikmaakt van het *Brunhofer*-arrest.<sup>58</sup> Dit arrest van het HvJ EG wordt dus thans niet alleen gehanteerd bij de doorwerking van EG-recht, maar ook bij de uitleg van indirect doorwerkende rechtsbeginselen die in VN-verdragen zijn neergelegd. Overigens gebeurt dit hier wel in die zin, dat een ruimere dan strikt letterlijke uitleg wordt toegelaten. Het ging er hier om dat in het *Brunhofer*-arrest is uitgemaakt dat bij een vergelijking van gelijke arbeid voor gelijk loon ook andere factoren dan de arbeid zelf, zoals opleiding en ervaring mogen worden meegewogen. Mijns inziens mogen we nog niet verwachten dat de soms zeer strenge uitleg van het HvJ EG van discriminatiebepalingen nu ook wordt uitgebreid tot de uitleg van VN-verdragen.

#### 4.5.4 *EVRM en ontslagrecht*

Een in het Nederlandse arbeidsrecht reeds jarenlang bestaande strijd-vraag is die naar de verenigbaarheid van het preventieve toezicht op opzeggingen door de CWI, zoals neergelegd in het BBA 1945. Sinds de zaak *Obermeijer* uit 1990 is het duidelijk dat het Nederlandse stelsel in het licht van het EVRM kwestieus is, omdat de toegang tot de rechter is afgesloten over de geldigheid van het ontslag in geval van fouten in de toestemmingsprocedure bij de CWI. In het verleden heeft de toenmalige Europese Commissie voor de rechten van de mens wel vastgesteld dat voor de werknemer na een verleende toestemming altijd nog de mogelijkheid openstaat van een schadevergoeding in een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag. Maar de *Obermeijer*-zaak heeft in een soortgelijke Oostenrijkse zaak duidelijk gemaakt dat het EHRM strenger is.<sup>59</sup> Ook het Belgische Arbitragehof heeft het afsnijden van de toegang tot de rechter in ontslagzaken onjuist geoordeeld.<sup>60</sup> Deze zaak wacht dus op een Nederlandse werkgever of werknemer die een zaak aan het EHRM voorlegt. Nu komen met regelmaat fouten voor in CWI-procedures, die thans vaak worden uitgevochten via schadeclaims op grond van onrechtmatige daad en klachten bij de Nationale ombudsman. Overigens heeft ook de Hoge Raad zich niet recentelijk in deze kwestie kunnen uitspreken.

58 HvJ EG 26 juni 2001, nr. C-381/99, *Jur.* 2001, p. I-4961, *NJ* 2002, 10, r.o. 43-45, *JAR* 2001/159 (*Brunhofer*).

59 EHRM 28 juni 1990, *Series A*, Vol. 79, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782 (*Obermeijer*).

60 Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 57/93, *RW* 1993-94, 538. Zie nader W. van Eeckhoutte, 'Ontslagrecht in België', *TPR* 2001/4.

Slechts de Rechtbank 's-Gravenhage heeft schadevergoedingen toegekend op grond van onrechtmatige daad bij onjuist verlopen procedures, waarbij art. 6 EVRM een rol speelde.<sup>61</sup> Ook de Nationale ombudsman honoreert met regelmaat klachten op dit punt.

Het juridische gebrekkige systeem van preventief toezicht is ook ter discussie gesteld in het advies van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, waarvan De Laat en ikzelf beiden lid waren. Deze grotendeels uit juristen bestaande commissie wees het bestaande systeem af en stelde een 'EVRM-proof' nieuw stelsel van ontslagrecht voor. De Stichting van de Arbeid, bestaande uit de centrale organisaties van werkgevers en werknemers, wees dit voorstel echter af, zonder zich te bekommeren om de discussie over de verenigbaarheid van het huidige stelsel met het EVRM. Het is goed denkbaar dat de regering niet tegen de wensen van de Stichting van de Arbeid in zal gaan, ondanks de vele ook bij haar bekende argumenten die tegen het huidige stelsel van ontslagrecht pleiten. Thans leven wij daardoor in de situatie waarin de advocaat die een zich daartoe lenende zaak voorlegt aan het EHRM een grote kans heeft het Nederlandse ontslagrecht op te blazen. Een interessante vraag is of ook de Nederlandse rechter thans reeds gehouden zou zijn de *Obermeijer*-zaak toe te passen en de wet daarvoor buiten werking te stellen. Dit zou kunnen doordat een bestuursrechter een beroep ontvankelijk zou achten tegen een beslissing van de CWI, onder terzijdestelling van de bijlage bij de Awb of art. 6 lid 10 BBA 1945. Nog wat verder zou het gaan indien een civiele rechter zich competent zou achten om een opzegging te vernietigen wegens strijd met het EVRM. Bepalend hiervoor is in theorie de vraag of art. 6 EVRM zich leent voor rechtstreekse werking, want volgens art. 93 Grondwet moet de rechter strijdige wettelijke bepalingen dan buiten toepassing laten. De Nederlandse rechter zal, naar ik vrees, een dergelijke vergaande uitspraak niet voor zijn rekening durven nemen en daarvoor wellicht aanvoeren dat de toepasbaarheid van de *Obermeijer*-zaak in de Nederlandse situatie niet zeker is. Ook hier zouden echter in de eerste plaats een betrokkene en diens advocaat de moed moeten opbrengen om de kwestie voor te leggen aan een rechterlijk college.

We komen daarmee aan de op de achtergrond liggende meer structurele vraag in hoeverre de Nederlandse rechter bereid is belangrijke

61 Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181; Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12.

constitutionele vragen principieel te beslissen. De Nederlandse rechter heeft traditiegetrouw een pragmatische geest en denkt niet sterk in termen van grondrechten.<sup>62</sup> Dit is sterk bevorderd doordat (al is het ook de reden waarom) Nederland geen constitutionele toetsing kent. Het is dan ook tekenend dat de vorige president van de Hoge Raad in zijn afscheidsrede als persoonlijk standpunt te kennen gaf dat de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten in de Grondwet geen invoering meer behoeft<sup>63</sup>, omdat het nieuwe Europese Grondwettelijk verdrag ook reeds een grondrechtenhandvest bevat. Nog afgezien van de vraag of dit verdrag spoedig in werking zal kunnen treden, is het echter ook de vraag of Nederlandse wetten wel kunnen worden getoetst aan dit verdrag voorzover zij niet door Europees recht zijn beïnvloed.

Het niet-constitutioneel denken in arbeidsrechtelijke zaken is ook een gevolg van het sterk civielrechtelijke denken dat overheerst in de civiele rechtspraak, waarbij het uitgangspunt van gelijkheid van partijen overheerst. De civiele rechter vertrouwt instinctief meer op het principe van belangenafweging, waarbij hij aan grondrechten eventueel een hogere status toekent dan aan andere belangen. Maar het arbeidsrecht heeft ook duidelijk publiekrechtelijke invloeden en heeft ongelijkheidscompensatie als uitgangspunt. En daarom is doorwerking van grondrechten in het arbeidsrecht een belangrijke zaak, die veel consequenter aandacht behoeft dan in het burgerlijk recht gebruik is.<sup>64</sup> Bemoedigend is dat ook in het civiele recht toenemende belangstelling bestaat voor de 'constitutionalisering' van het recht.<sup>65</sup>

62 Dit is des te erger als men het betoog volgt van Rood, dat grondrechten in het arbeidsrecht juist door de rechter moeten worden toegepast, omdat de wetgever te ruime beperkingsclausules zou moeten opnemen, M.G. Rood, 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 125-141.

63 Op 14 oktober 2004 heeft de Tweede Kamer ingestemd met een initiatiefwetsvoorstel tot grondwetswijziging ter zake, zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 331 A.

64 Zie nader E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 28), Deventer: Kluwer 1999.

65 J. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2003.

## 4.6 Conclusie

Geleidelijk ondervindt de Nederlandse rechtspraak in toenemende mate Europese invloeden, maar deze zijn nog niet erg consequent, standvastig en uitgekristalliseerd. Zij lijken nog te veel afhankelijk van de vraag welke partij dit element inbrengt en of zij dit op de juiste wijze doet om effectief te zijn. Het Europese recht leeft nog onvoldoende om van een vanzelfsprekende en consequente toepassing te kunnen spreken.

De toepassing van het Europese arbeidsrecht in het Nederlandse arbeidsrecht vereist een nauwgezette studie van en een grote deskundigheid in het Europese arbeidsrecht. Het is duidelijk dat dit veel vergt van de Nederlandse rechter en dus ook van de Hoge Raad. In de rechtspraak begint dit besef langzamerhand door te dringen en geleidelijk wordt meer afstand genomen van Nederlandse tradities en meer ruimte geboden aan Europeesrechtelijke benaderingswijzen. Daarbij valt op dat in diverse gevallen aanvankelijk wordt uitgegaan van klassiek civilistische denkwijzen die vervolgens onder Europese invloed in meer arbeidsrechtelijke zin moeten worden bijgesteld.

Dit is naar mijn indruk een structureel verschijnsel dat mede zijn oorzaak vindt in de Nederlandse rechterlijke organisatie, die op arbeidsrechtelijk gebied sterk afwijkt van die in de rest van Europa. In Nederland is specifieke aandacht voor het arbeidsrecht in de rechtspraak niet zonder meer gegeven.<sup>66</sup> Wel hebben wij in eerste instantie door de thans nog bestaande (maar voor de toekomst niet verzekerde), zelfstandige positie van de sector kanton in de rechtbanken, nog een rechter die in het algemeen veel deskundigheid heeft op het gebied van het arbeidsrecht. Bij de gerechtshoven wisselt de aanpak, maar niet overal is daar de arbeidsrechtelijke appèlrechtspraak gebundeld in kamers die op dit gebied de nodige deskundigheid kunnen ontwikkelen. Bij de Hoge Raad wordt het arbeidsrecht behandeld door de civiele kamer, die geen specialisten op dit gebied telt. In de meeste Europese landen is dat anders en is de arbeidsrechtspraak

66 Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer & G.J.J. Heerma van Voss, 'Een discussie over de rol van de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a., *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 331-365, par. 5, ook met vergelijking met de socialeverzekeringsrechtspraak. Voorts A.Ph.C.M. Jaspers, 'Arbeidsrechtspraak in geding', *ArA* 2001-3, p. 4-51; C.J. Loonstra, *De kantonrechter als arbeidsrechter* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2000.

ondergebracht bij gespecialiseerde rechters.<sup>67</sup> Daardoor is de arbeidsrechtelijke benaderingswijze daar meer geïnstitutionaliseerd en is het belang van de arbeidsrechtelijke leerstukken daar meer erkend. Als gevolg van deze situatie heeft Nederland een handicap ten opzichte van andere landen die ook doorwerkt bij de toepassing van Europees arbeidsrecht. Het lijkt er wel eens op dat het arbeidsrechtelijk denken via de omweg van Europa in onze rechtspraak moet doordringen om het heersende civielrechtelijke instrumentarium te kunnen beïnvloeden. Bij het arbeidsrecht spreken we over het recht dat het leven en het inkomen van het grootste deel van de bevolking dagelijks bepaalt. Een grotere aandacht voor de eigen kenmerken van dit vakgebied in de Nederlandse rechterlijke organisatie zou ons land niet alleen organisatorisch, maar ook inhoudelijk meer in lijn kunnen brengen met de Europese 'mainstream'.

67 A. Goldman, 'Settlement of Disputes over Interest' en dez., 'Settlement of Interest over Rights', in: R. Blanpain & C. Engels (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague: Kluwer Law International 1998.

# 5 De Hoge Raad en de zieke werknemer

*Prof. mr. C.J. Loonstra\**

## 5.1 Inleiding

Een werknemer is kwetsbaar, een zieke werknemer is dubbel kwetsbaar en verdient daarom (nog) meer bescherming dan zijn niet-zieke collega. Deze opvatting blijkt uit het bekende arrest van de Hoge Raad uit 1986<sup>1</sup> waarin wordt geoordeeld dat het opzegverbod tijdens ziekte van (toen) art. 1639h lid 3 BW en thans art. 7:670 lid 1 BW ten doel heeft 'de werknemer te vrijwaren van de psychische druk welke een ontslaagaanzegging tijdens zijn ziekte kan veroorzaken.' Vanuit dit gegeven stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat het niet geoorloofd is wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst tijdens de periode van ziekte opzegt met het voorbehoud dat de toepasselijke opzegtermijn gaat 'lopen' zodra de werknemer van zijn ziekte hersteld is. De dubbele kwetsbaarheid van de zieke werknemer staat een dergelijke handelwijze van de werkgever in de weg, zo zou ik het standpunt van de Hoge Raad in andere bewoordingen weergeven. Deze noodzakelijke extra bescherming is niet meer nodig zodra er een (medische) herstelverklaring is uitgesproken. De werknemer is dan weer 'gewoon' kwetsbaar en geniet de 'normale' rechtsbescherming.

In deze bijdrage ter ere van Sjef de Laat als scheidend voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht, zal ik in vogelvlucht nagaan in hoeverre de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de zieke werknemer in overeenstemming is met de in het hiervoor genoemde arrest uit 1986 uitgesproken gedachte dat een zieke werknemer (vrij vertaald) geen arbeidsrechtelijke besommeringen aan zijn hoofd moet hebben, omdat deze zijn genezingsproces belemmeren. Ik zal mij daarbij beperken tot enkele veelvoorkomende thema's rondom ziekte, te weten:

\* Prof. mr. C.J. Loonstra is hoogleraar arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 292, m.nt. PAS.

1. ontslag op staande voet;
2. aanbieden van de bedongen en/of van passende arbeid;
3. de status van medische uitspraken; en
4. de al dan niet herstelverklaring.

Vervolgens sta ik kort stil bij de laatste twee ingrijpende wetgevingsoperaties rondom het thema arbeidsongeschiktheid wegens ziekte: de WVP, ingevoerd op 1 april 2003 en (zoals deze in de wandelgang wordt genoemd) Wulbz 2, op 1 januari 2004 in werking getreden. Zijn er spanningsvelden tussen Hoge Raad en wetgever te constateren in de wijze van benadering van het ‘verschijnsel’ zieke werknemer en, zo ja, zou daaraan en vermoeden kunnen worden ontleend over de wijze waarop de Hoge Raad geschillen naar aanleiding van de WVP en Wulbz 2 zal beslechten?

## 5.2 Rechtspraak Hoge Raad over de zieke werknemer

### 5.2.1 *Ontslag op staande voet en ziekte*

In de jaren zeventig en tachtig van de twintigste eeuw heeft de Hoge Raad een aantal arresten gewezen over de op grond van onwettig werkverzuim op staande voet ontslagen werknemer, die zich verweert met de stelling dat hij niet kon werken, omdat hij ziek was of dat hij erop mocht vertrouwen dat hij ziek was.<sup>2</sup> In een interessante bijdrage aan het *NJB* beginjaren tachtig van de vorige eeuw, heeft Rood<sup>3</sup> deze jurisprudentie aan een analyse onderworpen en heeft daarbij onder andere de volgende subnormen uit deze HR-rechtspraak afgeleid.

Wat betreft het materiële recht:

1. werkverzuim ten gevolge van arbeidsongeschiktheid levert geen dringende reden op;

2 Zie HR 6 juni 1975, *NJ* 1975, 484, m.nt. GJS; HR 18 april 1980, *NJ* 1980, 473, m.nt. PAS; HR 22 januari 1982, *NJ* 1982, 470, m.nt. PAS; HR 14 mei 1982, *NJ* 1982, 604; HR 21 mei 1982, *NJ* 1982, 605; HR 18 juni 1982, *NJ* 1982, 606, m.nt. PAS en HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 355.

3 M.G. Rood, ‘Ontslag op staande voet, ziekte en de Hoge Raad’, *NJB* 1983, p. 1101-1107.



2. arbeidsongeschiktheid in deze zin is aanwezig als de werknemer ziek is of als de werknemer te goeder trouw mocht menen ziek te zijn, ook als later het tegendeel blijkt;
3. arbeidsongeschiktheid is ook aanwezig als de werkgever weliswaar te goeder trouw mocht menen dat de werknemer niet ziek was, doch later het tegendeel blijkt.

Wat betreft het formele recht:

4. bewijs van het verzuim en van de onwettigheid daarvan rust in beginsel op de werkgever;
5. van de regel onder 4 kan worden afgeweken wanneer aan de omstandigheden van het geval een vermoeden van onwettigheid van het verzuim valt te ontlenen.

Deze subnormen tonen aan dat de werknemer in een arbeidsrechtelijk veilige haven wordt geloodst, zodra de werknemer een hem verstrekt ontslag op staande voet pareert met een gestelde (te goeder trouw veronderstelde) ziekte. De werkgever zal dan immers daaropvolgend als hoofdregel moeten bewijzen dat de werknemer én niet ziek was én (indien de werknemer dit in de procedure opvoert) eveneens niet te goeder trouw mocht aannemen dat hij ziek was.<sup>4</sup>

Gelden voornoemde subnormen anno 2005 nog steeds? Deze vraag zou ik bevestigend willen beantwoorden. De privatisering van de Ziektewet heeft geen invloed gehad op de opvatting van de Hoge Raad met betrekking tot de op staande voet wegens onwettig verzuim ontslagen werknemer die stelt (te goeder trouw) ziek te zijn. Het arrest *Halverstad/BNI* vormt daarvan een mooie illustratie.<sup>5</sup> Met ingang van 24 juni 1997 is Halverstad door de bedrijfsarts (Arboarts) volledig arbeidsgeschikt verklaard na al regelmatig op onduidelijke gronden afwezig te zijn geweest. Overeenkomstig het advies van laatstgenoemde heeft BNI ten behoeve van Halverstad ingaande 1 juli 1997 een werkschema op fulltime basis gemaakt voor aangepast werk. Op 9 juli 1997 kreeg Halverstad van zijn werkgever toestemming om aangifte te doen van insluiping in zijn woning. Noch op die dag, noch op de twee daaropvolgende dagen is Halverstad op het werk verschenen, hoewel hij gedurende die dagen én met de

4 De hierna nog te behandelen arresten *Halverstad/BNI* en *ICM/Huis* zijn voorbeelden van casus waarin de werknemer zich beperkte tot het verweer dat hij ziek was. Het aspect dat hij te goeder trouw mocht aannemen ziek te zijn, kwam diensentgevolge ook niet aan de orde.

5 HR 14 december 2001, *JAR* 2002/17.

bedrijfsarts én met de werkgever nog contact heeft gehad. Ontslag op staande voet volgde wegens ongeoorloofd werkverzuim. Later bleek Halverstad sinds 1996 aan een psychose te lijden. BNI stelde zich in de loonprocedure op het standpunt dat Halverstad van 9 tot en met 11 juli 1997 niet arbeidsongeschikt wegens ziekte was en dat zij van de psychose niet op de hoogte was en daarvan redelijkerwijs ook niet op de hoogte kon zijn.<sup>6</sup> De rechtbank honoreerde dit verweer:

‘Op het moment dat BNI overging tot het ontslag op staande voet had zij daarvoor een geldige dringende reden in het eigenmachtig wegblijven van het werk door Halverstad, die kort daarvoor nog uitdrukkelijk op de ongeoorloofdheid was gewezen en die zich op 9, 10 of 11 juli 1997 niet heeft ziek gemeld (...). Dat naderhand is gebleken dat Halverstad waarschijnlijk al geruime tijd leed aan een psychose ontleemt aan de gang van zaken op 10 en 11 juli 1997 niet het karakter van een dringende reden voor BNI. Zij wist op dat moment niet van de ziekte van Halverstad en zij behoefde met die mogelijkheid in de gegeven omstandigheden geen rekening te houden.’

De Hoge Raad casseerde dit oordeel:

‘Onderdeel I van het middel klaagt terecht dat de Rechtbank aldus oordelende heeft miskend, dat werkverzuim van de werknemer in beginsel geen dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert indien de werknemer ten tijde van het werkverzuim arbeidsongeschikt was, en dat dit niet anders is in het geval dat de werkgever ten tijde van de ontslagaanzegging in redelijkheid heeft mogen aannemen dat de werknemer arbeidsgeschikt was.’

Een oordeel van gelijke strekking gaf de Hoge Raad in een arrest uit 1997.<sup>7</sup> De werkgever had geen succes met het verweer dat hij in het kader van het gegeven ontslag op staande voet redelijkerwijs mocht uitgaan van het oordeel van de (toenmalige) bedrijfsvereniging dat de werknemer arbeidsgeschikt was met betrekking tot de bedongen arbeid. Voorts was er naar de opvatting van de Hoge Raad geen reden op die grond af te wijken van de hoofdregel, dat de werkgever de be-

6 De Arbo-arts is immers niet gerechtigd de werkgever mededeling te doen over de ziekte zelf waaraan de werknemer lijdt. De arts mag slechts aangeven welke de functionele beperkingen voor de werknemer zijn vanwege zijn ziekte.

7 HR 3 oktober 1997, *JAR* 1997/232.

wijslast draagt van de stelling dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was.

Deze werknemersvriendelijke benadering van de Hoge Raad<sup>8</sup> kent overigens (hoe kan het anders) ook weer haar grenzen. Alcoholverslaving is bijvoorbeeld kennelijk geen ziekte. De hierboven genoemde subnormen zijn derhalve niet op dit 'verschijnsel' van toepassing.<sup>9</sup>

De invoering van de Wulbz met ingang van 1 maart 1996 leidt overigens wel tot onduidelijkheid met betrekking tot de bewijslastverdeling, ingeval het ontslag op staande voet (beduidend) later volgt dan het moment waarop de werknemer zich op het standpunt stelt, arbeidsongeschikt te zijn wegens ziekte. Het regime art. 7:629 BW legt immers de bewijslast op de werknemer: hij zal (uiteraard op grond van een second opinion van het UWV) moeten stellen en bewijzen dat hij ongeschikt is/was tot het verrichten van arbeid wegens ziekte, alvorens de loonvordering zal worden toegewezen.<sup>10</sup> Bij een ontslag op staande voet geldt, zo zagen we, de omgekeerde regel. In het arrest *ICM/Huis*<sup>11</sup> leidde deze uiteenlopende bewijslastverdeling tot een merkwaardige situatie. Huis, sedert 1975 werkzaam bij ICM, bleek meer dan 22 jaar zijn zwerfneurose te hebben onderdrukt.<sup>12</sup> In 1997 bleek hij niet meer tegen de neurose opgewassen. Met ingang van 31 maart 1997 verdween hij spoorloos met een bedrijfsauto van ICM. Toen deze auto op 11 juni 1997 zonder chauffeur in Zuid-Frankrijk was teruggevonden, heeft ICM Huis op 19 juni 1997 wegens ongeoorloofde afwezigheid op staande voet ontslagen. Huis is in oktober 1997 gevonden en is in november 1997 naar huis (althans naar Nederland) teruggekeerd. Op 26 november 1997 heeft

8 Zie over deze thematiek met betrekking tot onze cassatierechtspraak R.A.A. Duk, Cassatierechtspraak en arbeidsovereenkomst: onpartijdig partijdig', *SMA* 1998, p. 377-381 en zijn artikelen in latere jaren in *SMA* 2000, p. 151-155, *SMA* 2001, p. 525-531, *SMA* 2003, p. 142-149 en *SMA* 2004, p. 494-501. Werknemersvriendelijk toonde de Hoge Raad zich ook in zijn arrest van 8 oktober 2004, *JAR* 2004/259 en *JIN* 2004/52, m.nt. Loonstra.

9 HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223. Het arrest werd over de bandbreedte gespeeld van de schuldvraag en vormde wat betreft de beantwoording een herhaling van HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549, m.nt. PAS. Dat verslaving kennelijk geen ziekte behoeft op te leveren, concludeert ook P.C. Vas Nunes, 'Zo iemand niet wil werken, hij ook niet etc', *SR* 2004-3, p. 83-94, i.h.b., p. 87 en 88.

10 Niet voldoende is dat hij kan bewijzen dat hij te goeder trouw mocht menen arbeidsongeschikt te zijn.

11 HR 5 oktober 2001, *JAR* 2001/216.

12 Hoe ironisch de achternaam van de werknemer!

hij de nietigheid van het ontslag (op staande voet) ingeroepen en doorbetaling van zijn loon vanaf 31 maart 1997 gevorderd. Men zou enerzijds kunnen verdedigen dat allereerst ICM zal moeten bewijzen dat Huis vanaf 19 juni 1997 (de dag waarop het ontslag op staande voet is geëffectueerd) ongeoorloofd aanwezig is geweest, omdat hij niet arbeidsongeschikt was en niet te goeder trouw (redelijkerwijs) mocht aannemen arbeidsongeschikt te zijn. Zou ICM daarin niet slagen, dan dient de loonvordering vanaf 19 juni 1997 te worden toegevoegd. Huis zal daaropvolgend overeenkomstig de regel ex art. 7:629 BW moeten bewijzen dat hij met ingang van 31 maart 1997 (tot 19 juni 1997) arbeidsongeschikt was. Als de werkgever immers niet heeft bewezen dat de werknemer niet arbeidsongeschikt is (en dus arbeidsgeschikt), wil dit nog niet zeggen dat de werknemer *dus* arbeidsongeschikt was. En als hij wel heeft bewezen dat de werknemer vanaf de dag van ontslag op staande voet arbeidsgeschikt was, impliceert dit nog niet dat deze werknemer dat eveneens in de daaraan voorafgaande periode was. Anderzijds is verdedigbaar dat dit wel een erg omslachtige en van weinig realiteitszin getuigende (juridische) werkwijze is en dat de loonvordering beter – ter bescherming van de zieke werknemer (de werknemer althans die beweert ziek te zijn) – over de bandbreedte van de regels van het ontslag op staande voet kan worden beoordeeld, zodat de bewijslast ten behoeve van het antwoord op de uiteindelijke vraag of er loon moet worden doorbetaald, integraal op de schouders van de werkgever wordt gelegd. De rechtbank in *ICM/Huis* koos voor de laatste benadering. Zij oordeelde dan ook:

‘Indien ICM niet slaagt in het haar opgedragen bewijs, overweegt de rechtbank met de kantonrechter dat Huis jegens ICM aanspraak kan maken op betaling van ziekengeld over de periode van 31 maart 1997 tot 2 februari 1998.’<sup>13</sup>

De Hoge Raad bekrachtigde dit oordeel. Opmerkelijk is echter de reactie van de rechtbank naar aanleiding van het verweer van ICM dat Huis geen *second opinion* ex art. 7:629a BW heeft overgelegd en dat hij niet de bij ICM geldende controlevoorschriften heeft nageleefd.

13 31 maart 1997 was de eerste dag van (gestelde) ziekte; op 2 februari 1998 heeft Huis zich beter gemeld en heeft zich jegens ICM beschikbaar gesteld voor het verrichten van de overeengekomen arbeid. De kantonrechter heeft met ingang van 10 maart 1998 de arbeidsovereenkomst ontbonden zonder toekenning van een vergoeding.

Dat zijn verweren die op het Wulbz-traject betrekking hebben en die niet de regels inzake het ontslag op staande voet betreffen. Strikt genomen zou in het verlengde van het eerste standpunt moeten worden geoordeeld dat deze aspecten in casu geen juridische relevantie hebben, nu de subnormen van het ontslag op staande voet wegens onwettig verzuim van toepassing zijn in het kader van het verweer dat van ziekte sprake is. Noch de rechtbank noch de Hoge Raad oordeelde op deze wijze. Zij beide baseerden zich in hun oordeel op argumenten die aan het Wulbz-traject zijn ontleend (een oordeel dat overigens in het voordeel van Huis uitviel). Ondanks dit ietwat onduidelijke aspect, vermoed ik dat het volgens de Hoge Raad de bedoeling is, de subnormen van het ontslag op staande voet toe te passen, telkens als het hetzelfde ziekteverschijnsel betreft. De neurose van Huis tot zwerven had op de gehele ziekteperiode betrekking. Dit aannemende blijkt eens te meer dat de door de wetgever doorgevoerde privatiseringsoperatie van de Ziektewet, geen invloed heeft uitgeoefend op het onderwerp ontslag op staande voet en ziekte. De door Rood geformuleerde subnormen uit 1983 hebben tot op de dag van vandaag actualiteitswaarde.<sup>14</sup> Daaruit kan tevens worden afgeleid dat de Hoge Raad de dubbele kwetsbaarheid van de zieke werknemer die extra bescherming rechtvaardigt, ten gevolge van Wulbz en WVP niet uit het oog is verloren.

### 5.2.2 *De bedongen en de passende arbeid*

De Hoge Raad heeft de zieke werknemer ook extra bescherming geboden wanneer hij via de WAO-keuring niet of verminderd arbeidsongeschikt wordt bevonden. De werknemer, die tot 1 januari 2004 na één jaar en vanaf deze datum na twee jaar, de WAO in beeld ziet komen, loopt ten gevolge van de in deze wet gehanteerde loonkundige benadering van het begrip ‘arbeidsongeschiktheid’, het risico geen volledige WAO-uitkering te ontvangen, hoewel er medisch gezien op zichzelf niets is veranderd aan diens gezondheidstoestand. Kan deze werknemer dan nog terugvallen op de (meestal nog steeds aanwezige) arbeidsovereenkomst en heeft hij recht op ten minste een deel van het loon, ook al kan hij niet meer werken op grond van de overeengekomen condities? Of kan de werkgever met recht betogen dat de werknemer alleen dan recht op het afgesproken loon heeft, wanneer

14 Vgl. in dit verband ook E. Verhulp, ‘De dringende reden en het ontslag op staande voet’, in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2003, p. 87 e.v.

hij de prestatie waartoe hij zich heeft verplicht, ten volle kan verrichten? De Hoge Raad koos ten faveure van de werknemer en oordeelde in het reeds veelgenoemde arresten-trio *Roovers/De Toekomst, Van Haaren/Cehave* en *Goldsteen/Roeland*<sup>15</sup> dat een werknemer bij voortgaande arbeidsongeschiktheid wegens ziekte na één jaar, ook bereid is de bedongen arbeid te verrichten wanneer het aanbod een mindere omvang heeft dan hetgeen was overeengekomen; dat ook een (geheel of gedeeltelijk) aanbod tot het verrichten van passende arbeid als regel door de werkgever moet worden aanvaard en dat hij zo nodig de in zijn bedrijf bestaande arbeidsverdeling dan wel arbeidsorganisatie moet aanpassen of wijzigen, tenzij dit in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Bij het aanbieden van passende arbeid dient de werknemer het aanbod voorzover doenlijk te specificeren. In latere arresten heeft de Hoge Raad dit werknemersvriendelijke ‘model’ nader verfijnd en preciezer omsgrensd, deels zonder meer in het voordeel van de werknemer. Geoordeeld werd dat het ‘voorzover doenlijk specificeren’ van passende arbeid door de werknemer, beperkt kan blijven tot het aanbieden van de functies waartoe hij volgens het UWV-oordeel – gelet op zijn medische beperkingen – nog in staat is. Daarbij behoeft zelfs niet per se die ene functie te worden genoemd, welke in de organisatie van de werkgever (in tegenstelling tot de andere door het UWV geduide functies) is aan te treffen.<sup>16</sup> Uiteraard moet de werknemer wel enig concreet passend aanbod doen. Blijft de werknemer ‘hangen’ in het aanbod tot het verrichten van de bedongen arbeid, dan rust op de werkgever niet de verplichting, desondanks naar ander (passend) werk voor de werknemer te zoeken.<sup>17</sup> Op een voor 80% of meer arbeidsongeschikt verklaarde werknemer rust een zwaardere stel- en bewijslast wat betreft het aanbod tot het verrichten passende werk dan zijn in het kader van de WAO gedeeltelijk of niet arbeidsongeschikt verklaarde collega.<sup>18</sup> De werkgever zal de op medische gronden minder of enkel anderszins inzetbare werknemer concreet een aanbod moeten doen; hij mag

15 HR 3 februari 1978, *NJ* 1978, 248, m.nt. PAS; HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309, m.nt. PAS en HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441. Zie daarover onder meer I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 1999, p. 117 e.v.

16 HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/246.

17 HR 9 februari 2001, *JAR* 2001/41.

18 HR 23 april 2004, *JAR* 2004/116. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep met toepassing van art. 81 Wet RO. De genoemde zwaardere stel- en bewijslast voor de werknemer blijkt uit het vonnis van de rechtbank; A-G Verkade acht dit oordeel correct.

zich niet beperken tot het duiden van de mogelijkheid tot het verrichten van een specifieke passende functie.<sup>19</sup> De werknemer mag dus niet de dupe worden van een door de werkgever gevoerd zwalpend beleid. Deze opvatting blijkt voorts op het feit dat op de werkgever de plicht rust het loon dan wel een passend deel van het loon aan de zieke werknemer te betalen tot het moment waarop hij (met recht) aan de werknemer meedeelt dat er geen passende functie voor hem in de organisatie is.<sup>20</sup> Bij het antwoord op de vraag wat van de werkgever in redelijkheid kan worden gevergd in het kader van de aanpassing van de arbeidsverdeling of arbeidsorganisatie, mag worden uitgegaan van het aantal werknemers dat in de organisatie werkzaam is en behoeft de werkgever de mogelijkheid van uitbreiding niet te overwegen.<sup>21</sup> De Hoge Raad overwoog immers dat de werkgever in redelijkheid niet van het aanbod van de medisch gezien arbeidsongeschikte werknemer gebruik behoeft te maken, indien de frequentie van de gevallen waarin een beroep op collega's zou moeten worden gedaan om deze werknemer te ontlasten, zó hoog zou zijn dat dit niet meer (parafraserend) verantwoord is. De bescherming van de zieke werknemer behoeft terecht niet zover te gaan dat diens collega's een gezondheidsrisico gaan lopen.

De voorafgaande HR-jurisprudentie valt in het kader van de door Bruinsma gemaakte driedeling in de justitiële, de juridische en de rechts-politieke functie van cassatierechtspraak, zonder meer in de laatste categorie.<sup>22</sup> De rechts-politieke functie heeft betrekking op rechtspraak die in het bijzonder in het kader van de rechtsontwikkeling is geweest. Recht dat er niet was, althans niet door de (nationale) wetgever in regelgeving vastgelegd, wordt door de Hoge Raad gevormd. Het recht dat *Roovers/De Toekomst c.s.* heeft gebracht, beschouw ik als recht dat uitdrukkelijk is geënt op de dubbele kwetsbaarheid van de zieke werknemer. Het begrip 'bedongen arbeid' dan wel 'overeengekomen arbeid' wordt zo ver opgerekt of zelfs vervangen (in passende arbeid) dat een reële dreiging van inkomensachteruitgang vanwege de specifieke WAO-toets op het punt van de arbeidsongeschiktheid, (gedeeltelijk) kan worden gecompenseerd met

19 HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/246.

20 HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/42.

21 HR 26 oktober 2001, *JAR* 2001/238.

22 Freek Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 28 e.v.

loon te betalen door de werkgever, indien de werknemer concreet de bereidheid toont een gedeeltelijk van de bedongen dan wel passende arbeid te verrichten. Vanuit deze optiek beschouw ik het dan ook als principieel onjuist te stellen, zoals door de wetgever heeft en in de literatuur is gedaan, dat de Wet verbetering poortwachter (WVP) de rechtspraak inzake *Roovers/De Toekomst c.s.* heeft gecodificeerd.<sup>23</sup> De WVP heeft de zo spoedig mogelijke reïntegratie van de zieke werknemer als doel, opdat de WAO veel meer dan voorheen uit beeld zou blijven. De financiële positie van de zieke werknemer vanwege diens ziekte, is niet aan de orde, behalve dan in tegenovergestelde zin, namelijk dat hij zijn recht op loon kan verliezen als hij zijn verplichtingen op het vlak van de reïntegratie niet (toereikend) in acht neemt. De rechtspraak van de Hoge Raad is mijns inziens – zoals hiervoor aangegeven – op een geheel andere leest geschoeid.

Niet alleen principieel, ook praktisch gezien zijn er verschillen tussen de rechtspraak van de Hoge Raad en de WVP. Ik noem onder meer het feit dat het initiatief tot het aanbieden van passende arbeid en de concretisering daarvan, door de Hoge Raad op de arbeidsongeschikte werknemer is gelegd. Dit heeft als gevolg, zoals betoogd, dat de werkgever niet op zoek naar passend werk hoeft te gaan als de werknemer in dat verband geen aanbod doet. In het kader van de WVP is het vinden, aanbieden en accepteren van passende arbeid veel meer een verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer gezamenlijk. Passende arbeid in het tweede spoor is in het kader van de HR-rechtspraak niet aan de orde, in tegenstelling tot de WVP. Een opmerkelijk verschil is voorts dat in *Goldsteen/Roeland* is geoordeeld dat van de werkgever meer mag worden verwacht ingeval de arbeidsongeschiktheid is voortgekomen uit de werksituatie zelf dan wanneer de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid daarbuiten moet worden gezocht. Ten slotte is niet (geheel) duidelijk of het begrip ‘passende arbeid’ in de WVP (en in Wulbz 2) dezelfde betekenis heeft als passende arbeid in de rechtspraak van de Hoge Raad. De definitie van het op de WW geënte begrip ‘passende arbeid’ in art. 7:658a lid 3 BW wijkt (beduidend) af van de invulling van het begrip door de Hoge Raad in *Van Haaren/Cehave*. In dit arrest wordt gesproken van arbeid ‘welke voor zijn krachten en bekwaamheid is

23 Bijvoorbeeld *Handelingen II* met betrekking tot wetsvoorstel 29 231, 20 juni 2001, p. 89-5605 en *Handelingen II* 27 juni 2001, p. 92-5795; W.L. Roozendaal, ‘Arbeidsrechtelijke aspecten van de Wet Verbetering Poortwachter’, *SMA* 2002, p. 308.



berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kan worden opgedragen', een formulering die vooral aanknopingspunten heeft met het begrip 'passende arbeid' in de Ziektewet. De memorie van toelichting bij de WVP daarentegen formuleert (duidelijk) ruimer: 'In zijn algemeenheid dient de vraag wat passende arbeid is in elk concreet geval aan de hand van de omstandigheden te worden beantwoord. Als leidraad moet worden gevolgd dat het bij passende arbeid moet gaan om arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is. Het spreekt voor zich dat naarmate de arbeidsongeschiktheid langer duurt, een bredere oriëntatie ten aanzien van de te verrichten arbeid mag worden verwacht. Naarmate de duur van de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid langer is, kan van de werknemer worden verlangd dat deze concessies doet met betrekking tot door hem te verrichten werkzaamheden, als reïntegratie in de bedongen arbeid niet tot de mogelijkheden behoort.'<sup>24</sup>

Ik zou dan ook omwille van voornoemde principiële en praktische gronden willen pleiten voor een duidelijke scheiding tussen enerzijds de jurisprudentie van de Hoge Raad wat betreft de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer die zich na WAO-keuring tot zijn werkgever wendt met het verzoek arbeid te verrichten en de inhoud van de WVP anderzijds. Het zijn gescheiden trajecten, bedoeld voor werknemers die zich in niet vergelijkbare posities bevinden.

### 5.2.3 *De status van medische uitspraken*

Ziekte van een werknemer gaat doorgaans vergezeld van controle dan wel begeleiding door medisch geschoolden. De UWV-arts (de verzekeringsarts), de Arbo-arts (bedrijfsarts) en de huisarts zijn personen die veelal rondom de zieke werknemer een oordeel hebben over de medische toestand van betrokkene. Op wiens oordeel mogen een

24 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 20. Roozendaal, a.w., p. 314-315 signaleert een probleem daar waar de Hoge Raad spreekt van een 'passend deel van het loon' in plaats van loon. Volgens mij bedoelt de Hoge Raad echter te zeggen dat bijvoorbeeld '40% arbeidsongeschiktheid' niet automatisch betekent 'dus 60% arbeidsgeschiktheid', vrij vertaald bij een voltijdse aanstelling: dat 40% 'twee dagen ziek' betekent en dat er dus drie dagen (met loon over deze drie dagen) kan worden gewerkt. De conclusie van A-G Franx bij *Roovers/De Toekomst* vind ik altijd getuigen van een hoog staaltje van abstract juridisch denken.

werkgever en werknemer afgaan? Deze vraag zo gesteld geeft reeds aan dat het betreffende medische oordeel bekend moet zijn. De werknemer die op staande voet is ontslagen wegens ongeoorloofd werkverzuim, omdat de arts van de uitvoeringsorganisatie had geoordeeld dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was, terwijl het ontslag op staande voet op dat oordeel was gebaseerd, moet weet hebben gehad van de inhoud van dat oordeel. Als op dag 1 het onderzoek heeft plaatsgevonden, dan kan het ontslag op staande voet niet met succes op grond van de uitslag daarvan op dag 2 worden gegeven, als de werknemer eerst op dag 3 schriftelijk bericht heeft gekregen van het oordeel van de arts.<sup>25</sup>

Welk medisch oordeel geeft de doorslag als de huisarts van oordeel is dat de werknemer ziek is en daardoor arbeidsongeschikt, terwijl de Arbo-arts een tegenovergesteld standpunt inneemt? Bij mijn weten heeft de Hoge Raad zich over deze vraag, op deze manier gesteld, tot op heden niet uitgelaten. Dat is niet verwonderlijk omdat de praktijk doorgaans aldus verloopt dat de werkgever de werknemer op grond van het oordeel van de Arbo-arts oproept zich weer op de werkplek te melden, omdat hij niet ziek is. Zou de werkgever, aangenomen dat de werknemer geen gehoor aan de oproep geeft, omdat hij nog steeds meent arbeidsongeschikt wegens ziekte te zijn, vervolgens berichten dat hij de loonbetaling zal stopzetten, dan zal de werknemer bij volharding in zijn standpunt het UWV ex art. 30 Wet SUWI verzoeken een second opinion te geven. Aan het medische oordeel van de verzekeringsarts zullen partijen zich doorgaans refereren, reden waarom de kantonrechter in de praktijk zo sporadisch met geschillen ex art. 7:629 BW te maken krijgt. Zou de werknemer toch de kantonrechter inschakelen, dan zal deze veelal het UWV-besluit volgen, hoewel hij juridisch gezien geheel vrij is naar eigen inzicht te beslissen of de werknemer wel of niet arbeidsongeschikt is wegens ziekte.<sup>26</sup>

De werkgever kan ook besluiten zijn werknemer op staande voet te ontslaan, omdat de Arbo-arts zich, in tegenstelling tot de huisarts, op het standpunt stelt dat er van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte geen sprake is. Een dergelijk ontslag op staande voet houdt geen stand, leid ik uit *Chemlal/Jaarbeurs* af.<sup>27</sup> De werknemer mag te goe-

25 HR 22 februari 2002, *JAR* 2002/81.

26 Vgl. in dit geval Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2003, *JAR* 2003/145.

27 HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549, m.nt. PAS. Met de uitdrukkelijke kanttekening dat er in dit arrest slechts één arts in het spel was.

der trouw afgaan op het medische oordeel van zijn huisarts. Hij mag niet het slachtoffer worden van tegengestelde medische standpunten.

De situatie kan anders zijn als de een-op-eensituatie wordt doorbroken, bijvoorbeeld omdat de werknemer na huisartsconsult en bezoek aan de bedrijfsarts (met het respectievelijke oordeel arbeidsongeschikt en arbeidsgeschikt), ten tweede male door een bedrijfsarts (een andere persoon dan de eerste) en wel na het bezoek aan de huisarts, wederom arbeidsgeschikt wordt verklaard. De werknemer mag dan niet stilzitten en blijven uitgaan van hetgeen de huisarts hem heeft geadviseerd.<sup>28</sup> Niet duidelijk is of het arrest zo gekoppeld is aan het feit dat de werknemer in kwestie overspannen was, dat het uitsluitend betrekking heeft op deze vorm van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, of althans op soortgelijke ziekten. Ik ben geneigd het arrest in laatstgenoemde zin te interpreteren, mede gelet op de wijze waarop A-G Spier – wiens conclusie van belang is nu de Hoge Raad de zaak ex art. 101a (oud) Rv afdeed – zijn opvatting formuleert:

‘Voorzover het de klacht behelst dat een werknemer *steeds – ongeacht de omstandigheden* – mag afgaan op het oordeel van zijn huisarts berust het m.i. op een onjuiste rechtsopvatting. Zeker bij klachten nopens overspannen zijn, zal een huisarts in belangrijke mate af moeten gaan op hetgeen de patiënt hem vertelt. In casu heeft de Rechtbank geoordeeld dat en waarom er bij Schalken twijfel had moeten bestaan zodat hij nadere stappen had moeten nemen.’

Ik zou willen verdedigen dat een werknemer bij arbeidsongeschiktheid wegens psychische klachten actie moet ondernemen als er voor hem duidelijke indicaties zijn voor een medisch oordeel dat afwijkt van dat van de huisarts. Bij puur fysieke klachten – die veel ‘harder’ medisch vaststelbaar zijn – zal er naar mijn oordeel veel eerder reden zijn te concluderen dat de werknemer zich te goeder trouw op het oordeel van zijn huisarts mag blijven baseren.

Deze regel die uit het arrest van HR 23 juni 2000 kan worden afgeleid, is volgens mij niet in strijd met het verhoogde beschermingsniveau van zieke werknemers vanwege hun dubbele kwetsbaarheid. Het gaat hier immers om het antwoord op een voorvraag, namelijk of dit verhoogde niveau aan de orde is. En bovendien kan uit voornoemd arrest niet de conclusie worden getrokken dat de werknemer terecht

28 HR 23 juni 2000, *JAR* 2000/164.

op staande voet is ontslagen. Zijn stilzitten zal leiden tot het oordeel dat hij zal moeten bewijzen dat hij wel degelijk arbeidsongeschikt was.<sup>29</sup>

De vraag naar de status van een medisch oordeel kan zich ook nog op een andere wijze manifesteren. In de eerste plaats in het kader van een verzoek tot toestemming ex art. 6 BBA met betrekking tot een werknemer die langer dan twee jaar ziek is geweest. In het kader van een dergelijk verzoek kan het betreffende uitvoeringsorgaan van de werknemersverzekeringen om advies worden gevraagd over de arbeidsongeschikt van de werknemer, de mogelijkheden van herstel en de herplaatsingskansen (vgl. art. 5:2 Ontslagbesluit). In een arrest uit 1999 stelde de Hoge Raad zich op het standpunt dat wanneer een werknemer wegens langdurige arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen met toestemming van de (toenmalige) RDA, de werkgever in beginsel in redelijkheid mag afgaan op het oordeel van de (toenmalige) bedrijfsvereniging (een oordeel dat door de werknemer werd bestreden), gelet op de positie die het uitvoeringsorgaan in ons maatschappelijk bestel inneemt.<sup>30</sup> De Hoge Raad achtte het voorts niet onbegrijpelijk dat de rechtbank geen doorslaggevende betekenis had toegekend aan het oordeel van de door de werknemer ingeschakelde psychiater, omdat dit slechts enkele dagen voor de datum van ingang van het ontslag ter kennis van de werkgever is gebracht en in de brief die aan de werkgever was verzonden, niet was aangegeven hoe het oordeel tot stand was gekomen en waarop het gebaseerd was.

Enkele jaren later kwam de status van een medisch oordeel gegeven door het uitvoeringsorgaan (destijds de bedrijfsvereniging) opnieuw aan de orde, nu in een loonprocedure ex art. 7:628 BW.<sup>31</sup> In dit arrest had de werkgever de werknemer niet meer toegelaten de overeengekomen werkzaamheden te verrichten, zodra het uitvoeringsorgaan had medegedeeld dat de laatste volledig arbeidsongeschikt was voor de bedongen arbeid. De werknemer bestreed dit oordeel en kon in dat verband een ondersteunende verklaring van twee artsen overleggen. De rechtbank (sector bestuur) verklaarde het beroep van de werknemer gegrond. Laatstgenoemde vorderde daarop het loon over de periode dat hij niet door de werkgever tot het werk was toegelaten. Deze laatste beriep zich in de loonprocedure op het besluit van de bedrijfsvereniging, waarop hij – zo stelde hij – moet kunnen afgaan.

29 We zien hier een uitzondering op de hoofdregel, geformuleerd in par. 2.1.

30 HR 18 juni 1999, *JAR* 1999/148.

31 HR 23 juni 2000, *JAR* 2000/163.

De Hoge Raad was een andere mening toegedaan. Het verweer kan, zo oordeelde hij, in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard wanneer het, zoals in casu, gaat om een werknemer die, zichzelf niet ongeschikt achtend om het eigen werk te verrichten, zich bereid verklaart dit werk te verrichten en achteraf blijkt inderdaad niet ongeschikt voor eigen werk te zijn geweest. Een jaar later herhaalde de Hoge Raad dit oordeel in een gelijksoortige zaak, met dien verstande dat de werknemer zijn standpunt dat hij geschikt was de bedongen arbeid te hervatten op geen enkele wijze had onderbouwd. Voor het standpunt betreffende de toerekening ex art. 7:628 BW is deze laatste omstandigheid niet relevant.<sup>32</sup>

Waarom het advies c.q. oordeel van de bedrijfsvereniging/het Lisv/het UWV in het kader van een art. 681-procedure een ander gewicht (een andere status) heeft dan in een art. 628-procedure, ontgaat mij. Het lijkt mij ook niet juist. Ik kan althans geen (doorslaggevend) argument bedenken waarom het juridische gewicht van een advies c.q. oordeel van het (tegenwoordige) UWV, als dat gewicht rechtstreeks aan dat instituut zelf is gekoppeld, zou moeten variëren al naargelang het doel waarvoor dit advies/oordeel wordt gevraagd en al naargelang de juridische ingang op grond waarvan dit advies/oordeel aan de rechter wordt voorgelegd. Zelf zou ik er een voorstander van zijn de feitelijke situatie doorslaggevend te laten zijn. Was de betreffende werknemer daadwerkelijk wel of niet arbeidsongeschikt wegens ziekte? Al naargelang het antwoord op deze vraag komt het rechtsregime aan de orde dat op de betreffende situatie van toepassing is en zal in het verlengde daarvan duidelijk worden wie recht heeft op de extra bescherming die voortvloeit uit de aanwezigheid van ziekte.

#### 5.2.4 *Herstelverklaring*

De herstelverklaring door het uitvoeringsorgaan van de werknemersverzekeringen<sup>33</sup> heeft in de ogen van de Hoge Raad – niettegenstaande het vooraf gestelde – een in aanvang onaantastbare positie, althans voor de werknemer jegens wie deze herstelverklaring wordt uitge-

32 HR 6 april 2001, *JAR* 2001/80.

33 Na de invoering van Wulbz 1 en 2 kan vermoedelijk hetzelfde worden betoogd met betrekking tot een herstelverklaring door de Arbo-arts en een second opinion door het UWV ex art. 30 Wet SUWI dat de bevinding van de Arbo-arts ondersteunt.

sproken. Ook als deze betwist weer geschikt te zijn de bedongen arbeid te verrichten omdat hij niet meer ziek zou zijn, zal hij bij een herstelverklaring de bereidheid in de richting van zijn werkgever moeten uitspreken de bedongen arbeid te verrichten, wil hij althans zijn recht op loon niet verliezen. Dat is niet anders ingeval de werknemer beroep tegen het oordeel van het uitvoeringsorgaan heeft ingesteld.<sup>34</sup> Van bereidheid ex art. 7:628 BW zal dan ook eerst sprake zijn indien de werknemer doet blijken de bedongen arbeid daadwerkelijk te zullen hervatten, zodra de werkgever hem daartoe in de gelegenheid stelt.<sup>35</sup> Voor de werknemer heeft deze benadering van de Hoge Raad iets schizofreens. Van Slooten formuleert dit pregnant als volgt (zonder overigens de kwalificatie 'schizofreen' te gebruiken):

'Hij [de werknemer, CJL] kan óf zijn bereidheid niet uitspreken (omdat hij immers zegt ziek te zijn), maar loopt dan het risico dat de rechter de herstelverklaring aanvaardt en hem dus een loonvordering ontzegt, óf zijn bereidheid wél uitspreken (om voornoemd risico te vermijden), maar hij loopt dan het risico dat de werkgever hem ook daadwerkelijk oproept en hij door verrichting van het werk zijn eigen stelling in de procedure omtrent de herstelverklaring ondergraaft (hij blijkt immers wel te kunnen werken als het moet). Voorts loopt hij dan (naar zijn eigen beleving) een gezondheidsrisico.'<sup>36</sup>

Ook de werkgever zal over het algemeen enige moeite met deze benadering hebben, maar vermoedelijk (beduidend) minder dan de werknemer. Zodra de herstelverklaring een feit is, zal de werkgever de werknemer simpel kunnen oproepen weer aan het werk te gaan. Mocht de rechtbank (sector bestuur) en/of de Centrale Raad van Beroep tot het oordeel komen dat de beslissing van het UWV een juiste is geweest, dan heeft dit uiteraard civielrechtelijk geen staartje meer.<sup>37</sup> Dat kan anders zijn als de (hoger)beroepsrechter tot het tegenovergestelde oordeel komt. In dat geval zou de werknemer, mocht hij ten gevolge van zijn arbeidsverrichting (welke hij, met terugwerkende kracht, vanwege arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, toch

34 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 237.

35 HR 18 januari 1991, *NJ* 1991, 273.

36 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 222.

37 Hetzelfde geldt in de situatie dat de Arbo-arts en nadien het UWV ex art. 30 Wet SUWI tot het oordeel komen dat de werknemer arbeidsgeschikt is en de kantonrechter onderschrijft dit oordeel.

niet had mogen verrichten) materiële en/of immateriële schade hebben geleden, op grond van wanprestatie een schadevergoedingsactie tegen zijn werkgever kunnen instellen. Voor deze laatste lijkt zulks niet rampzalig. Aannemelijk is dat hij de financiële gevolgen van een dergelijke vordering op zijn beurt weer kan 'doorvertalen' naar de uiteindelijke 'veroorzaker' van het (achteraf onjuist gebleken) besluit. Op grond van een vordering ex art. 6:162 BW zou het dan de 'vervuiler' zijn (het uitvoeringsorgaan dan wel de Arbo-dienst) die moet betalen, dat wil zeggen, degene die met de schade blijft zitten. Lastiger wordt de situatie voor de werkgever wanneer hij op hem moverende redenen liever geen gebruik wenst te maken van de diensten van de hersteld verklaarde, maar zich nog altijd ziek voelende werknemer. Menig werkgever zal in deze situatie de werknemer 'gewoon' oproepen, om tegelijk een exit route voor te bereiden en uit te voeren.

De bereidverklaring door de werknemer na herstelverklaring dient ongeclausuleerd te zijn.<sup>38</sup> Dat gaat zelfs zo ver dat een werknemer niet vooraf voorwaarden mag verbinden aan zijn terugkomen in de organisatie, hoe terecht die voorwaarden misschien op zichzelf ook zijn (*Zwiers/Mestemaker*).<sup>39</sup> De leus is: eerst terug en dan onderhandelen in de (juridische) context van art. 7:611 BW. Slechts op één punt blijkt de Hoge Raad in dit opzicht enig gas terug te nemen, getuige het arrest *Gerritse/De Bie*. Heeft de werknemer zich na herstelverklaring bereid verklaard de bedongen arbeid te verrichten en wordt hij nadien opnieuw arbeidsongeschikt wegens ziekte, dan behoeft hij met betrekking tot een tweede herstelverklaring niet opnieuw jegens zijn werkgever de bereidheid te tonen, de bedongen arbeid te willen verrichten.<sup>40</sup> Dit zou alleen anders zijn indien de werknemer had kunnen begrijpen dat de werkgever zijn standpunt dat hij de werknemer niet meer wenste toe te laten tot het werk, heeft gewijzigd.

Wat zou de reden kunnen zijn voor deze ferme benadering die uiteindelijk is gebaseerd op de gedachte dat geen tegenspraak wordt geduld door de werknemer, zodra de medische valbijl neerkomt: 'u bent niet meer arbeidsongeschikt wegens ziekte'? Is dit niet tegenstrijdig met de (eveneens geconstateerde) HR-benadering die op de

38 Van Slooten, a.w., p. 224 brengt een nuancering aan onder verwijzing naar arresten van twee gerechtshoven.

39 HR 3 maart 1995, *JAR* 1995/79.

40 HR 19 januari 2001, *JAR* 2001/26.

dubbele kwetsbaarheid is gebaseerd? Naar mijn idee niet (zonder meer). De Hoge Raad heeft (zo is mijn uitleg) een duidelijk piketpaaltje willen slaan, waar de bescherming op grond van de dubbele kwetsbaarheid van de werknemer begint *en* eindigt. Deze eindigt op het moment dat het medische oordeel is gegeven en houdt aan totdat dit oordeel in rechte (mogelijkerwijs) zal zijn gecorrigeerd. In dat licht gezien is ook begrijpelijk dat en waarom de ‘normale’ regels van het goed werknemerschap ex art. 7:611 BW na het oordeel ‘hersteld verklaard’ van toepassing zijn ingeval de werknemer na dat oordeel een gewijzigde functie krijgt aangeboden, een aanbod dat verband houdt met gewijzigde omstandigheden op het werk.<sup>41</sup> Er is, in de benadering van de Hoge Raad, geen reden meer deze werknemer anders dan de anderen te behandelen.

De voorafgaande verklaring houdt natuurlijk niet in dat men daarom ook moet instemmen met de precieze plaats waar de Hoge Raad het piketpaaltje heeft geslagen. Ik blijf mij bijvoorbeeld verbazen over het feit dat de werknemer in bepaalde situaties bij een herstelverklaring geen voorwaarden mag stellen voorafgaande aan het opnieuw ter hand nemen van de bedongen arbeid. Als een werknemer arbeidsongeschikt wegens ziekte is geworden ten gevolge van de omstandigheden waaronder hij zijn werk diende te verrichten, is toch in redelijkheid niet van hem te vergen eerst die ziekmakende omgeving te betreden, om vervolgens daarover met zijn werkgever in discussie te treden? Ik zie ook wel dat de Hoge Raad vermoedelijk zo min mogelijk juridische ‘ruis’ wil toestaan rondom een herstelverklaring, teneinde de situatie daarvoor en daarna zo helder mogelijk af te bakenen, maar dat behoeft mijns inziens niet te betekenen dat *derhalve* iedere herstelverklaring zonder meer (en dus ook niet met inachtneming van de alom in de rechtspraak aanvaarde toets aan de redelijkheid en billijkheid<sup>42</sup>) een onvoorwaardelijke bereidheid moet inhouden de bedongen arbeid te verrichten. Verzet door de werknemer moet zeker in bepaalde omstandigheden worden gebillijkt, ook juridisch gezien. Anderzijds vraag ik mij af of de normen van het goed werkgeverschap niet veel eerder dan de Hoge Raad in *Gerrits/De Bie* heeft aangenomen, dienen te leiden tot de plicht van de werk-

41 HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199. Zie over dit arrest onder meer J.J.M. de Laat, ‘Goed werknemerschap en revolutie’, *ArA* 2003-1, p. 85-94.

42 Vgl. HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 waarin is overwogen dat in art. 7:611 BW de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden.



nemer, een hernieuwd aanbod te doen tot het verrichten van de bedongen arbeid. Het lijkt mij dat in strijd met art. 7:611 BW wordt gehandeld wanneer de werknemer niet (zeker bij langjarige loonprocedures) in een zekere regelmaat aan de werkgever kenbaar moet maken, nog steeds voor hem te willen werken zodra daartoe een oproep wordt gedaan.<sup>43</sup> Nu moet tegelijk worden gezegd, dat de situaties die zich in *Zwiers/Mestemaker* en *Gerritse/De Bie* hebben voorgedaan, zich onder de Wulbz-/WVP-wetgeving niet snel zullen voordoen.<sup>44</sup> De reïntegratie-eisen zullen het contact tussen werkgever en werknemer in stand houden, zowel met betrekking tot het verrichten van (passende) arbeid als over de condities waaronder die arbeid zal worden verricht. Dit gegeven neemt echter niet weg dat de jurisprudentie van de Hoge Raad aanleiding geeft de meer principiële vraag te stellen en te beantwoorden, of een wegens ziekte arbeidsongeschikte werknemer (a) meer bescherming geniet c.q. dient te genieten dan de niet zieke werknemer en, zo ja, wat die extra component inhoudt, en (b) waar de grenzen precies moeten worden getrokken tussen wel en niet (meer) ziek en de daarmee verbonden juridische gevolgen.

### 5.3 Korte confrontatie met WVP en Wulbz 2

De globale verkenning van voorafgaande rechtspraak op de vier behandelde onderwerpen geeft reden te veronderstellen dat de Hoge Raad de wegens ziekte arbeidsongeschikte werknemer, vanwege zijn verhoogde mate van kwetsbaarheid, extra bescherming biedt. Zodra evenwel de herstelverklaring is gedaan, verdwijnt de extra bescherming terstond en is het 'back to normal'. In die zin vind ik de Hoge Raad op dit punt een echte calvinist: je geeft warmte en aandacht als het echt nodig is, maar zodra je weer 'kunt' moet je niet zeuren en ga je weer snel aan de slag. Tijdens de periode van 'echte' ziekte lijkt de Hoge Raad meer op de lijn te zitten van het (uiteraard binnen bepaalde grenzen) ontzien van de werknemer dan van het aanmoedigen c.q.

43 Volstreekte apathie van de kant van werknemer (die alle termijnen net niet liet verstrijken) was ook mede de reden waarom de Rechtbank Haarlem in het hoger beroep van *Gerrits/De Bie* oordeelde dat de werknemer na zijn tweede periode van arbeidsongeschiktheid opnieuw de bereidheid had moeten uitspreken, de bedongen arbeid te willen verrichten. De auteur van deze bijdrage was medeopsteller van het vonnis van deze rechtbank.

44 Op gelijke wijze (wat betreft *Zwiers/Mestemaker*) Vas Nunes, a.w., p. 88.

verplichten tot actie.<sup>45</sup> Ik schrijf dit vooral op deze wijze op omdat – zoals bekend – de WVP en Wulbz 2, in tegenstelling tot de rechtspraak van de Hoge Raad, veel meer op het laatste spoor zitten. Deze wetten zijn toch bepaald niet gericht op het vrijwaren van bijvoorbeeld psychische druk op de werknemer of op het leggen van de bewijslast op de werkgever. Integendeel, zou ik zeggen. Het BW-stelsel inzake de zieke werknemer legt de bewijslast van geschillen tussen werkgever en werknemer over en rondom ziekte – zoals reeds opgemerkt – op de werknemer. Bovendien, als deze zonder deugdelijke grond passende arbeid weigert dan wel weigert mee te werken aan zijn reïntegratieverplichtingen, verspeelt hij gedurende de periode waarin hij zijn plichten verzaakt, het recht op loon (art. 7:629 lid 3 BW).<sup>46</sup> Tegelijkertijd is het opzegverbod van art. 7:670 lid 1 BW niet meer van toepassing (art. 7:670b lid 3 BW). Tijdens de periode dat de werknemer zich niet houdt aan de binnen de onderneming bestaande (redelijke) controlevoorschriften, is de werkgever gerechtigd de loonbetaling op te schorten (art. 7:629 lid 7 BW). Aan het einde van de ziekteperiode van twee jaar kan de WAO-uitkering de werknemer bij wijze van sanctie door het UWV tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk worden geweigerd, opnieuw omdat hij zijn reïntegratie-inspanningen niet correct in acht heeft genomen. Al deze mogelijke sancties zijn erop gericht, de werknemer aan te sporen, zijn reïntegratie serieus te nemen, als uitgangspunt ongeacht de aard van de ziekte.<sup>47</sup> Vanzelfsprekend gaan deze verplichtingen bij de werknemer met psychische spanningen gepaard. De fluwelen handschoen van de Hoge Raad valt hiermee als contrast opvallend op.

Waartoe zal deze tegenstelling leiden? Ik waag een voorspelling op basis van een tweetal observaties.

- 45 Binnen bepaalde grenzen: zo kan een zieke werknemer wel terecht op staande voet worden ontslagen, mits de dringende reden niet op de ziekte betrekking heeft. Vgl. B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, Rotterdam/Deventer: SI/Gouda Quint 1999, p. 192 e.v. met jurisprudentie.
- 46 Zie over deze bepaling in het licht van art. 7:629 lid 7 BW: HR 15 november 2002, *JAR* 2002/294.
- 47 Tenzij natuurlijk pogingen tot reïntegratie evident zinloos zijn. Zie Regeling procesgang eerste ziektejaar, *Stcrt.* 26 maart 2002, 60, p. 3 middenkolom: 'Indien er weliswaar sprake is van (dreigend) langdurig verzuim, maar vast staat dat er geen reïntegratiemogelijkheden zijn (bijvoorbeeld het geval van een hoge dwarslaesie), zal volstaan kunnen worden met een summier oordeel.'

De eerste is dat de art. 7:629 e.v. BW te zijner tijd onmiskenbaar tot vragen aanleiding zullen geven die de Hoge Raad als cassatierechter zal moeten beantwoorden. Reeds vanwege enkele vage, doch cruciale begrippen die in de wet zijn geïncorporeerd, is zulks te verwachten. Wat moeten we verstaan onder ‘zonder deugdelijke grond’? Wat zijn ‘redelijke voorschriften’? De parlementaire geschiedenis van de WVP biedt geen aanknopingspunten voor een eenduidige interpretatie van deze begrippen. Dat betekent dat het de rechter zal zijn die de betekenis van deze begrippen in precieze bewoordingen zal moeten vastleggen.

De tweede is dat naast de bestuursrechtelijke ook de civielrechtelijke uitwerkingen van genoemde wetten, twee fundamentele rechten verdragsrechten raken, neergelegd in art. 6 EVRM (het recht op een eerlijk en openbaar proces) en art. 8 EVRM (het recht op respectering van het privé-leven). In de literatuur is inmiddels indringend de vraag gesteld of de inhoud van vooral de WVP stand houdt als zij aan de eisen van genoemde grondrechten wordt getoetst.<sup>48</sup> Neem de werknemer die geweigerd heeft in de ogen van de werkgever passende arbeid te aanvaarden, op grond waarvan hij tegen een loonsanctie ex art. 7:629 lid 3 sub *c* BW dreigt op te lopen. Hij beroept zich op de aanwezigheid van een redelijke grond en beroept zich op zijn medische dossier. Zou hij dit moeten overleggen, dan zou hij met recht kunnen stellen dat daarmee art. 8 EVRM is geschonden. Zou zijn beroep worden gehonoreerd zonder dat de werkgever in de gelegenheid is gesteld op grond van dit medische dossier te bewijzen dat het wel degelijk passende arbeid betreft, dan heeft de laatste een terecht punt met de stelling dat de eisen van art. 6 EVRM niet in acht zijn genomen.

Mijn voorspelling nu luidt dat de Hoge Raad bij de uitleg van voornoemde vage bepalingen en bij de confrontatie van WVP jo. Wulbz met art. 6 en 8 EVRM, de toevlucht zal nemen tot een specifiek werknemersvriendelijke uitleg. De ruime mate van bescherming die de zieke werknemer vanwege zijn dubbele kwetsbaarheid tot zijn herstelverklaring van de Hoge Raad heeft genoten, zal vanwege de inhoud van genoemde wetten door onze cassatierechter niet strenger worden geïnterpreteerd dan (strikt gezien) noodzakelijk is. Dat zou zelfs kunnen leiden tot de slotsom dat de betreffende civielrechtelij-

48 S. Klosse, *Moderne sociale zekerheid: efficiency met behoud van fundamentele waarden*, Den Haag: Sdu 2003 en F.M. Noordam, ‘De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de doortwachter’, *SMA* 2003, p. 439-450.

ke bepalingen onverbindend door de rechter worden verklaard vanwege schending van art. 6 en/of 8 EVRM. Dat is geen reden voor werkgever en werknemer de huidige reïntegratieverplichtingen niet serieus te nemen. Wel om die reïntegratie binnen redelijke grenzen te laten plaatsvinden. Hoe tegen mogelijke schending van genoemde verdragsbepalingen zal worden aangekeken, zal vermoedelijk eerst over een aantal jaar duidelijkheid worden verkregen.

## 5.4 Afronding

Ik rond af met een persoonlijke noot, die met mijn thema te maken heeft.

In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw procedeerde ik zo nu en dan voor mensen in mijn woonplaats Gouda en omgeving, louter omdat ik wat meer van het arbeidsrecht in de praktijk wilde begrijpen. Ik 'deed' destijds ook ontbindingsprocedures, die toen nog veel minder voorkwamen dan nu; van een kantonrechttersformule konden we alleen nog maar dromen. Eens behartigde ik bij kantonrechter mr. De Laat (mij welbekend vanwege toen al gezaghebbende publicaties) de belangen van een zieke werknemster die iets meer dan twee jaar arbeidsongeschikt was. Zij had een dienstverband van ruim zes jaar bij de desbetreffende werkgever achter de rug. Omdat deze werkgever reeds een vol jaar de ZW- en een halfjaar de WAO-uitkering had gesuppleerd, meende hij via het toenmalige art. 1639w BW snel van zijn werknemster af te komen, zonder vergoeding. Na enkele kernachtige vragen kwam kantonrechter De Laat op de kwestie van de vergoeding en vroeg de gemachtigde van de verzoekende partij waarom hij meende geen vergoeding te hoeven betalen als hij (kantonrechter) tot ontbinding zou overgaan. Vol overtuiging wees de gemachtigde op de suppletieverplichtingen van zijn cliënt.

'En denkt u dat dit toereikend is?' vroeg De Laat.

'Uiteraard', antwoordde de gemachtigde.

'Nou, daar denk ik anders over', reageerde De Laat nuchter.

Het resultaat was dat tot ontbinding werd overgegaan met betaling van vier maandsalarissen door de werkgever aan de werknemer. Laatstgenoemde had namelijk vier jaar zonder ziekte naar tevredenheid gefunctioneerd. Dat was het resultaat waarop ik gehoopt had.

Sjef de Laat heeft, als kantonrechter, de werknemersbelangen waarmee hij werd geconfronteerd, altijd zeer serieus in zijn beslis-

singen meegewogen. In die zin heeft hij zijn achtergrond als sociaal advocaat nooit verloochend. In die zin zal hij ook, vermoed ik, kunnen instemmen met de conclusie waartoe ik in deze bijdrage ben gekomen, namelijk tot een werknemersvriendelijke uitleg van WVP en Wulbz (2).

Tijdens een in Rotterdam aan de EUR gehouden congres over de doorwerking van het vermogensrecht in de regeling van de bijzondere contracten in Boek 7 BW, merkte ik op dat Sjef en ik het persoonlijk zeer goed met elkaar kunnen vinden, maar dat we het bijna nooit met elkaar eens zijn als het gaat om het innemen en beargumenteren van arbeidsrechtelijke standpunten. Ook destijds waren we het (weer eens) niet met elkaar eens.<sup>49</sup> Wellicht kunnen wij elkaar, ter gelegenheid van het afscheid van Sjef als voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht, de hand drukken. Niet zozeer omdat wij verheugd zijn elkaar weer eens te ontmoeten (dat is in mijn beleving eerder regel dan uitzondering), maar omdat wij het nu eens inhoudelijk met elkaar eens zijn.

49 Zie J.J.M. de Laat, 'Commentaar vanuit de nationale contractspraktijk: het algemeen verbintenissenrecht als een bedreiging voor het niveau van bescherming van de werknemer?', in: P.G.J. van den Berg & W.A. Zondag (red.), *Bijzondere overeenkomsten en het algemene overeenkomstenrecht. Specieszaak, status aparte of synergie?*, Rotterdam/Deventer: SI/Kluwer 2003, p. 311-322.



# 6 Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?

*Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp\**

## 6.1 Inleiding

Het ontslag op staande voet is het ultimum remedium van het ontslagrecht. De beslissing of dat paardenmiddel van stal moet worden gehaald, heeft ingrijpende gevolgen. Doet zich een dringende reden voor en wordt de arbeidsovereenkomst om die reden onverwijld opgezegd, dan zijn de gevolgen voor de werknemer ingrijpend. De arbeidsovereenkomst eindigt onmiddellijk en recht op een ontslagvergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag bestaat niet.<sup>1</sup> Bovendien ligt het niet in de rede dat een WW-uitkering wordt toegekend. Een terecht op staande voet ontslagen werknemer zal immers meestentijds verwijtbaar werkloos zijn.<sup>2</sup> De werknemer heeft, gelet op deze draconische gevolgen een groot belang bij duidelijkheid omtrent hetgeen als dringende reden kwalificeert en hij – dus – achterwege moet laten. Maar ook de werkgever heeft belang bij zekerheid omtrent het bestaan van een dringende reden. Wordt een ontslag op staande voet nietig bevonden, omdat de rechter van mening is dat zich geen dringende reden voordeed, dan ziet de werkgever die niet tijdig ontbinding voorzover vereist heeft gevraagd (en verkregen) zich geconfronteerd met een aanzienlijke loonvordering. De mogelijkheden om een dergelijke vordering te matigen, zijn beperkt. Matiging van een loonvordering op grond van art. 7:680a BW is slechts mogelijk, als toewijzing van het integrale bedrag tot onaanvaardbare gevolgen leidt. Die maatstaf impliceert volgens de Hoge Raad dat de rechter bij zijn beoordeling of matiging aangewezen is een hoge mate

\* Mr. S.F. Sagel is advocaat te Den Haag en bestuurslid van de Vereniging voor Arbeidsrecht. Prof. mr. E. Verhulp is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en voorzitter van de vereniging.

1 HR 12 februari 1999, *JAR* 1999/102, *NJ* 1999, 643.

2 Zie daarover recent A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de werkloosheidswet op het ontslagrecht*, (diss. Leiden), Den Haag 2003.

van terughoudendheid moet betrachten.<sup>3</sup> Een ten onrechte gegeven ontslag op staande voet brengt ook andere voor de werkgever potentieel vervelende gevolgen met zich, zoals het verval van een op de werknemer rustend concurrentiebeding.

Zowel de werkgever als de werknemer heeft dus belang bij zekerheid ten aanzien van de dringende reden. In de praktijk, maar ook in de literatuur, wordt met enige regelmaat verzucht dat die zekerheid niet, althans in onvoldoende mate, zou bestaan.<sup>4</sup> ‘Van iedere zaak weer moet vaak worden gezegd dat het kan vriezen en dooien’, zo meent bijvoorbeeld Loonstra in een recente bijdrage.<sup>5</sup> Het geven van ontslag op staande voet zou, met andere woorden, een hachelijke en onzekere zaak zijn en daaraan zou met name de rechtspraak van de Hoge Raad over het bestaan van een dringende reden debet zijn. Recent is, mede in verband daarmee, zelfs gepleit voor afschaffing van het ontslag op staande voet.<sup>6</sup>

Omdat ook Sjef de Laat dertien jaar geleden heeft geworsteld met de voorspelbaarheid van de dringende reden, lijkt het ons dienstig de huidige stand van zaken weer te geven, met nadruk op de duidelijkheid die de Hoge Raad ons inziens in de laatste jaren heeft geboden met betrekking tot de kwalificatie van een dringende reden en de aan het verlenen van ontslag verbonden formele vereisten. Waar De Laat dertien jaar geleden mee worstelde was de vraag of het gebruik van de woorden ‘klootzak’ en ‘teringlijder’ in een twistgesprek tussen twee zeelieden van zodanige aard is dat dat een ontslag wegens een dringende reden kan rechtvaardigen. In de voorlopige voorziening beantwoordde De Laat, toen kantonrechter in Rotterdam, deze vraag ontkennend.<sup>7</sup> In de bodemprocedure werd deze vraag bevestigend beantwoord onder verwijzing naar de in de zeevaart geldende hiërarchische verhoudingen.<sup>8</sup> Zodoende werd De Laat de les geleerd. Tijdens de cursus Arbeidsrecht in de sneeuw in Zwitserland, in 2004,

3 HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 322; HR 13 september 2002, *NJ* 2002, 496 en Hof 's-Gravenhage 25 juni 2004, *RAR* 2005, 7 alsmede A.A. Post & J.H. van der Rij, ‘Matiging van een loonvordering nader beschouwd’, *ArbeidsRecht* 2003, 33 en J.M. van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer 1999.

4 Zie daarover, meer dan twintig jaar geleden, ook al R.A.A. Duk, ‘De Hoge Raad en het ontslag op staande voet’, *SMA* 1982, p. 508 e.v. en de daar genoemde literatuurverwijzingen.

5 C.J. Loonstra, ‘Snijden in het ontslagrecht’, *NJB* 2005, p. 295, r.k.

6 Loonstra, a.w., p. 296.

7 Ktr. Rotterdam 10 februari 1992, *JAR* 1993/54.

8 Ktr. Rotterdam 8 februari 1993, bevestigd in en te kennen uit: Rb. Rotterdam 14 september 1995, *JAR* 1995/210.



waar De Laat ook doceert, ontstond tussen hem en de cursisten en een belangrijk deel van het docentenkorps ernstige discussie over een casus waar hij in de geschetste gedragingen van een werknemer geen dringende reden zag, terwijl zijn opposenten (in de zaal had De Laat slechts een medestander in een collega-docent) van mening waren dat de gedragingen van de werknemer zonder meer een dringende reden vormden. Alle reden dus om in een bundel die aan De Laat wordt opgedragen, aandacht te besteden aan de dringende reden. In deze bijdrage willen wij allereerst stilstaan bij de vraag of de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de dringende reden inderdaad onzekerheid met zich brengt. Hoe (on)zeker heeft de Hoge Raad de dringende reden gemaakt? Daarna wordt ingegaan op de wijze waarop de Hoge Raad de formele vereisten voor ontslag op staande voet heeft uitgewerkt. Tot slot staan we kort stil bij de toekomst van het ontslag wegens een dringende reden. Moet afschaffing ervan serieus in overweging worden genomen?

## 6.2 De dringende reden – de maatstaf van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft de afgelopen vijf jaar een groot aantal arresten gewezen die betrekking hebben op de maatstaf die bij de beoordeling van de dringende reden geldt. Hoewel uit oudere rechtspraak ook al bleek dat de beoordeling van een dringende reden afhankelijk is van een afweging van de feiten en omstandigheden van het geval, legt de recente rechtspraak van de Hoge Raad daarop in nog sterkere mate de nadruk. Het eerste en bekendste arrest in deze serie is HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643 dat betrekking had op het ontslag van ‘de man met de hamer’.<sup>9</sup> De betreffende werknemer was op staande voet ontslagen omdat hij eerst de dochter van de directeur tijdens een ruzie over de lengte van zijn koffiepauze in een houdgreep had genomen en daarna de vrouw van de directeur, die verhaal kwam halen over de wijze waarop haar dochter bejegend was, met een hamer op haar pols had geslagen. De Rechtbank Utrecht had beslist dat die handelwijze op zichzelf genomen zodanig ernstig was dat deze als dringende reden kwalificeerde en het ontslag op staande voet op die grond gel-

9 Zie ook *JAR* 1999/102 en over het arrest onder andere Th. Veling, ‘Een terecht ontslag op staande voet kan niet kennelijk onredelijk zijn’, *SR* 1999, p. 276 en S.F. Sagel, ‘Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval’, *ArbeidsRecht* 1999, 35.

dig geacht. Wel was dat geldige ontslag op staande voet volgens de rechtbank, gelet op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals de lengte van zijn dienstverband, zijn leeftijd en (slechte) kansen op de arbeidsmarkt, kennelijk onredelijk. Uit dien hoofde werd aan de werknemer een vergoeding toegekend van f 25 000. Het vonnis werd door de Hoge Raad vernietigd. Door bij de beoordeling of zich een dringende reden voordeed uitsluitend acht te slaan op de ernst van de gedraging van de werknemer, had de rechtbank volgens de Hoge Raad een onjuiste maatstaf gehanteerd. Reeds in het kader van die afweging behoren namelijk *alle* omstandigheden van het geval, en dus ook de leeftijd van de werknemer en de gevolgen van het ontslag, te worden betrokken. In de woorden van de Hoge Raad:

‘Bij de beoordeling van de vraag of van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.’

Nu de rechter de vraag of de gevolgen van een ontslag op staande voet te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst reeds moet beantwoorden in het kader van de dringende reden, kan een geldig ontslag op staande voet – het werd in de inleiding van deze bijdrage al aangestipt – volgens de Hoge Raad niet kennelijk onredelijk zijn. Komt de rechter in het kader van zijn beoordeling of zich een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 lid 1 BW voordoet, tot het oordeel dat de gevolgen van het ontslag niet opwegen tegen het belang van de werkgever bij het ontslag, dan kan hij niet vervolgens in het kader van art. 7:681 BW tot een tegenovergesteld oordeel komen en een vergoeding toekennen op de grond dat de gevolgen van het ontslag te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bij beëindiging. Het arrest gaf daarmee niet alleen inzicht in de maatstaf die geldt bij de beoordeling van de dringende reden, maar maakte ook een einde aan een langdurige discussie in literatuur en rechtspraak over de vraag of een terecht gegeven ontslag op staande voet kennelijk onredelijk kan zijn.<sup>10</sup> Dat kan volgens de Hoge Raad niet. In deze bijdrage laten wij

(het antwoord van de Hoge Raad op) de vraag of een geldig ontslag op staande voet kennelijk onredelijk kan zijn, verder rusten.

### 6.3 Geen hard and fast rules: dus rechtsonzekerheid?

Nu volgens de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval behoren te worden betrokken bij de beoordeling van de dringende reden, zijn – zoals Van der Heijden naar aanleiding van het arrest van 12 februari 1999 terecht constateerde – geen ‘hard en fast rules’ te geven met betrekking tot het bestaan van een dringende reden.<sup>11</sup> Wanneer het bestaan van een dringende reden afhangt van alle omstandigheden van het geval, kan niet goed worden volgehouden dat een bepaalde vorm van wangedrag ‘per definitie’ een dringende reden vormt. Dat geldt zelfs voor de gedragingen en eigenschappen van de werknemer die in art. 7:678 lid 2 BW worden opgesomd als potentiële dringende redenen. Ook wanneer een werknemer zich schuldig maakt aan een in art. 7:678 lid 2 BW genoemde vorm van wangedrag, dat volgens de wetgever een dringende reden *kan* zijn, zal steeds mede aan de hand van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de persoonlijke situatie van de werknemer, moeten worden beoordeeld of dat wangedrag ook een dringende reden *is*. In de lagere rechtspraak werd dat in het recente verleden nog wel eens miskend. Zo bijvoorbeeld door de Kantonrechter Utrecht die in een uitspraak uit 1992 overwoog dat diefstal van goederen door winkelpersoneel onder alle omstandigheden – in casu was een paar sokken ontvreemd – altijd een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert.<sup>12</sup> Dergelijke ‘generaliserende’ uitspraken mogen wellicht de charme van de eenvoud hebben, zij zijn in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad, die juist de focus plaatst op de omstandigheden van ieder individueel geval, hoe dan ook te kort door de bocht. De leer van de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de dringende reden alle omstandigheden van het geval een rol spelen, is in de literatuur met instemming begroet. Zo heeft Riphagen in een annotatie

10 Zie voor dat debat onder meer V. Disselkoen, ‘Op staande voet en toch kennelijk onredelijk’, *ArbeidsRecht* 1995, 68 en S.W. Kuip, ‘Terecht ontslag op staande voet toch kennelijk onredelijk!’, *ArbeidsRecht*, 1996, 15.

11 P.F. van der Heijden, *JAR-Verklaard* 29 juni 1999, p. 12.

12 Ktr. Utrecht 20 mei 1992, *Prg.* 1992, nr. 3750; zie in dezelfde lijn Ktr. Utrecht 31 mei 1995, *JAR* 1995/166.

in *Ars Aequi* opgemerkt dat de rechterlijke toetsing van het bestaan van een dringende reden met dat arrest een nieuwe fase zou zijn ingegaan, te weten ‘een van meer afweging en meer motivering gericht op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer’.<sup>13</sup>

Maar er waren ook heel andere geluiden te horen. Met name Van den Heuvel betoonde zich bijzonder kritisch over het arrest van 12 februari 1999. Door de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, de gevolgen van het ontslag daaronder begrepen, te betrekken bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, werd het geven van ontslag op staande voet zijn inziens een hachelijke en onzekere zaak. Allereerst vereist die benadering welhaast een ‘superreden’ om nog tot ontslag op staande voet te kunnen overgaan. Bovendien kan, wanneer omstandigheden als de lengte van het dienstverband en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer meegewogen moeten worden bij de beoordeling van de geldigheid van de dringende reden, eenzelfde gedraging de ene keer wel en de volgende keer niet als dringende reden worden aangemerkt. Rechtsonzekerheid is met andere woorden in de optiek van Van den Heuvel de wrange uitkomst van de ‘sociale’ benadering die de Hoge Raad bij de beoordeling van de dringende reden voorschrijft.<sup>14</sup> Is die vrees voor rechtsonzekerheid gegrond?

Het valt ons inziens best mee met de onzekerheid of een bepaalde gedraging of eigenschap een dringende reden constitueert. Daar zijn verschillende oorzaken voor aan te wijzen.

#### 6.4 De factoren van de Hoge Raad: duidelijke lijnen in de lagere rechtspraak

Dat de door de Hoge Raad voor de beoordeling van de dringende reden voorgeschreven maatstaf niet leidt tot onvoorspelbaarheid en rechtsonzekerheid, heeft er allereerst mee te maken dat in de lagere rechtspraak duidelijke lijnen zijn te ontwaren ten aanzien van het gewicht dat de verschillende factoren die volgens de Hoge Raad meespelen bij de beoordeling van de dringende reden. In het navolgende zetten wij, ter illustratie, een aantal daarvan op een rij.

Volgens het arrest van 12 februari 1999 moet in de afweging of zich een dringende reden voordoet allereerst de *aard en de ernst van*

13 Zie *Ars Aequi* 1999, p. 949.

14 Zie L.H. van den Heuvel, ‘Ontslag op staande voet, kan dat nog?’, *ArA* 2001-2, p. 81.

*hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt* worden betrokken. In de lagere rechtspraak is een aantal lijnen met betrekking tot de wijze waarop deze factor doorwerkt, herkenbaar. Allereerst wordt de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, in sterke mate gekleurd door de vraag of de werknemer eerder voor bepaald wangedrag is gewaarschuwd. Is sprake van een voorafgaande waarschuwing – op individuele basis gegeven, of meer in het algemeen aan het hele personeelsbestand – dan vormt dat in de lagere rechtspraak vrijwel altijd een verzwarende omstandigheid die veel gewicht in de schaal legt bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden. Ogenschijnlijk onschuldige misstappen kunnen daardoor het karakter van een dringende reden krijgen. Een goed voorbeeld daarvan vormt een geruchtmakende uitspraak van de President van de Rechtbank Haarlem van 16 november 2000 – in de wandeling ook wel bekend als de ‘Pinda-zaak’ – waarin het ontslag op staande voet van een afdelingsmanager van luchtvaartcateraar KCS aan de orde was. De werknemer in kwestie was er zowel bij indiensttreding als daarna via het personeelsblad van KCS bij herhaling op gewezen dat overtreding van de scheidslijn tussen mijn en dijn bij KCS onherroepelijk tot ontslag op staande voet zou leiden. Ook retour gekomen etenswaren mochten, zo werd bij herhaling benadrukt, niet genuttigd worden. Op enig moment at de afdelingsmanager, door honger bevangen, onder werktijd een aantal pinda’s uit een retour gekomen, geopende zak. Hij werd om die reden op staande voet ontslagen. De president achtte het ontslag geldig. Die beslissing leunde in sterke mate op de verschillende waarschuwingen die de werknemer waren gegeven: zij maakten dat het eten van de nootjes als dringende reden kwalificeerde. Een misstap van een gewaarschuwd werknemer telt in het kader van de beoordeling van de dringende reden voor twee.<sup>15</sup>

15 Zie Pres. Rb. Haarlem 16 november 2000, *JAR* 2001/9. Dat eerdere waarschuwingen gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling van later wangedrag is vanzelfsprekend niets nieuws onder de zon, verwezen zij naar HR 12 juni 1953, *NJ* 1953, 638 waarin de Hoge Raad al besliste dat de rechtbank bij zijn beoordeling of een werknemer die zich toelegde op het ‘bewerken en in bossen van 91 à 92,5 centimeter snijden van schapendarmen’ op staande voet ontslagen kon worden wegens het aanleveren van een partij te kort geknipte darmen, niet ongemotiveerd de stelling van de werkgever had mogen passeren dat de werknemer al eerder was gewaarschuwd voor een vergelijkbare overtreding. Volgens de Hoge Raad zou die eerdere waarschuwing de te kort geknipte darmen namelijk het karakter van een dringende reden hebben kunnen verlenen, ook als die gedraging op zichzelf genomen – dat wil zeggen zonder de eerdere waarschuwing – geen dringende reden zou hebben opgeleverd.

Omgekeerd is het een verzachtende omstandigheid, wanneer een werknemer niet is gewaarschuwd dat bepaald gedrag achterwege gelaten moet worden. De president uit de *Pinda*-zaak achtte onlangs het ontslag op staande voet van een aantal medewerkers van de storingsdienst van Schiphol, wegens slapen onder werktijd, nietig, omdat zij niet op voorhand waren gewaarschuwd dat dat niet mocht.<sup>16</sup> Die beslissing gaat ons te ver: dat men onder werktijd niet behoort te slapen zouden werknemers ook zonder waarschuwing moeten beseffen.

Een andere duidelijke lijn in de lagere rechtspraak is daarin gelegen dat misdragingen die uitsluitend in de privé-sfeer van de werknemer zijn gelegen in beginsel naar hun aard niet als zodanig ernstig worden aangemerkt dat zij als dringende reden kwalificeren. Verwezen zij naar een uitspraak van de Kantonrechter te Groenlo uit 1997, waarin de vraag aan de orde was of het feit dat een directeur van een verzorgingshuis strafrechtelijk werd veroordeeld wegens verkrachtingen, gepleegd voorafgaand aan zijn indiensttreding, als dringende reden kwalificeerde. De kantonrechter besliste dat nu sprake was van gedragingen die niet in relatie stonden tot het dienstverband, deze in arbeidsrechtelijk opzicht niet zodanig ernstig waren dat zij als dringende reden kwalificeren.<sup>17</sup> Bij misdragingen in de privé-sfeer is dus terughoudendheid geboden.

De Hoge Raad noemt voorts de *aard van de dienstbetrekking* als bij de beoordeling van het bestaan van een dringende reden relevante factor. Ook ten aanzien van de wijze waarop die factor doorwerkt, bestaan in de lagere jurisprudentie duidelijke lijnen. De aard van de functie legt blijkens die rechtspraak veel gewicht in de schaal bij de beoordeling of een gedraging als dringende reden kwalificeert. Bepaalde functies stellen hogere eisen aan het normbeseff en de integriteit van de werknemers die deze vervullen, dan reguliere functies. Zo kunnen werknemers in vertrouwensfuncties als die van beveiligingsbeambte, croupier, verzorger of bankemployé, maar ook winkelpersoneel zich weinig permitteren, in het bijzonder met betrekking tot de personen of goederen die aan hun zorg zijn toevertrouwd.<sup>18</sup> Ten aanzien van medewerkers van de bank heeft de Kan-

16 Vznr. Rb. Haarlem 22 december 2004, *JAR* 2005/26.

17 Ktr. Groenlo 5 juni 1997, *JAR* 1997/219.

18 Ktr. Hilversum 28 september 1995, *Prg.* 1995, nr. 4409: aan een beveiligingsbeambte mogen zware eisen worden gesteld met betrekking tot integriteit, normbeseff en betrouwbaarheid.

tonrechter te Amsterdam al eens overwogen dat zij ‘brandschoon’ zouden moeten zijn: de bankmedewerker die in het computersysteem van zijn werkgever voor overschrijvingen naar zijn eigen rekening de valutadatum in zijn voordeel had aangepast, waardoor hij een voordeel van enkele dubbeltjes had genoten, was dan ook terecht op staande voet ontslagen.<sup>19</sup> Ook de werkneemster van een verzorgingshuis die na een dienstverband van 23 jaar op staande voet was ontslagen, omdat zij een balpen van een aan haar zorg toevertrouwde bejaarde had verduisterd, moest zich voorshands bij de geldigheid van het haar gegeven ontslag neerleggen. Ook daarbij speelde de aard van de functie een belangrijke rol.<sup>20</sup> Wat geldt voor vertrouwensfuncties, geldt ook voor voorbeeldfuncties, zoals die van leidinggevende. Misdragingen worden een leidinggevende sterker aangerekend dan zijn ondergeschikten. Terwijl de gepubliceerde rechtspraak over de afgelopen vier à vijf jaar leert dat misbruik van internet op de werkplek door ‘regulier’ personeel maar zelden als dringende reden kwalificeert, behoefde een HR-manager die een strikte code ter zake van internetgebruik invoerde en vervolgens zelf overtrad, niet op clementie van de kantonrechter te rekenen. Omdat hij een ‘voorbeeldfunctie voor het overige personeel behoorde te vervullen’ en daarin, door het downloaden van pornografisch materiaal – dat door een meegekomen virus zelfs was doorgestuurd naar de computers van zijn ondergeschikten – tekort was geschoten, leverde zijn handelwijze een dringende reden op.<sup>21</sup> Bezieet men de lagere rechtspraak, dan legt de aard van de functie bijzonder veel gewicht in de schaal bij de beoordeling van de dringende reden.

Blijkens het arrest van 12 februari 1999 moet ook *de duur van de dienstbetrekking en de wijze waarop de werknemer daaraan invulling heeft gegeven*, bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden worden meegewogen. Ook deze factor speelt in de lagere rechtspraak een heldere en voor de hand liggende rol. Naarmate een werknemer langer in dienst is en gedurende dat dienstverband beter heeft gefunctioneerd, wordt een dringende reden minder snel aanwezig geacht. Zo besliste mr. De Laat in zijn tijd als Kantonrechter te Rotterdam dat diefstal van dertig liter benzine door een beroeps-

19 Ktr. Amsterdam 12 september 1996, VV-nr. 96-3922, kenbaar uit R. Hansma & L.M. Koning, ‘Een medewerker van de bank moet brandschoon zijn’, *ArbeidsRecht* 1997, 1, waarin nog een groot aantal andere uitspraken in dezelfde strenge lijn de revue passeert.

20 Ktr. Helmond 10 februari 2003, *JAR* 2003/80.

21 Ktr. Emmen 23 januari 2002, *JAR* 2002/73.

chauffeur, hoewel ernstig verwijtbaar, geen dringende reden opleverde omdat de werknemer kon terugzien op een vlekkeloos dienstverband van maar liefst 43 jaar.<sup>22</sup> Zou de werknemer pas net in dienst zijn getreden, dan was de afweging waarschijnlijk in zijn nadeel uitgevallen.

Behoudt men de duidelijke lijnen die in de lagere rechtspraak zonder meer bestaan met betrekking tot de wijze waarop de verschillende door de Hoge Raad genoemde wegingsfactoren doorwerken bij de afweging of sprake is van een dringende reden, in het oog, dan wint de dringende reden reeds in hoge mate aan voorspelbaarheid.

De lagere rechtspraak kent overigens niet alleen duidelijke lijnen met betrekking tot de wijze waarop de verschillende wegingsfactoren die de Hoge Raad in het arrest *Van Essen/Schrijver* op een rij heeft gezet doorwerken in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, zij kent ook heldere lijnen ten aanzien van de vraag hoe bepaald wangedrag wordt getaxeerd. Sommige vormen van wangedrag worden in de lagere jurisprudentie steevast aangemerkt als dringende reden, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden als een lang en smetteloos dienstverband voordoen. Ander wangedrag geldt in beginsel niet als dringende reden, tenzij zich uitzonderlijke verzwarende omstandigheden als een duidelijke voorafgaande waarschuwing voordoen. Een voorbeeld van de eerste categorie wordt gevormd door de gevallen waarin personeel zich schuldig maakt aan diefstal of verduistering op de werkplek.<sup>23</sup> Een dergelijke handelwijze wordt vrijwel steeds aangemerkt als dringende reden, behoudens zeer bijzondere verzachtende omstandigheden. Die benadering komt ons juist voor en houdt heel iets anders in dan de hiervoor aangeduide stroming die dergelijk gedrag *per definitie* als dringende reden bestempelt, waardoor voor een afweging van eventuele verzachtende omstandigheden geen plaats is.<sup>24</sup> Een mooi voorbeeld van de tweede categorie – te weten van een vorm van wangedrag die, wanneer men de jurisprudentie van de afgelopen jaren in ogenschouw neemt, vrijwel nooit als dringende reden kwalificeert – wordt gevormd door misbruik van internetfaciliteiten op de werkplek. Bezieet men de op dit punt omvangrijke gepubliceerde jurisprudentie van de afgelopen jaren, dan blijkt dat het downloaden van pornografisch materiaal onder werktijd vrijwel

22 Ktr. Rotterdam 16 september 1993, *JAR* 1995/164.

23 Zie ook HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 107.

24 Zie noot 12.



nooit als dringende reden wordt aangemerkt, behoudens wanneer zich bijzondere verzwarende omstandigheden voordoen, zoals recidive nadat de werknemer eerder uitdrukkelijk is gewaarschuwd.<sup>25</sup> Ook de bijzondere omstandigheid dat de werknemer zijn e-mailbericht met seksplaatjes door een overhaaste klik op de muis abusievelijk niet naar een bevriende collega, maar naar de CEO van de onderneming in Amerika stuurde, kon een afwijking van de heersende leer – geen dringende reden – wettigen. Een ander mooi voorbeeld van een courante vorm van wangedrag die in de lagere rechtspraak de afgelopen jaren vrijwel steeds op dezelfde wijze werd getaxeerd, is gelegen in overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte, als bedoeld in art. 7:629 lid 6 BW. De eenduidige lijn in de lagere rechtspraak was dat die vorm van wangedrag, op zichzelf beschouwd, geen dringende reden opleverde.<sup>26</sup>

## 6.5 De Hoge Raad en de betekenis van de omstandigheden van het geval

De Hoge Raad draagt er ook zelf aan bij dat de door hem voor de beoordeling van de dringende reden ontwikkelde leer niet tot rechtsonzekerheid leidt. Hij doet dat op verschillende manieren. De eerste bestaat daarin dat de Hoge Raad de betekenis van de verschillende in het arrest van 12 februari 1999 genoemde factoren verder uitwerkt en hun reikwijdte aangeeft.

De vraag of bij de beoordeling van de dringende reden een juist criterium is gehanteerd, is een *rechtsvraag* die in cassatie ten volle kan worden getoetst. Dat betekent dat in cassatie ook de reikwijdte van de verschillende bij de beoordeling van de dringende reden mee te wegen omstandigheden ten volle aan de orde kan worden gesteld. De vraag naar de reikwijdte en betekenis van die omstandigheden – zoals de ‘aard van de dienstbetrekking’ – is immers een deelvraag

25 Een dringende reden werd onder meer niet aangenomen in:

26 Zo beschouwden Ktr. Schiedam 2 en 16 december 1997, *JAR* 1998/59; Ktr. Amersfoort 17 maart 1999, *JAR* 1999/81; Ktr. 's-Gravenhage 24 juli, *JAR* 2002/190; Ktr. Den Helder 25 oktober 2001, Prg. 2002, nr. 5816; Ktr. Alkmaar 26 juni 2002, *JAR* 2002/226; Hof 's-Gravenhage 24 januari 2003, *NJkort* 2003, 48 en Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2002, *JAR* 2003/37 – overtreding van controlevoorschriften niet als een dringende reden. Slechts een enkele keer – zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 8 januari 1997, *JAR* 1997/44 – werd daarvan afgeweken.

van de rechtsvraag hoe het bestaan van een dringende reden moet worden beoordeeld. Een deelvraag van een rechtsvraag is zelf ook een rechtsvraag. Een recent voorbeeld kan verduidelijken hoe de Hoge Raad de betekenis van de blijkens het arrest van 12 februari 1999 in het kader van de beoordeling van de dringende reden relevante omstandigheden uitwerkt, en daarmee de rechtszekerheid ten aanzien van de dringende reden bevordert.

Omtrent de wijze waarop factoren als *de aard van de dienstbetrekking* en *de wijze waarop daaraan door de werknemer invulling is gegeven*, doorwerken bij de beoordeling van de dringende reden, bestaat – blijkens het voorgaande – nauwelijks onzekerheid. De lijnen in de lagere rechtspraak zijn duidelijk. Dat gold, tot voor kort, in mindere mate voor de wegingsfactor van de *persoonlijke omstandigheden van de werknemer*. Dat die omstandigheden ook aan de orde moeten komen was een van de nouveautés van het arrest van 12 februari 1999. Het was echter niet geheel duidelijk hoe deze wegingsfactor precies begrepen moest worden. Moeten alleen *werkgerelateerde* persoonlijke omstandigheden, zoals het feit dat de werknemer een erg eenzijdig arbeidsverleden heeft en daardoor moeilijk meer een andere baan zou kunnen vinden, bij de beoordeling van de dringende reden worden betrokken, of mogen ook persoonlijke omstandigheden meewegen die volledig in de privé-sfeer zijn gelegen en waar de werkgever geheel buiten staat. Die laatste, ruime, opvatting werd in de lagere jurisprudentie wel omarmd. Een fraai voorbeeld daarvan wordt gevormd door een uitspraak van de Kantonrechter te Utrecht uit 1999 waarin de vraag aan de orde was of een systeembeheerder die maandenlang uren per dag onder werktijd pornosites had bezocht, zijn werkgever daarmee een dringende reden had gegeven. Die handelwijze was volgens de kantonrechter volstrekt onoorbaar, maar toch sloeg de ‘weegschaal (...) in het voordeel van de werknemer door’ onder meer, omdat deze een gezin had met twee minderjarige kinderen, waarvan één meervoudig gehandicapt. Loonstra heeft zich een voorstander van die ruime leer betoond.<sup>27</sup> In het recente arrest *Vixia/Gerrits* van 8 oktober 2004 heeft de Hoge Raad zich bij die opvatting aangesloten.<sup>28</sup> Het arrest vormt daarmee een mooi

27 C.J. Loonstra, ‘ADO en schuivende ontslagroutes’, in: E. Verhulp e.a.: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag, 2004, p. 34-35.

28 Zie daarover S.F. Sagel, ‘Het arrest *Vixia/Gerrits*: vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden’, *SR* 2004, p. 433.

voorbeeld van een uitspraak waarin de Hoge Raad de reikwijdte van een van de factoren die bij de beoordeling van de dringende reden gewicht in de weegschaal behoren te leggen, heeft uitgewerkt. De zaak betrof een werknemer in de sociale werkvoorziening die op staande voet was ontslagen wegens overtreding van de controlevoorschriften tijdens ziekte. In de procedure werd door de werknemer – Gerrits – bij herhaling gewezen op zijn tragische persoonlijke omstandigheden. Die zouden eraan in de weg staan om zijn handelwijze als dringende reden te kwalificeren. Zo wees Gerrits erop dat hij in de periode waarin hij de controlevoorschriften overtrad, depressief was doordat zijn moeder, bij wie hij inwoonde, kort daarvoor na een langdurig ziekbed was overleden. Het hof besliste dat, mede gelet op die omstandigheden, van een dringende reden geen sprake was. In cassatie kwam de werkgever daar tevergeefs tegen op. De Hoge Raad overwoog dat het onderdeel faalde voorzover daarin de stelling besloten lag dat het hof bij zijn beoordeling van de dringende reden ten onrechte de voornoemde persoonlijke omstandigheden had betrokken. Het staat de feitenrechter ook volgens de Hoge Raad vrij om bij de beoordeling van de dringende reden met persoonlijke omstandigheden van de werknemer die geheel in de privé-sfeer zijn gelegen, zoals het overlijden van een naaste, rekening te houden.

Hoewel het arrest *Vixia/Gerrits* duidelijk maakt dat bij de beoordeling van de dringende reden ook met volledig in de privé-sfeer van de werknemer gelegen omstandigheden rekening mag worden gehouden, is nog niet uitgekristalliseerd *wanneer* met die omstandigheden rekening mag worden gehouden. Er kan zich immers het probleem voordoen dat bepaalde privé-problemen van de werknemer, die zijn functioneren negatief hebben beïnvloed of een ontslag extra ingrijpend doen zijn, bij de werkgever ten tijde van het ontslag niet bekend waren. Mogen dergelijke factoren, als zij later in een procedure over het ontslag alsnog naar voren worden gebracht, meewegen bij de beoordeling van de geldigheid daarvan? De rechtspraak van de Hoge Raad geeft op dit punt (nog) geen antwoord. In een hierna nog nader te bespreken arrest van 27 april 2001 heeft de Hoge Raad beslist dat de rechter niet gehouden is om ambtshalve te onderzoeken of de persoonlijke omstandigheden van de werknemer wellicht aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan.<sup>29</sup> Ook mag blijkens het arrest van 8 oktober 2004 bij de beoordeling van de dringende reden geen rekening worden gehouden met omstandigheden die zich pas na

29 HR 27 april 2001, *JAR* 2001/95.

het ontslag op staande voet hebben voorgedaan. Met een en ander is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag met welke door de werknemer(sadvoocaat) aangevoerde privé-omstandigheden die zich ten tijde van het ontslag voordeden, rekening mag worden gehouden: alleen met omstandigheden die ten tijde van het ontslag bekend waren, of ook met omstandigheden die de werkgever toen niet kende, en die de werknemer pas in het verloop van de procedure heeft geopenbaard?

Deze vraag – die in het arrest van 8 oktober 2004 niet aan de orde is gesteld – vergt ons inziens een genuanceerde beantwoording. Als, wat de Hoge Raad betreft, bij de beoordeling van de dringende reden rekening gehouden moet worden met de privé-situatie van de werknemer, kan daaruit worden afgeleid dat een goed werkgever ook gehouden is om zich, voorafgaande aan zijn beslissing om ontslag op staande voet te geven, ervan te vergewissen of de privé-situatie van de werknemer aan het aannemen van een dringende reden in de weg staat. Of de werkgever die verplichting nakomt, zou ons inziens bepalend moeten zijn voor het antwoord op de vraag of, en in hoeverre, in een procedure met de privé-omstandigheden van de werknemer rekening moet worden gehouden. Voldoet de werkgever aan zijn onderzoeksplicht door de werknemer voorafgaand aan het ontslag over het ontslagvoornemen te horen, dan ligt het vervolgens op de weg van de werknemer om de werkgever ook correct te informeren. Is de werknemer van mening dat bepaalde privé-omstandigheden aan het ontslag in de weg staan, dan zal hij de werkgever daarvan op het moment dat hij gehoord wordt, op de hoogte moeten stellen. Wordt de werknemer gehoord en wijst hij dan op privé-omstandigheden die zijns inziens aan het ontslag in de weg staan, dan zullen die omstandigheden ook in een latere procedure bij de beoordeling van de dringende reden mogen worden meegewogen. Maar wat nu, als de werknemer geen gebruikmaakt van de hem geboden mogelijkheid om te wijzen op zijn privé-omstandigheden? In dat geval behoren die privé-omstandigheden ons inziens in een latere procedure buiten beschouwing te blijven. De werkgever die zorgvuldig handelt door de werknemer voorafgaand aan het ontslag te horen teneinde een weloverwogen ontslagbeslissing te kunnen nemen en die op dat moment niet door de werknemer op de hoogte wordt gesteld van persoonlijke omstandigheden in de privé-sfeer die aan het aannemen van een dringende reden in de weg kunnen staan, behoort die privé-omstandigheden niet alsnog later in een latere procedure over de dringende reden tegenoverworpen te kunnen krijgen.

Hoort de werkgever de werknemer niet voorafgaand aan het ontslag op staande voet, dan maakt dat het ontslag op zichzelf niet ongeldig. Wel neemt de werkgever dan het risico dat zich bepaalde privé-omstandigheden voordoen aan de zijde van de werknemer die aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan. In dat geval, zo zouden wij menen, kan dan ook in een latere procedure over de geldigheid van het ontslag ten volle rekening worden gehouden met privé-omstandigheden van de werknemer die de werkgever ten tijde van het ontslag niet kende. De werkgever heeft immers in dit geval zelf het risico genomen om niet volledig geïnformeerd tot ontslag over te gaan. Of de Hoge Raad hier net zo over denkt, moet worden afgewacht. Het is in ieder geval een vraag die hem, als onderdeel van de rechtsvraag hoe de dringende reden moet worden beoordeeld, ter beantwoording kan worden voorgelegd.

Het arrest *Vixia/Gerrits* is een recent voorbeeld van een uitspraak die inzicht biedt in de reikwijdte en betekenis van een van de omstandigheden die volgens het arrest *Van Essen/Schrijvers* van 12 februari 1999 moeten worden afgewogen in het kader van de beoordeling van de dringende reden. Het is overigens van belang niet uit het oog te verliezen dat voor de bepaling van de betekenis van die factoren niet alleen moet worden gekeken naar de sedert dat arrest gewezen rechtspraak. Ook de voorafgaand aan het arrest *Van Essen/Schrijvers* gewezen cassatierechtspraak bevat veel relevante aanknopingspunten voor de betekenis van de in dat arrest genoemde factoren. Die oudere rechtspraak heeft zijn betekenis zonder meer behouden, nu het arrest *Van Essen/Schrijvers* geen breuk met het verleden vormt. Ook voordien gold al dat bij de beoordeling van de dringende reden de omstandigheden van het geval moeten worden afgewogen. Om die reden zal voor de betekenis van in het arrest *Van Essen/Schrijvers* genoemde factoren als ‘de wijze waarop de werknemer aan het dienstverband invulling heeft gegeven’, nog steeds teruggegrepen mogen worden op standaardarresten als HR 27 januari 1921, *NJ* 1921, 371, waarin de ‘druppel-emmer-theorie’ werd omarmd en HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 489, waarin het adagium ‘een keer is geen keer’ werd verworpen en werd beslist dat het enkele feit dat de werknemer voor het eerst een bepaalde vorm van wangedrag tentoonspreidt, niet aan het aannemen van een dringende reden in de weg behoeft te staan. Behoudt men die rechtspraak in het oog, dan wint de dringende reden, wederom, aan zekerheid.

## 6.6 De sub- en vuistregels van de Hoge Raad

Het is al weer geruime tijd vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de vraag of een bepaalde gedraging in een concreet geval een dringende reden vormt, ten dele het karakter van een rechtsvraag en ten dele het karakter van een feitelijke vraag heeft.<sup>30</sup> Of 'van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden het dienstverband te laten voortduren' (zie art. 7:678 lid 1 BW), is immers zowel afhankelijk van de juridische inschatting wat in het algemeen van een redelijke werkgever mag worden verwacht, als van een feitelijke afweging van de concrete omstandigheden waarin werknemer en werkgever zich bevinden. In cassatiejargon wordt een dergelijke beslissing van deels feitelijke, deels juridische aard, aangeduid als 'gemengde beslissing.' Omdat de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, deels een juridische component heeft, acht de Hoge Raad zich vrij om beslissingen van de feitenrechter ter zake in beperkte mate te toetsen en ter zake van het bestaan van de dringende reden sub- en vuistregels te formuleren.<sup>31</sup> De meest verstrekkende subregels zijn die, waarin de Hoge Raad beslist dat een bepaalde handelwijze, ongeacht de overige omstandigheden van het geval, *nóóit* een dringende reden kan vormen. Dergelijke 'harde' subregels zijn evenwel zeldzaam. Een recent voorbeeld daarvan vormt het al eerder aangehaalde arrest van 8 oktober 2004, waarin de vraag aan de orde was of overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte een dringende reden kan vormen. De Hoge Raad formuleerde een duidelijke regel. De *enkele* overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte kan niet een dringende reden opleveren, nu het blijkens de wetsgeschiedenis van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (*Stb.* 1996, 134) de bedoeling van de wetgever is geweest om aan de niet-naleving van controlevoorschriften slechts opschorting van loonbetaling als sanctie te verbinden. Deze 'harde subregel' sluit volgens de Hoge Raad echter niet uit dat de overtreding van controlevoorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden, die, in onderlinge samenhang, wel het oordeel wettigen, dat een dringende reden aanwezig is. Die laatste overweging moet waarschijnlijk aldus wor-

30 Tot 1975 zag de Hoge Raad de beoordeling of sprake was van een dringende reden met name als een feitelijke vraag die zich daarmee aan toetsing in cassatie onttrok.

31 Zie daarover D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Cassatie in Burgerlijke zaken*, Zwolle, 1989, nr. 104, alsmede de bijdrage van R.A.A. Duk, a.w., p. 508.

den begrepen dat overtreding van controlevoorschriften wel kan bijdragen aan het oordeel dat sprake is van een dringende reden, maar dat oordeel niet zelfstandig kan dragen.<sup>32</sup>

De harde subregel uit het arrest *Vixia/Gerrits* staat niet op zichzelf. De Hoge Raad heeft eerder ook al andere gedragingen van de werknemer als dringende reden geëcarteerd. Zo werd in een arrest van 30 december 1977 beslist dat de weigering van een werknemer om langer te werken dan ingevolge de Arbeidswet 1919 geoorloofd was, nooit een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert, ongeacht de verdere omstandigheden van het geval.<sup>33</sup> Ook ten aanzien van de vraag of een werknemer zijn werkgever een dringende reden geeft als hij weigert zijn werkzaamheden te hervatten, omdat hij, anders dan de werkgever, van mening is dat hij arbeidsongeschikt is, formuleerde de Hoge Raad in een arrest van 1991 een harde regel: in een dergelijk geval zal nooit sprake zijn van een dringende reden, als de werknemer inderdaad arbeidsongeschikt was of redelijkerwijs mocht menen dat te zijn.<sup>34</sup> Doet zich een geval waarvoor de Hoge Raad een dergelijke harde subregel heeft geformuleerd voor, dan wordt aan een nadere afweging van de omstandigheden van het geval niet meer toegekomen: de voorspelbaarheid van de dringende reden is – in dat geval – maximaal: een dringende reden is uitgesloten. Het is overigens interessant te constateren dat hoewel de Hoge Raad in de loop der jaren met enige regelmaat arresten heeft gewezen waaruit blijkt dat bepaald gedrag *nimmer* een dringende reden kan vormen, er voorzover ons bekend nooit een arrest is gewezen waarin is uitgemaakt dat een bepaalde handelwijze van de werknemer *altijd* een

32 Zie in die zin Ktr. Utrecht 17 december 2004, *JAR* 2005/24, alsmede R.M. Beltzer, 'De zieke werknemer die zich niet wil laten controleren', *ArbeidsRecht* 2005, 17. Op die opvatting van de Hoge Raad is kritiek mogelijk. Wanneer enerzijds op principiële gronden wordt beslist dat overtreding van controlevoorschriften op zichzelf geen dringende reden constitueert, omdat de wetgever daarvoor een minder vergaande sanctie voor ogen staat, ligt het niet voor de hand om een dergelijke overtreding wel te laten bijdragen aan het oordeel dat zich een dringende reden voordoet. Komt men tot de conclusie dat – zoals de Hoge Raad doet – dat overtreding van controlevoorschriften op zichzelf slechts opschorting van de loonbetaling rechtvaardigt, dan lijkt het consistentier om een dergelijke overtreding ook niet aan te merken als een omstandigheid die mede een dringende reden kan constitueren. Zie daarover S.F. Sagel, *SR* 2004, 92.

33 HR 6 april 1979, *NJ* 1979, 492.

34 HR 20 september 1991, *NJ* 1991, 768, het arrest vormt een samenvatting van eerdere rechtspraak, vgl. HR 22 januari 1982, *NJ* 1982, 470, m.nt. PAS.

dringende reden vormt. Duk wees er al in 1982 terecht op dat daaraan ook geen behoefte bestaat:

‘(...) sommige feiten of gedragingen mogen van dien aard zijn dat zij nooit een dringende reden opleveren, andere die dat steeds wel doen behoeven er daarom nog niet te zijn: de mogelijkheid dat bijzondere omstandigheden vergoelijken wat normaliter niet aanvaardbaar is, kan niet steeds geheel worden uitgesloten.’<sup>35</sup>

Tot het formuleren van harde subregels dat bepaald gedrag nimmer een dringende reden kan constitueren, laat de Hoge Raad zich slechts zelden verleiden. Veel vaker geeft de Hoge Raad richting aan de dringende reden door te beslissen dat bepaald wangedrag, *in beginsel* wel of geen dringende reden vormt. Door het formuleren van een dergelijke regel creëert de Hoge Raad geen volledige zekerheid omtrent de vraag of het gedrag in kwestie als dringende reden kwalificeert; er is nog steeds een nadere afweging van de feiten en omstandigheden van het individuele geval nodig, die duidelijk maakt of het gedrag dat volgens de Hoge Raad in beginsel een dringende reden is, dat in een concreet geval ook daadwerkelijk is. Toch geven de betreffende subregels wel een grote mate van zekerheid. Vindt de Hoge Raad dat bepaald gedrag in beginsel geen dringende reden vormt, dan zullen zich bijzondere verzwarende omstandigheden moeten voordoen om de conclusie te wettigen dat dat gedrag in een concreet geval wel een dringende reden vormt. Vindt de Hoge Raad aan de andere kant dat bepaald gedrag in beginsel een dringende reden vormt, dan zullen zich zeer bijzondere verzachtende omstandigheden moeten voordoen om de conclusie te wettigen dat van een dringende reden geen sprake is. Het voert te ver om alle vuistregels op te sommen die de Hoge Raad sinds het midden van de jaren zeventig van de vorige eeuw heeft geformuleerd. Wij volstaan met een aantal voorbeelden. Een recent voorbeeld kan worden gevonden in een arrest van 20 juni 2003, waarin de Hoge Raad besliste dat het bij herhaling niet voldoen aan een op zichzelf redelijke opdracht van de werkgever in beginsel een dringende reden oplevert.<sup>36</sup> De rechtbank was, in het licht van die vuistregel, niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door de handelwijze van de werknemer, die na daarvoor eerder gewaarschuwd te zijn, wederom de strikte hygiënevoorschriften van zijn

35 R.A.A. Duk, a.w., p. 523.

36 HR 20 juni 2003, *JAR* 2003/179.



werkgever overtrad door op de werkplek te roken, als dringende reden aan te merken. De opvatting van de Hoge Raad is duidelijk: stelt de werkgever regels op ter zake van de wijze waarop het werk moet worden uitgevoerd die een redelijk doel dienen, dan vormt het bij herhaling overtreden daarvan in beginsel een dringende reden. Van dat uitgangspunt zal uitsluitend kunnen worden afgeweken als zich nijpende verzachtende omstandigheden voordoen. Een voorbeeld van de tegenovergestelde categorie, waarin de Hoge Raad als regel formuleert dat een bepaalde gedraging in beginsel geen dringende reden vormt, is een al wat ouder arrest van 22 april 1988, waarin de vraag aan de orde was of deelname aan een collectieve actie een dringende reden kan vormen.<sup>37</sup> De Hoge Raad besliste dat wanneer een actie wordt ondernomen op gezag van een erkende vakbond, de werknemers er in beginsel van uit mogen gaan dat het nemen van die actie een geoorloofde uitoefening vormt van het in art. 6 lid 4 ESH verankerde recht, zulkz tot dat de rechter in kort geding heeft geoordeeld dat de actie onrechtmatig is. Dit brengt, zo de Hoge Raad, mee dat er in beginsel geen plaats is voor het nemen van disciplinaire actie tegen werknemers die binnen het actieparool van de vakbond zijn gebleven. Dit kan slechts anders zijn wanneer het de werknemer reeds van tevoren duidelijk moet zijn geweest dat de actie van de bond onrechtmatig was. Die uitzondering zal zich, zo verduidelijkt de Hoge Raad, echter vrijwel nooit voordoen:

‘In het bijzonder zal van individuele werknemers niet dan bij hoge uitzondering kunnen worden gevergd dat zij zich in het licht van de rechtspraak te dier zake zelfstandig een oordeel vormen omtrent de geoorloofdheid van de actie ten einde daarvan hun definitieve besluit omtrent deelneming aan de actie te laten afhangen.’

De vingerwijzing van de Hoge Raad is duidelijk: deelname aan een collectieve actie die op gezag van een erkende vakbond wordt gevoerd zal, extreme uitzonderingsgevallen waarin het *luce clarius* is dat de actie(vorm) onrechtmatig is – bijvoorbeeld omdat geweld wordt gebruikt – daargelaten, geen dringende reden mogen opleveren totdat de actie door de rechter onrechtmatig is bevonden.<sup>38</sup> Dat standpunt laat aan duidelijkheid niets te wensen over.

37 HR 22 april 1988, *NJ* 1989, 952.

38 Zie over het arrest ook R.A.A. Duk, ‘Wie staakt, wordt niet gestraft’, *SMA* 1988, p. 535-537; A.T.M. Jacobs, ‘De rechtspositie van de stakende werknemer’, *WPNR* 1989, p. 21-23; M.G. Rood, *TIVS* 1988, p. 184-185.

## 6.7 De motiveringseisen

De Hoge Raad draagt blijkens het voorgaande bij aan het creëren van zekerheid omtrent de dringende reden door (a) de betekenis van de verschillende wegingsfactoren uit te werken, (b) harde subregels te formuleren, en (c) vuistregels te ontwerpen. Tot slot geeft de Hoge Raad de afgelopen jaren ook leiding bij de beoordeling van de dringende reden door de eisen die hij aan de rechterlijke motivering van de dringende reden stelt. Dat laatste kan als volgt worden toegelicht.

De motiveringsplicht van de rechter is verankerd in art. 30 Rv, dat niet meer bepaalt dan dat vonnissen, arresten en beschikkingen de gronden inhouden waarop zij berusten. Hoe ver de motiveringsplicht van de rechter strekt, wordt in art. 30 Rv niet beantwoord. Blijkens een arrest van 4 juni 1993, dat betrekking had op een verbod op octrooi-inbreuk in kort geding, hangt de zwaarte van de motiveringsplicht af van de omstandigheden van het geval.<sup>39</sup> In het arrest van 4 juni 1993 werd allereerst de *aard van de bij de procedure betrokken rechten* als relevante omstandigheden bij de bepaling van de zwaarte van de motiveringsplicht aangemerkt. Ten aanzien van de aard van het recht als relevante factor bij de beoordeling van de motiveringsplicht wordt in de literatuur bepleit, dat beslissingen die rechten betreffen die raken aan primaire levensbehoeften van natuurlijke personen een gedegen motivering vereisen. Vranken heeft het treffend als volgt verwoord:

‘Het aantasten of afnemen van rechten die de primaire levensbehoeften van mensen betreffen, zoals persoonlijke relaties, wonen, werken en inkomen, luistert naar mijn mening scherper dan – om maar iets te noemen – de vraag of een zekerheidsrecht kan worden uitgewonnen door de bank of door de fiscus die bodembeslag heeft gelegd.’<sup>40</sup>

In het arrest van 4 juni 1993 wees de Hoge Raad voorts de bij de procedure betrokken *belangen van partijen* aan als relevante omstandigheid voor de zwaarte van de motiveringsplicht. In het verlengde daarvan heeft Korthals Altes betoogd dat voor beslissingen die raken aan *werknemersbelangen* in het algemeen verzwaarde motiveringseisen

39 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 658.

40 Asser/Vranken, nr. 228.

gelden.<sup>41</sup> Vranken heeft er voorts op gewezen dat ook de aard van het rechtsgebied bepalend zou moeten zijn voor de zwaarte van de motiveringsplicht van de rechter. Zijns inziens kan verschil gemaakt worden tussen personen- en familierecht en ‘sociaal’ vermogensrecht enerzijds en de rest van het vermogensrecht anderzijds; waarbij voor het eerste deelgebied zwaardere eisen gelden, dan voor het tweede.<sup>42</sup>

Neemt men al het voorgaande in aanmerking, dan wekt het geen verbazing dat de Hoge Raad de afgelopen jaren de teugels ter zake van de motivering van beslissingen rond het bestaan van een dringende reden strak heeft aangetrokken. Het betreft hier immers beslissingen, waarin alle vornoemde factoren die van invloed zijn op de zwaarte van de (gedifferentieerde) motiveringsplicht wijzen in de richting van een verzwaring daarvan. Beslissingen rond het bestaan van een dringende reden zijn (i) gelegen op het gebied van het ‘sociaal vermogensrecht’, (ii) raken aan rechten die verband houden met de mogelijkheid om door middel van werk in inkomen te voorzien, en (iii) grijpen om die reden – in het algemeen – diep in in de belangen van de werknemer.

Een mooi voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad heeft verduidelijkt dat de motiveringseisen rond de dringende reden zwaar zijn, vormt de uitspraak uit 2000 met betrekking tot de HEMA-medewerker ‘P.’ die na een dienstverband van bijna 35 jaar na afloop van zijn afscheidsreceptie werd betrapt op het zonder betaling meenemen van twee blikken motorolie en om die reden op staande voet werd ontslagen. Het ontslag leidde ertoe dat de suppletieregeling die met de werknemer overeen was gekomen zou vervallen. De werknemer voerde in de procedure die volgde een aantal omstandigheden aan, die zijns inziens aan het bestaan van een dringende reden in de weg stonden, te weten dat hij na het meenemen van de blikken niet meer zou werken, dat het ontslag disproportionele gevolgen zou hebben, nu hij daardoor financieel in zeer grote problemen zou komen, alsmede dat hij 35 jaar in dienst was geweest en een onberispelijke staat van dienst had. De rechtbank besteedde aan geen van deze omstandigheden op kenbare wijze aandacht. De Hoge Raad casseerde. Door de door P. aangevoerde omstandigheden niet bij haar beoordeling te

41 E. Korthals Altes, ‘Het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie’, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Opstellen aangeboden aan Mr C.D. van Boeschoten), Zwolle 1993, p. 102.

42 J.B.M. Vranken, ‘Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht’, in: *Gemotiveerd gehuldigd* (Opstellen aangeboden aan Mr C.D. van Boeschoten), Zwolle 1993, p. 241 en Asser/Vranken, nr. 230.

betrekken had de rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – te weten wanneer zij die omstandigheden niet in haar beoordeling had betrokken, omdat zij deze niet relevant achtte – ofwel haar beslissing dat sprake was van een dringende reden onvoldoende gemotiveerd.<sup>43</sup> De motiveringsplicht die de Hoge Raad de feitenrechter oplegt ter zake van de dringende reden gaat dus ver: hij zal in zijn overwegingen op kenbare wijze aandacht moeten besteden aan de door de werknemer aangevoerde persoonlijke omstandigheden. Ons inziens zal daarbij niet kunnen worden volstaan met standaardoverwegingen als dat ‘de gedraging van de werknemer zodanig ernstig is dat sprake is van een dringende reden en dat hetgeen overigens is aangevoerd daaraan niet afdoet’. De rechter zal daadwerkelijk inzicht moeten geven in de *wijze* waarop hij de argumenten heeft gewogen. De motiveringsplicht gaat echter weer niet zo ver dat de rechter ambtshalve zal moeten onderzoeken of omstandigheden als de leeftijd, de duur van het dienstverleden, enz. aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan. In een arrest van 27 april 2001 verwierp de Hoge Raad een klacht van de strekking dat de rechtbank ambtshalve had behoren te onderzoeken of zich aan de zijde van een werknemer die zich aan verduistering van een portemonnee schuldig had gemaakt, verzachtende omstandigheden voordeden die in de weg stonden aan het aannemen van een dringende reden.<sup>44</sup> Interessant is, dat A-G Spier daar in zijn conclusie voor het arrest genuanceerder over dacht. Hij bepleitte dat de feitenrechter in ieder geval ambtshalve had behoren te onderzoeken en te motiveren of de lengte van het dienstverband – negentien jaar – die uit het procesdossier viel af te leiden, aan het aannemen van een dringende reden in de weg stond. De Hoge Raad wilde daar in 2001 niet aan. Minder dan een jaar later, in een arrest van 22 februari 2002, volgde hij A-G Spier alsnog en werden de motiveringseisen nog verder opgeschroefd.<sup>45</sup> Er was in die zaak sprake van een werknemer die, naar ten processe vaststond, ten tijde van het hem gegeven ontslag op staande voet vijftig jaar oud was en kon terugzien op een dienstverband van ruim 32 jaar. De werknemer had in de inleidende dagvaarding slechts gesteld dat het ontslag hem in ernstige financiële problemen had gebracht. De werknemer had echter niet uitdrukkelijk aangevoerd dat

43 HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190.

44 HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421.

45 HR 22 februari 2002, *NJ* 2003, 174. Zie over dat arrest ook E. Verhulp, ‘De dringende reden en het ontslag op staande voet’, in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer 2003, p. 72-74.

die omstandigheid, alsmede de lengte van zijn dienstverband en leeftijd, aan het aannemen van een dringende reden in de weg stonden. In cassatie werd erover geklaagd dat de rechtbank, die het ontslag geldig had bevonden, bij haar beoordeling van de dringende reden geen rekening had gehouden met voornoemde feiten en omstandigheden. Dat middel slaagde. De Hoge Raad besliste dat de rechtbank door deze omstandigheden niet in haar afweging te betrekken, ofwel was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, ofwel haar oordeel onvoldoende had gemotiveerd. Daarmee is de Hoge Raad ons inziens niet teruggekomen op zijn beslissing dat de rechter niet ambtshalve behoeft te onderzoeken of zich, hoewel de werknemer deze niet heeft gesteld, toch feiten en omstandigheden voordoet die aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan. Wel zal de feitenrechter bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet verzachtende feiten en omstandigheden moeten meewegen die weliswaar door de werknemer zijn gesteld, maar ten aanzien waarvan door hem niet is aangevoerd dat zij aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan. De motiveringsplicht van de rechter gaat daarmee erg ver. Hij moet zelfstandig onderzoeken of de ten processe vaststaande feiten verzachtende omstandigheden bevatten en er blijk van geven dat hij die omstandigheden in zijn beoordeling van de dringende reden heeft betrokken.<sup>46</sup> Doet hij dat niet, dan heeft de werknemer in cassatie een goede kans op succes.

Met het voorgaande rijst natuurlijk de vraag op welke wijze de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake van de aan de dringende reden te stellen motiveringseisen, bijdraagt aan meer rechtszekerheid omtrent het bestaan van een dringende reden. Dat gebeurt ons inziens op twee manieren. In de eerste plaats zou de strenge rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering van de dringende reden ertoe moeten leiden dat de lagere rechters hun beslissingen rond de dringende reden daadwerkelijk (gaan) voorzien van een uitvoerige motivering die inzichtelijk maakt op welke wijze de verschillende aspecten en belangen die bij een ontslag zijn betrokken, worden gewogen. Dat maakt niet alleen de aanvaardbaarheid van de beslissing groter – ook wanneer deze in het nadeel van de werknemer uitvalt – maar draagt met name ook bij aan een grotere voorspelbaarheid van opvolgende beslissingen. Als rechters goed motiveren hoe ‘verzachtend’ respectievelijk ‘verzwarend’ bepaalde als ‘verzachtende’ respectievelijk ‘verzwarende’ omstandigheden aangevoerde fei-

46 Zie in die zin ook G.J.J. Heerma van Voss in zijn *NJ*-noot onder het arrest.

ten door de rechter worden getaxeerd en hoe veel gewicht de verschillende omstandigheden in de weegschaal leggen, zal dat de voorspelbaarheid van de dringende reden in volgende gevallen alleen maar vergroten. Maar wij denken dat uit de bijzondere zware motiveringseisen die de Hoge Raad aan de dringende reden stelt een nog verdergaande les te trekken is. Uit die strenge motiveringseisen valt naar ons gevoel namelijk af te leiden dat de Hoge Raad de dringende reden met een zekere terughoudendheid beoordeeld wenst te zien. De strenge motiveringseisen geven aan dat binnen de Hoge Raad het besef leeft dat een ontslag op staande voet een zwaar middel is dat diep ingrijpt in het leven van de werknemer en dat om die reden de geldigheid van een ontslag op staande voet niet licht mag worden aangenomen. Het wapen van ontslag op staande voet vereist, zo taxeren wij althans de rechtspraak van de Hoge Raad rond de motiveringseisen, een terughoudend, afgewogen gebruik. Daarmee is in die zware motiveringseisen niet alleen een waarschuwing voor de feitenrechter, maar ook voor de werkgever die ontslag op staande voet overweegt, vervat. Nu een dringende reden met terughoudendheid moet worden beoordeeld, doet hij er goed aan dat wapen slechts in zeer duidelijke gevallen te hanteren.

## 6.8 De onverwijldheid van de opzegging

De Hoge Raad stelt evenzeer strenge eisen aan de mededeling van de dringende reden. De opzegging op staande voet dient onverwijld te gebeuren onder gelijktijdige mededeling van de dringende reden, zo bepaalt art. 7:677 lid 1 BW. De eis van onverwijldheid wordt verklaard in art. 7:678 lid 1 BW, door de woorden ‘dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’. Hieruit volgt dat de dringende reden zodanig dient te zijn dat van de werkgever niet kan worden verwacht dat hij de arbeidsovereenkomst op reguliere wijze – door opzegging of ontbinding – doet (laten) eindigen. Indien een werkgever na de constatering van de dringende reden de arbeidsovereenkomst voortzet, kan daaruit eenvoudig de conclusie worden getrokken dat de misdraging voor de werkgever onvoldoende ernstig is om van hem redelijkerwijze te kunnen vergen de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten. Indien de werkgever na constatering van de dringende reden de arbeidsovereenkomst voortzet zonder enige actie te ondernemen die erop is gericht te komen tot een einde van rechtswege (bijvoorbeeld schorsing om nader onderzoek te doen) wettigt dat derhalve de ge-

volgtrekking dat de subjectiviteit van de dringende reden ontbreekt. Dat betekent niet dat enig tijdsverloop na het constateren van de dringende reden het terecht verlenen van ontslag op staande voet in de weg staat. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten de praktijk meer duidelijkheid geboden over de verschillende casusposities.

Allereerst heeft de Hoge Raad duidelijkheid geboden over de vraag of het tijdsverloop tussen de constatering van de dringende reden en het ontslag op staande voet wegens nader onderzoek door de werkgever naar de aard en omvang van de dringende reden aan de onverwijldte opzegging in de weg staat. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad benadrukt dat enig tijdsverloop wegens onderzoek niet aan het gebruik van de dringende reden in de weg staat, mits dat onderzoek voortvarend ter hand wordt genomen. De precieze invulling van de voortvarendheid hangt af van alle omstandigheden van het geval, maar al in 1980 heeft de Hoge Raad wel enige lijnen uitgezet. In het arrest *Gelderse Tramweg Maatschappij/X*<sup>47</sup> overweegt de Hoge Raad dat bij het onderzoek naar de dringende reden de van de werkgever te '(...) vergen mate van voortvarendheid afhankelijk (is) van de omstandigheden van het geval, waarbij o.m. valt te denken aan de aard en omvang van eventueel noodzakelijk onderzoek, de behoedzaamheid die bij het instellen van zulk een onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf van de werkgever te wekken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondbevinding van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad.' Indien uit het nader ingestelde onderzoek geen nieuwe feiten zijn gebleken, staat het de werkgever naar onze mening niet zonder meer vrij om op basis van de reeds bekende feiten een ontslag op staande voet te verlenen, omdat daaraan wel de eis van de onverwijldheid in de weg staat.<sup>48</sup> In het geval waarin de werknemer wegens vakantie afwezig is en de werkgever nader onderzoek doet naar de vraag of het voorgevallene zich kwalificeert als een dringende reden en over welk onderzoek de werknemer is geïnformeerd, staat een tijdsverloop van negentien dagen niet aan het vereiste van onverwijldheid van de opzegging in de weg.<sup>49</sup>

47 HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 328.

48 In deze zin: Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, *JAR* 2000/156.

49 HR 21 januari 2000, *JAR* 2000/45.

Ten tweede heeft de Hoge Raad overwogen dat het tijdsverloop dat is gemoeid met het streven naar een praktische oplossing door de werkgever bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, mits voortvarendheid is betracht, evenmin aan het aannemen van onverwijldheid in de weg staat. De werkgever die de werknemer een korte termijn (een week) voor beraad geeft om te kiezen tussen een ontslag op staande voet of een eigen ontslag, ontnemt zich daarmee niet het recht om na afloop van die termijn ontslag op staande voet te geven.<sup>50</sup> Daarmee is duidelijk dat de werkgever enige ruimte heeft om te streven naar een andere oplossing van het geschil naar aanleiding van de constatering van de dringende reden dan alleen het verlenen van een ontslag op staande voet.

Ten derde heeft de Hoge Raad duidelijkheid geboden over de vraag hoe om te gaan met een latere ontdekking van een dringende reden doordat de werknemer die verborgen heeft gehouden, zoals dat bij diefstal of fraude vaak het geval zal zijn. De Hoge Raad heeft in het arrest *De Lange/Wennekes Lederwaren Den Haag BV*<sup>51</sup> overwogen dat niet het moment waarop de dringende reden zich heeft voorgedaan doorslaggevend is voor de vraag of een ontslag op staande voet onverwijld is gegeven, maar dat voor de beoordeling van de onverwijldheid doorslaggevend is het moment waarop de werkgever de dringende reden constateert. Eerder overwoog de Hoge Raad reeds dat beslissend is het moment waarop degene die tot het verlenen van ontslag op staande voet bevoegd is, de dringende reden ter kennis is gekomen.<sup>52</sup> Wordt na de wetenschap van de dringende reden die zich in het verleden heeft voorgedaan voortvarend actie ondernomen, gericht op het ontslag op staande voet, dan zal de werkgever niet kunnen worden tegengeworpen dat het ontslag niet onverwijld is gegeven. De Hoge Raad heeft overwogen dat hieraan niet afdoet dat degene die tot het ontslag bevoegd is, de dringende reden eerder had kunnen kennen. We gaan er daarbij van uit dat dit slechts geldt voorzover de werkgever in redelijkheid niet eerder kennis heeft kunnen of moeten kunnen nemen van het bestaan van de dringende reden.<sup>53</sup>

Ten slotte is in de rechtspraak steeds het nodige begrip getoond voor de organisatorische randvoorwaarden van de werkgever. Het

50 HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 187.

51 HR 27 april 2001, *JAR* 2001/95.

52 HR 15 februari 1980, *NJ* 1980, 328 en HR 18 mei 1984, *NJ* 1984, 720.

53 Zie voor dit betoog E. Verhulp, 'De dringende reden en het ontslag op staande voet', in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer 2003, p. 69.



komt voor dat de tot ontslag op staande voet bevoegde directeur niet direct tijd kan vrijmaken om zich in de dringende reden en de daaraan te verbinden gevolgen te verdiepen. De directeur die pas in staat is om de werknemer zes dagen na de constatering van de dringenden reden te horen over die dringende reden en daarna tot ontslag op staande voet overgaat, ontslaat naar de mening van A-G Bakels onverwijld (genoeg).<sup>54</sup> Ook indien het tijdsverloop samenhangt met ziekte van de tot het horen van de werknemer bevoegde directeur, staat dat aan de onverwijldheid van het daaropvolgende ontslag op staande voet niet in de weg.<sup>55</sup>

De conclusie uit het vorenstaande is dat de eis van onverwijldheid zeker van waarde wordt geacht, maar dat in de jurisprudentie voldoende ruimte geboden wordt om zorgvuldig onderzoek te doen en te bezien of een praktische oplossing aan de werknemer geboden kan worden en dat de rechter begrip heeft voor organisatorische problemen.

## 6.9 De mededeling van de dringende reden

De opzegging wegens een dringende reden dient onverwijld te geschieden onder gelijktijdige mededeling van de dringende reden. De eis van gelijktijdigheid is ingevoerd ten tijde van de Wet Flexibiliteit en zekerheid. Hoewel de regering meende dat deze eis uit de jurisprudentie volgde en daarbij ook aansluiting is gezocht<sup>56</sup>, vloeide uit de rechtspraak van de Hoge Raad niet de eis van gelijktijdigheid van de mededeling voort.<sup>57</sup> Dit betekent dat het op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad mogelijk was om eerst de werknemer op staande voet te ontslaan en hem vervolgens (ook onverwijld, maar later) de dringende reden die aan het ontslag op staande voet ten grondslag ligt, mede te delen. Deze tijdsruimte bood de werkgever de mogelijkheid om een nauwkeurige formulering te kiezen voor de dringende reden, hetgeen, zoals hieronder zal blijken, van groot belang is. Deze rechtspraak lijkt thans door de wetgever achterhaald. Nu de wetgever dacht met de eis van gelijktijdige mededeling van de dringende reden aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van de Hoge

54 Conclusie A-G Bakels voor HR 3 november 2000, *JAR* 2000/248.

55 Ktr. Amsterdam 22 maart 2000, *JAR* 2000/154.

56 *Kamerstukken II* 1997/98, 26 257, nr. 7, p. 9.

57 HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 553.

Raad, terwijl die veronderstelling – gelet op het voorgaande – onjuist is, moet worden afgewacht hoe strikt de Hoge Raad het huidige wettelijke vereiste van de gelijktijdige mededeling zal interpreteren. Hoewel de tekst van art. 7:677 BW duidelijk is en tot gelijktijdige mededeling van zowel ontslag als de reden daarvoor noopt, valt niet uit te sluiten dat de Hoge Raad dat vereiste, in lijn met zijn eigen rechtspraak uit de pre-Flex- en zekerheid-periode, ruim zal uitleggen. De wetgever beoogde immers geen breuk met het verleden, maar veeleer aansluiting daaraan. Ons inziens zou het alleen maar zijn toe te juichen wanneer de Hoge Raad enige, zij het beperkte, rek toestaat ten aanzien van het tijdstip van de mededeling van de dringende reden. Dat zal een zorgvuldige formulering van de ontslagredenen – en daarmee zekerheid over de geldigheid van het ontslag – ten goede komen. Zolang niet zeker is of de Hoge Raad die ruimte biedt, doet de werkgever er hoe dan ook goed aan de ontslaggrond uiterlijk bij de aanzegging van het ontslag mee te delen.

De vraag rijst voorts of de mededeling van de dringende reden ook vóór het verlenen van ontslag op staande voet kan plaatsvinden. Ook dat punt is onzeker. De mededeling van de dringende reden dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad een processueel doel:

‘De wederpartij moet zich immers na de mededeling erover kunnen beraden of hij de opgegeven dringende reden als juist en als dringend ervaart. De betreffende mededeling behoeft weliswaar niet steeds met zoveel woorden te worden gedaan en kan ook in een of meer gedragingen besloten liggen, doch ook dan blijft vereist dat daaruit voor de wederpartij aanstonds duidelijk is welke, door de ander als dringend aangemerkte, reden door deze aan de beëindiging van de dienstbetrekking ten grondslag wordt gelegd, althans dat daaromtrent bij de wederpartij, gelet op de omstandigheden van het geval, in redelijkheid geen enkele twijfel kan bestaan.’<sup>58</sup>

Een voortijdige mededeling van de dringende reden is met deze overweging niet in strijd, maar sluit niet aan bij de wettekst die een gelijktijdige mededeling vergt. Gelet op het doel van de onverwijfde mededeling menen we echter dat een vóór het ontslag op staande voet medegedeelde dringende reden niet aan de geldigheid van het ontslag

58 HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 504, zie reeds HR 21 juni 1918, *NJ* 1918, 769.

in de weg hoeft te staan. Lang zal er na de mededeling echter niet gewacht mogen worden; daarmee verdraagt het onverwijldheidsver-eiste zich niet. Bovendien zal, naarmate een ontslag na mededeling van de reden langer op zich laat wachten, steeds minder duidelijk zijn of de werknemer ook wegens die reden wordt ontslagen, of dat het ontslag ook berust op na de mededeling voorgevallen feiten. Bestaat door tijdsverloop tussen mededeling en ontslag onduidelijkheid over de inhoud van de dringende reden, dan zal niet aan de eis zijn vol-daan dat de werknemer duidelijk moet zijn waarom hij wordt ontsla-gen en is het ontslag op die grond vernietigbaar.

In beginsel rust de bewijslast van het bestaan van de dringende reden op degene die zich van de dringende reden bedient, dus in dit betoog de werkgever. Slechts onder omstandigheden verlicht de Hoge Raad de bewijslast door op de werknemer een verzwaarde stel-plicht te leggen, bijvoorbeeld daar waar de werknemer over de beno-digde informatie beschikt en van de werkgever niet gevergd kan wor-den die bewijslast te leveren.<sup>59</sup> Dat zal onder andere het geval kunnen zijn bij afwezigheid wegens ziekte, die is opgetreden in het buiten-land en waarover de werknemer slechts zeer vage medische verkla-ringen overlegt.

De medegedeelde dringende reden bepaalt de omvang van de bewijslast. Daardoor rust op de werkgever een zware druk de drin-gende reden zorgvuldig te formuleren. Soms wordt een dringende reden medegedeeld waarvan achteraf blijkt dat deze de dringende reden niet, of niet geheel, omvat. Een mooi voorbeeld van een der-gelijk geval doet zich voor in het arrest *Wapenaar/Taxi Hofman*.<sup>60</sup> De Hoge Raad overweegt ten aanzien van een ontslag op staande voet dat de werkgever heeft gegeven wegens ‘verduistering van ritgelden’, dat in feitelijke instantie had moeten worden vastgesteld dat dan ook van verduistering sprake is. Dat de werkgever kan aantonen dat de op staande voet ontslagen taxichauffeur de ritgelden niet heeft afgedra-gen is onvoldoende om het bestaan van de medegedeelde dringende reden aan te tonen, omdat ‘verduistering’ opzet vereist en de recht-bank niet heeft vastgesteld dat daarvan sprake is. Ook de volgende mededeling van een dringende reden vond in de ogen van A-G Huy-decooper geen genade:

59 HR 11 december 1987, *NJ* 1988, 339.

60 HR 26 januari 2001, *JAR* 2001/40.

‘Op dit moment staat nog niet vast of u schuldig bent aan verduistering doch in ieder geval is wel gebleken dat U procedures niet hebt nageleefd (...) De reden voor dit ontslag is dus dat u verweten kan worden dat de bewuste sealbag is verdwenen.’

Volgens de A-G blijkt uit deze mededeling niet wat de werknemer nu precies kan worden verweten. De Hoge Raad doet de zaak af onder verwijzing naar art. 81 RO.<sup>61</sup> Indien de medegedeelde dringende reden niet geheel komt vast te staan, kan hetgeen wel komt vast te staan, voldoende dragend zijn voor een ontslag op staande voet. De Hoge Raad heeft in een tweetal arresten overwogen dat indien het deel dat komt vast te staan op zichzelf kan gelden als een dringende reden en indien de werkgever heeft gesteld en aannemelijk is dat hij ook om de wel vaststaande feiten de werknemer ontslag op staande voet zou hebben verleend, en indien de werknemer dat ook duidelijk moet zijn geweest, het ontslag op staande voet niet wegens een teveel aan aangevoerde dringende redenen die niet alle kunnen worden bewezen, voor vernietiging voorligt.<sup>62</sup>

Een andere vraag is in hoeverre eerdere gedragingen van de werknemer kunnen bijdragen aan de dringende reden, ook als zij niet zijn medegedeeld. De Hoge Raad heeft overwogen dat die eerdere gedragingen van belang kunnen zijn bij het duiden van een gedraging als een dringende reden. Daarvan is naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad sprake ‘(...) als de werknemer in de gegeven omstandigheden moet hebben begrepen dat eerdere – niet met zoveel woorden aangeduide – gedragingen van hem hebben bijgedragen tot voormeld oordeel (dat sprake is van een dringende reden, SFS/EV) van de werkgever. Het standpunt van de Rb. dat de vroegere gedragingen, al is het maar globaal, “in de medegedeelde ontslagredenen moeten zijn aangeduid”, gaat dus in zijn algemeenheid te ver.’<sup>63</sup> De later in een cassatiemiddel voorgestelde beperking van deze door de Hoge Raad uitgezette lijn, dat een nauw verband moet bestaan tussen de eerdere gedragingen en de medegedeelde dringende reden, heeft de Hoge Raad verworpen.<sup>64</sup>

61 HR 27 juni 2003, *JAR* 2003/180.

62 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 258 en HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 185.

63 HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 100.

64 HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 340.

## 6.10 Een beslismodel met vrij veel zekerheid

Vrijwel niets in het recht is op voorhand geheel zeker. Toch komt het ontslag op staande voet een heel eind. Gelet op al het voorgaande valt het ons inziens allereerst erg mee met de onzekerheid rond de dringende reden. De kritiek dat de leer van de Hoge Raad uit het arrest *Van Essen/Schrijvers*, dat bij de beoordeling van de dringende reden alle omstandigheden van het geval moeten worden afgewogen, tot rechtsonzekerheid leidt, snijdt geen hout. Die onzekerheid kan in sterke mate worden gereduceerd door zorgvuldige bestudering van de cassatierechtspraak en door de duidelijke lijnen in de lagere rechtspraak ter zake van de weging van de verschillende door de Hoge Raad genoemde factoren, in het oog te houden. Een en ander, in onderling verband en samenhang beschouwd, biedt namelijk voldoende aanknopingspunten voor een ‘veilige’ inschatting van het bestaan van een dringende reden. Daarbij kan het volgende ‘beslismodel’ worden aangehouden. Allereerst moet worden onderzocht of het door de werknemer vertoonde gedrag wordt bestreken door een van de harde subregels van de Hoge Raad. Wordt het gedrag van de werknemer bestreken door de subregel dat dat gedrag geen dringende reden oplevert, dan is daarmee het ontbreken van een dringende reden gegeven. Blijkt geen subregel te bestaan, dan zal moeten worden onderzocht of de Hoge Raad een vuistregel heeft geformuleerd, dat het gedrag in kwestie in beginsel wel, of geen dringende reden oplevert. Bestaat een vuistregel van de eerstgenoemde categorie, dan zal een dringende reden gegeven zijn, behoudens wanneer zich bijzondere verzachtende omstandigheden voordoen. Bij een subregel van de laatstgenoemde categorie geldt het omgekeerde. Er zal geen sprake zijn van een dringende reden, tenzij zich bijzondere verzwarende omstandigheden voordoen. Of zich in het concrete geval de vereiste verzwarende of verzachtende omstandigheden voordoen, die een afwijking van de vuistregel wettigen, valt meestal met een grote mate van zekerheid te voorspellen op grond van de duidelijke lijnen die ter zake van die omstandigheden in de lagere jurisprudentie zijn te vinden. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat aan eerdere waarschuwingen en de omstandigheid dat de werknemer in kwestie een voorbeeld- of vertrouwensfunctie vervult, veel (verzwarend) gewicht toekomt. Deze omstandigheden geven een in beginsel onschuldige gedraging vaak het karakter van een dringende reden. Wordt het gedrag van de werknemer niet bestreken door een vuistregel van de Hoge Raad, dan zal moeten worden bezien of zich ter zake van de kwalificatie van dat gedrag – in beginsel wel of geen dringende reden – in de lagere recht-

spraak een duidelijke lijn aftekent. Dat is bij de meeste vormen van wangedrag, die niet door een vuistregel van de Hoge Raad worden bestreken, het geval. Daarna moet, op dezelfde wijze als wanneer een bepaalde vorm van wangedrag wel wordt bestreken door een van de vuistregels van de Hoge Raad, worden onderzocht of een afwijking van de heersende leer gerechtvaardigd is. Als vervolgens na constatering van de dringende reden voortvarend wordt gehandeld, gericht op het bewerkstelligen van een opzegging wegens een dringende reden en voor eventueel tijdsverloop tussen het constateren van de dringende reden op de opzegging op grond van die dringende een goede verklaring kan worden gegeven, zal de eis van de onverwijldheid van de opzegging op staande voet geen obstakel zijn. Ten slotte moet er dan op worden gelet dat de dringende reden zorgvuldig wordt geformuleerd en dat hetgeen als dringende reden is geformuleerd, kan worden bewezen. Bij toepassing van het voorgaande beslismodel blijven er nog maar weinig gevallen over waarin niet op voorhand met een grote mate van zekerheid kan worden voorspeld of sprake is van een geldig ontslag. Voor die resterende gevallen geldt, dat de strenge motiveringseisen die de Hoge Raad aan de dringende reden stelt, duidelijk maken dat een dringende reden niet te snel mag worden aangenomen en dat het ontslag op staande voet terughoudend moet worden ingezet. Dat zou ertoe moeten leiden dat ten aanzien van het ontslag op staande voet gaat gelden: ‘in dubio abstine’.

## 6.11 Een onzekere toekomst voor het ontslag op staande voet?

Of het – om nog eens de terminologie van Loonstra aan te halen – gaat vriezen of dooien met betrekking tot een ontslag op staande voet is, gelet op al het voorgaande, in het grootste deel der gevallen goed te voorspellen. Alleen de werkgever die ook in twijfelgevallen het ijs op gaat, kan er wel eens doorheen zakken. Van ontoelaatbare rechtsonzekerheid rond het ontslag op staande voet is onder die omstandigheden echter geen sprake; wellicht wel van overmoedigheid of oververhitting, of van een tactische keuze. In een aantal gevallen wordt het middel van ontslag op staande voet ingezet om een einde van de arbeidsovereenkomst te forceren. Daarbij vertrouwt de werkgever erop dat in ieder geval door de voorwaardelijke ontbinding een einde aan de arbeidsovereenkomst komt.<sup>65</sup> Het een noch het ander

65 Hierover E. Verhulp, ‘Na de voorwaardelijke ontbinding’, *ArbeidsRecht* 2003, 6.

vormt ons inziens echter een geldige reden om afschaffing van het instituut van het ontslag op staande voet in overweging te nemen. Toch wordt daar – het is in de inleiding op deze bijdrage reeds aangeduid – wel voor gepleit.

In een recente bijdrage heeft Loonstra betoogd dat het ontslag op staande voet uit het systeem van ons ontslagrecht zou moeten worden verwijderd. Wil de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigen op grond van een dringende reden, dan zal dat uitsluitend kunnen in het kader van een procedure ex art. 7:685 BW. Dat betekent dat de werkgever die wegens een dringende reden van een werknemer af wil, direct na de constatering daarvan de werknemer met behoud van loon op non-actief zou moeten stellen en terstond ontbinding zou moeten vragen. Als, zo Loonstra, de hand wordt gehouden aan de reguliere termijnen voor de behandeling van dat verzoek, zal bij een terecht gebleken dringende reden, de arbeidsovereenkomst binnen twee maanden zijn ontbonden.

Wat zijn de redenen op grond waarvan Loonstra pleit voor afschaffing van het ontslag op staande voet? Hij noemt er twee. In de eerste plaats is Loonstra van mening dat het hebben van betaalde arbeid voor de meeste burgers een essentiële voorwaarde is om in hun levensonderhoud te voorzien. Het eenzijdig door de werkgever abrupt afsnijden daarvan, ook in situaties waarin dat achteraf onjuist is, heeft dermate rampzalige gevolgen voor de betrokken werknemer dat dit niet zonder rechterlijke toetsing vooraf mag plaatsvinden. In de tweede plaats zou het onmiddellijk wegsturen van een werknemer met plotselinge stopzetting van de loonbetaling niet (meer) aan huidige redelijke maatstaven van modern human resource management voldoen. Personeelsbeleid dient te worden gevoerd en wordt ook doorgaans gevoerd op basis van rationele besluitvorming. Loonstra ziet niet in waarom zelfs evident ontoelaatbaar gedrag niet vanuit dat perspectief moet worden benaderd, opnieuw vanuit de financiële consequenties die voor de werknemer met een ontslag op staande voet gepaard gaan.

Hoe te denken over dit voorstel? In de bij dit boek behorende Hoge Raad-terminologie: wij concluderen tot verwerping. Allereerst overtuigen de argumenten van Loonstra ons niet. Niet valt in te zien waarom de werkgever de arbeidsovereenkomst en daarmee ook de loonbetaling niet onmiddellijk en eenzijdig zou mogen beëindigen wanneer de werknemer zich schuldig maakt aan ernstig wangedrag. De arbeidsovereenkomst is en blijft een wederkerige overeenkomst, waaraan beide partijen als goed werknemer respectievelijk goed werkgever op een zorgvuldige en behoorlijke wijze uitvoering moe-

ten geven. Voldoet de werknemer niet aan zijn kant van die wederzijdse verplichtingen door zich schuldig te maken aan ernstig wangedrag, dan valt werkelijk niet in te zien op basis waarvan de werkgever nog langer zijn verplichting (tot loonbetaling) zou moeten nakomen en de arbeidsovereenkomst niet met onmiddellijke ingang zou mogen beëindigen. Anders geformuleerd: als een werknemer een greep in de kas doet, valt niet in te zien waarom de werkgever daar nog een schep bovenop zou moeten doen door hangende een ontbindingsprocedure het loon door te betalen.

Ook het argument dat de werkgever de loonbetaling niet abrupt door middel van een ontslag op staande voet zou mogen beëindigen zonder voorafgaande toetsing door de rechter, gelet op de bescherming die werknemers in andere omstandigheden hebben, overtuigt niet. De risicoregeling van de art. 7:627 en 7:628 BW bepaalt dat de werknemer geen loon ontvangt wanneer hij zijn werkzaamheden niet verricht wegens een oorzaak die aan zijn schuld is te wijten of in zijn risicosfeer valt. Houdt de werkgever het loon op grond van die regeling in, dan behoeft hij daarvoor evenmin voorafgaande toestemming van de rechter. De materiële gevolgen zijn echter hetzelfde als bij een ontslag op staande voet. Ook dat acht de wetgever toelaatbaar.

Ook het argument dat ontslag op staande voet niet zou passen in een redelijk en modern HRM-beleid wagen wij in twijfel te trekken. Onze ervaring is veeleer dat het ontslag op staande voet, indien zorgvuldig ingezet, een nuttig middel vormt voor het voeren van een gedegen HRM-beleid. Niet valt in te zien waarom een human resource manager die zich geconfronteerd ziet met een werknemer die zich bijvoorbeeld schuldig maakt aan een ernstige vorm van seksuele intimidatie, onredelijk zou handelen door die werknemer direct op staande voet te ontslaan. Bij ernstige overtreding van de binnen de onderneming geldende (fatsoens)normen kan een rationele zorgvuldige besluitvorming er juist toe leiden dat ontslag op staande voet de enig aangewezen sanctie is, mede omdat men de afkeuring voor de handelwijze van de werknemer (aan de overige werknemers) wil doen blijken en vergelijkbare vergrijpen in de toekomst wil voorkomen. Het ontslag op staande voet is de ultieme privaatrechtelijk 'straf' die de werkgever zijn werknemer kan opleggen. Het middel heeft, juist vanwege zijn onmiddellijke werking en potentieel versprekkende negatieve gevolgen, ontegenzeggelijk een nuttig afschrikwekkend effect. Een eenmaal gegeven ontslag op staande voet dient bovendien de generale preventie. Voor de ontbindingsprocedure geldt een en ander in veel minder sterke mate.



Los daarvan zal een afschaffing van de mogelijkheid van het geven van ontslag op staande voet het Nederlandse ontslagrecht nog meer uit de pas laten lopen met het recht van de ons omringende landen, die alle de mogelijkheden van het ontslag op staande voet kennen, zoals het *summary dismissal* in Engeland en de *fristlose Kündigung* in Duitsland. Ook IAO-verdrag 158, waarin is voorzien in de verplichting van de werkgever de werknemer voor het ontslag te horen, staat in art. 7 zelfs een uitzondering van deze verplichting toe in die gevallen waarin 'dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden verwacht'. Hoewel de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel het horen van de werknemer ook in geval van een dringende reden adviseerde, ging ook zij uit van het handhaven van de mogelijkheid van een ontslag op staande voet.<sup>66</sup> Al deze ontslagsystemen gaan er, hoe verschillend ze ook zijn, van uit dat wanneer een werknemer zich schuldig maakt aan ernstig wangedrag, de werkgever de mogelijkheid moet hebben om de arbeidsovereenkomst onmiddellijk te beëindigen. Het Nederlandse ontslagrecht is voor buitenlandse werkgevers al vrij moeilijk navolgbaar; moet hen in de toekomst ook nog uitgelegd worden dat een werknemer die een grootscheepse fraude begaat die de onderneming voor miljoenen benadeelt, pas kan worden beëindigd als de rechter daarvoor toestemming geeft?

Een ander bezwaar tegen het voorstel van Loonstra is dat door de afschaffing van de mogelijkheid van ontslag op staande voet ook de werknemer de mogelijkheid wordt ontnomen ontslag op staande voet te nemen. De werknemer zal zich in een dergelijk geval tevreden moeten stellen met het gedurende twee maanden wachten op de beslissing van de kantonrechter, terwijl de arbeidsovereenkomst blijft bestaan. Uiteraard zal de werknemer gedurende deze periode niet beschikbaar zijn de bedongen arbeid te aanvaarden, zodat hij geen recht op loon heeft en geen recht op WW, hetgeen zijn positie niet benijdenswaardig maakt.

Weer een ander bezwaar is dat de ontbindingsprocedure in zijn huidige vorm niet goed geschikt is voor een deugdelijk onderzoek naar de dringende reden. Dat ligt er allereerst aan dat bewijslevering in die procedure in het algemeen niet wordt toegestaan. Deze lacune leidt nu al een enkele keer tot op te weinig of onjuiste feitelijke grondslag gestoelde ontbindingsbeslissingen, maar te vrezen is dat indien de door Loonstra voorgestelde wijziging wordt doorgevoerd,

66 ADO, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, 2000, p. 91.

dergelijke beslissingen zullen toenemen.<sup>67</sup> Juist omdat de Hoge Raad een groot aantal beschermingselementen tegen te lichtvaardige ontslagen op staande voet heeft ingebouwd, zoals die met betrekking tot de mededelingsplicht en de bewijslast, is een afgewogen systeem tot stand gebracht dat een ontslag op staande voet mogelijk maakt indien zich duidelijk een dringende reden voordoet. Bij de ontbindingsprocedure ontbreekt de mogelijkheid deze systematiek te handhaven, waardoor eerder lichtvaardig kan en zal worden overgegaan tot het verzoeken van ontbinding wegens een dringende reden, desnoods aangevuld met een subsidiair verzoek wegens veranderingen in de omstandigheden. Juist bij discussies over de vraag of zich een dringende reden heeft voorgedaan, is een zorgvuldige procedure en bewijsvoering van groot belang. Dat belang vloeit voort uit het differerende karakter van de opzegging op staande voet en de ernstige gevolgen van een dergelijke opzegging. Dit alles klemt te meer nu appèl en cassatie tegen een ontbindingsbeschikking zijn uitgesloten.

Loonstra heeft het voorstel om het ontslag op staande voet om te zetten in een ontbindingsprocedure reeds in 2003 gelanceerd. Hij deed dit tijdens het door Sjef de Laat voorgezeten Arbeidsrechtcongres 'Ontslagrecht in beweging'. Tijdens de werkgroepsdiscussie keerden de deelnemers zich tegen deze stelling, onder andere met de opvatting dat het ontslag op staande voet de moraal in het arbeidsrecht brengt. Tijdens de stemming over de in dit kader door Loonstra geponeerde stelling bleek een overgrote meerderheid van de aanwezigen, zonder verdere discussie, tegen.<sup>68</sup>

Wij sluiten ons bij die meerderheid aan. Het ontslag op staande voet is een wezenlijk onderdeel van een volwassen ontslagstelsel en het is door de wetgever en de rechtspraak voldoende duidelijk met waarborgen omkleed.

67 Zie bijvoorbeeld HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72.

68 Zie A. Baris, 'Verslag van de discussie', in E. Verhulp, C.J. Loonstra e.a., *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag: Sdu 2004, p. 128, stelling 3.

# 7 De Hoge Raad en de omkeringsregel in het arbeidsrecht

Mevr. mr. A.J. Swelheim\*

## 7.1 Inleiding

De door de Hoge Raad ontwikkelde omkeringsregel<sup>1</sup> is, anders dan de start van deze zomer, *hot*. Het ene na het andere arrest over deze gecompliceerde en zich nog steeds verfijnende regel haalt de *NJ*. In deze bijdrage zal worden gezien hoe de omkeringsregel zich verhoudt tot het bepaalde in art. 7:658 lid 2 BW, waarin als het ware een eigen omkeringsregel is gecodificeerd. Daarbij zal bijzondere aandacht worden besteed aan het arrest *Unilever/Dikmans*.<sup>2</sup>

## 7.2 De omkeringsregel; een inventarisatie

De omkeringsregel bestaat al sinds 1953.<sup>3</sup> Werd hij aanvankelijk slechts toegepast op (de schending van) verkeers- en veiligheidsnormen, sinds 1996<sup>4</sup> geldt hij voor het gehele terrein van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en wanprestatie. De omkeringsregel ziet op de omkering van de bewijslast ten aanzien van het in art. 6:74, lid 1 en 6:162, lid 1 BW met het woord ‘daardoor’ respectievelijk ‘dientengevolge’ aangeduide causale verband – in de zin van *condicio sine qua non*-verband – tussen de normschending en de schade.

\* Mevr. mr A.J. Swelheim is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Den Haag. Met dank aan mijn kantoorgenoten Sjef Wuisman en Maarten Schenck voor hun inspirerende opmerkingen naar aanleiding van een eerdere versie van dit artikel.

1 De term ‘omkeringsregel’ is bedacht door H.J. Sniijders, die deze term hanteert in zijn noot onder 2 in HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428.

2 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596 en *JAR* 2000, 261.

3 Zie HR 30 oktober 1953, *NJ* 1954, 261, naar welk arrest de Hoge Raad in HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 119 verwijst ter aanduiding van (een vroege verschijningsvorm van) de omkeringsregel.

4 Zie HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607.

In twee belangrijke arresten van 29 november 2002<sup>5</sup> heeft de Hoge Raad de rechtspraak omtrent de omkeringsregel, in verband met daarover in de doctrine gerezen vragen, verduidelijkt. In r.o. 3.5.3 van die arresten is de omkeringsregel als volgt verwoord:

‘Hiermee wordt bedoeld de door de Hoge Raad in een reeks van arresten aanvaarde regel dat, indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en het risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.’<sup>6</sup>

In die ‘novemberarresten’ heeft de cassatierechter de omkeringsregel in drie stappen verduidelijkt:

1. In de rechtspraak omtrent de omkeringsregel wordt tot uitdrukking gebracht dat in de daarin bedoelde gevallen op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv (art. 177 oud Rv), in die zin dat het bestaan van causaal verband – in de zin van *condicio sine qua non*-verband – tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

<sup>5</sup> Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305.

<sup>6</sup> Zie voor rechtspraak omtrent de omkeringsregel, onder meer, HR 30 oktober 1953, *NJ* 1954, 261; HR 12 februari 1960, *NJ* 1960, 171; HR 18 december 1970, *NJ* 1971, 142; HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453; HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362; HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55; HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995, 95; HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607; HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428; HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584; HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 119; HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305; HR 18 april 2003, *NJ* 2004, 306; HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307; HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308; HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 en HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 110.

2. Voor het maken van de onder 1 bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.
3. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk er, behoudens tegenbewijs, van uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van die normschending.

Die ‘drietrapraket’ is in de novemberarresten afgerond met een – de lading niet geheel dekkende – conclusie en een slotopmerking:

‘Voor de toepassing van voormelde regel is dus blijkens het vorenstaande vereist dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.

Opmerking verdient nog dat het hier bedoelde vermoeden zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt.’

Aldus kunnen met name uit de meest recente arresten de volgende regels worden gedistilleerd ten aanzien van de vraag wanneer voor toepassing van de omkeringsregel al dan niet ruimte is.

- a. Voor toepassing van de omkeringsregel is slechts plaats als een norm is geschonden die strekt ter voorkoming van een *specifiek* gevaar; schending van een algemene norm – bijvoorbeeld die van art. 7:453 BW – is onvoldoende voor toepassing van de omkeringsregel.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Zie HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307; HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 en HR 24 september 2004, *RvdW* 2004, 110.

- b. Voor toepassing van de omkeringsregel is slechts ruimte als het (specifieke) gevaar waartegen de betrokken norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt, hetgeen *kan* meebrengen dat de toedracht van het ongeval bekend moet zijn.<sup>8</sup>
- c. Voor toepassing van de omkeringsregel is geen plaats als niet aannemelijk is (gemaakt) dat de gestelde schade het gevolg is van de betrokken normschending, althans als causaal verband tussen de normschending en de schade niet zonder meer voor de hand lag.<sup>9</sup>
- d. Voor toepassing van de omkeringsregel is slechts plaats als de verweten gedragingen een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming van de één jegens de ander opleveren, en niet als een andersoortige norm is geschonden.<sup>10</sup>

Naar aanleiding van de in het arrest van 19 maart 2004 vervatte gedachtegang dat er bij schending van een algemene norm als die van art. 7:453 BW – de zorg van een goed hulpverlener – in het algemeen geen plaats zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel, heeft Lindenbergh<sup>11</sup>, die dat uitgangspunt overigens ‘nauwelijks richtinggevend’ heeft genoemd, opgemerkt dat dan hetzelfde zou moeten gelden voor open normen als die van art. 6:74, 6:162 en 7:658 BW.

Op (de vele subtiliteiten van) de omkeringsregel is in de literatuur de nodige kritiek geuit.<sup>12</sup> Dit is niet de plaats om die kritiek te bespreken. Zolang de Hoge Raad aan de omkeringsregel blijft slijpen, zal de rechtspraak het met hem moeten doen. Ik wil mij dan ook in dit artikel concentreren op de wijze waarop die regel in het arbeidsrecht gestalte heeft gekregen.

8 Zie HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304; HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 en HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308.

9 Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305.

10 Zie HR 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 119 en HR 7 mei 2004, nr. C03/044 HR.

11 Zie S.D. Lindenbergh, ‘De betrekkelijkheid van de omkeringsregel’, WPNR 6580, p. 433-435.

12 Zie voor die kritiek, onder meer, Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 436c; P-G Hartkamp in zijn conclusie onder 14 voor HR 18 april 2003, *NJ* 2004, 306; J.B.M. Vranken in zijn noot onder HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 en S.D. Lindenbergh, a.w., p. 433/435.

### 7.3 De omkeringsregel en art. (7A:)1638x oud BW

Art. (7A:)1638x oud BW bepaalde – kort gezegd – dat de werkgever die jegens de werknemer zijn in dat artikel bedoelde zorgverplichtingen niet was nagekomen, gehouden was de schade te vergoeden die de werknemer dientengevolge in de uitoefening van zijn dienstbetrekking was overkomen, tenzij de werkgever kon bewijzen dat sprake was van overmacht of dat de schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van de werknemer te wijten was. Uit de rechtspraak<sup>13</sup> is duidelijk dat van dat laatste – overmacht of grove schuld – nauwelijks ooit sprake kon zijn, zodat ik die uitzondering op de hoofdregel hier verder laat rusten.

Bij toepassing van de omkeringsregel is het de gelaedeerde die de normschending moet bewijzen; de omkering ziet, als gezegd, (slechts) op de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de normschending en de schade. Ook bij toepassing van art. (7A:)1638x oud BW was het de *werknemer* die moest bewijzen dat de werkgever jegens hem zijn zorgverplichtingen niet was nagekomen, die dus de normschending moest bewijzen. Wel werd die bewijslast (reeds) naar oud recht soms omgekeerd, aldus dat de werkgever moest bewijzen dat hij zijn zorgverplichtingen wel was nagekomen.<sup>14</sup> Had de werknemer eenmaal bewezen dat de werkgever jegens hem zijn zorgverplichtingen niet was nagekomen, dan moest hij vervolgens bewijzen dat tussen die normschending en de door hem geleden schade causaal verband bestond. Hier komt men op het terrein van de omkeringsregel. Ook bij de toepassing van art. (7A:)1638x oud BW vond de cassatierechter een aantal keren aanleiding om de omkeringsregel toe te passen. Dat gebeurde onder meer in HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198. In r.o. 3.5 van dat arrest is die omkering als volgt verwoord:

‘Indien, zoals in cassatie bij wege van veronderstelling moet worden aangenomen, Hoondert in die verplichting is tekortgeschoten, moet causaal verband tussen dit tekortschieten en het ongeval aanwezig worden geacht, tenzij Hoondert zou aantonen dat de veiligheidsmaatregelen die redelijkerwijs van haar konden worden geveerd, het ongeval niet zouden hebben voorkomen (...)’

13 Zie onder meer HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198.

14 Zie onder meer HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 151.

In arresten van 1974, 1989, 1991 en 1993<sup>15</sup> zijn vergelijkbare beslissingen verrat, waarbij in drie van die arresten is verlangd dat (de werkgever aannemelijk zou maken dat) de betrokken veiligheidsmaatregelen het ongeval ‘waarschijnlijk’ niet zouden hebben voorkomen.

Een ander voorbeeld van zuivere toepassing van de omkeringsregel in het arbeidsrecht is te vinden in een arrest van 1993<sup>16</sup>, dat ging over schending van het bepaalde in art. 1638z oud BW, de norm van het goed werkgeverschap. In dat arrest is onder meer beslist:

‘Het (...) oordeel moet klaarblijkelijk worden verstaan in die zin dat de met de eis van art. 1638z onverenigbare wijze waarop Nuts zich sedert het gesprek van 17 juni 1987 jegens Hofman heeft gedragen, het gevaar dat de labiele psychische gesteldheid van Hofman tot het voortduren en verergeren van diens na dat gesprek ingetreden arbeidsongeschiktheid zou leiden, heeft verhoogd en dat, nu dit gevaar zich heeft verwezenlijkt, de door Hofman deswege geleden schade als een gevolg van het bedoelde gedrag van Nuts aan deze moet worden toegerekend.’

Ook hier dus een zuivere toepassing van de omkeringsregel in het arbeidsrecht en dat bovendien in een geval waarin een *algemene*, open norm was geschonden.

#### 7.4 De omkeringsregel en art. 7:658 BW

Art. 7:658 lid 2 BW bepaalt – kort gezegd – dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoon dat hij de in lid 1 bedoelde zorgverplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Dit tweede lid bevat een bijzondere regel als bedoeld in art. 150 (art. 177 oud) Rv, waaruit een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit dan die waarop de hoofdregel van art. 150 ziet. Die hoofdregel brengt mee dat de partij die zich beroept

15 Zie HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453; HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572; HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686; vgl. ook HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398.

16 Zie HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667.



op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt. Art. 7:658 lid 2 BW behelst, anders gezegd, een omkering van de bewijslast ten gunste van de werknemer ten aanzien van *de normschending als zodanig*. Aldus gaat die omkering van de bewijslast, zoals ook Akkermans<sup>17</sup> signaleert, *verder* dan de omkeringsregel: de omkeringsregel keert immers slechts de bewijslast ten aanzien van het causaal verband tussen de normschending en de schade om, terwijl art. 7:658 lid 2 BW de bewijslast ten aanzien van de normschending zelf omkeert.

Toch laat ook art. 7:658 lid 2 nog een stukje van de ‘echte’ omkeringsregel zien. In HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211 is immers beslist dat de werkgever niet alleen aan aansprakelijkheid jegens de werknemer kan ontkomen door te bewijzen dat hij zijn zorgverplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, maar óók door aan te tonen ‘(...) dat nakoming van die verplichtingen het ongeval niet zou hebben voorkomen.’

Die laatste ‘ontsnappingsroute’ voor de werkgever is de resultante van toepassing van de omkeringsregel, omdat dit punt ziet op (het ontbreken van) het causale verband tussen de normschending en de schade en de cassatierechter hier, in overeenstemming met zijn oudere rechtspraak, aangeeft dat het de werkgever is die moet aantonen dat dit causale verband ontbreekt.<sup>18</sup>

Nu de in art. 7:658 lid 2 BW vervatte omkering van de bewijslast derhalve ziet op de normschending als zodanig en, blijkens het arrest van 10 december 1999, op het causale verband tussen de normschending en de schade, ligt uitsluitend de bewijslast ten aanzien van de omstandigheid dat de werknemer de schade *in de uitoefening van zijn werkzaamheden* heeft geleden, op het bord van de werknemer.<sup>19</sup> Voor aansprakelijkheid van de werkgever is nodig dat *vaststaat* dat de werknemer de schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden; de mogelijkheid daartoe is onvoldoende.<sup>20</sup>

17 Zie A.J. Akkermans, ‘De “omkeringsregel” bij het bewijs van causaal verband’ (2002), p. 11-12 en 76.

18 Zie in die zin ook Akkermans, a.w., zinsnede op de overgang van p. 11-12.

19 Zie HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 377 en *JAR* 2001, 96.

20 Zie HR 26 januari 2001, *NJ* 2001, 597 en *JAR* 2001, 39.

Uit het voorgaande volgt dat art. 7:658, lid 2 trekken laat zien (i) van de *eigenlijke* omkeringsregel – die ziet op omkering van de bewijslast ten aanzien van het causale verband tussen de normschending en de schade – en (ii) van een verderstrekkende omkeringsregel, namelijk één die de bewijslast omkeert ten aanzien van de normschending *zelf*. Die laatste ‘omkeringsregel’ is ook om een tweede reden verderstrekkend. Zoals Asser in zijn noot onder *NJ* 2004, 305 onder 5 tot en met 14 aangeeft, is de in het spraakgebruik gehanteerde term ‘omkering van de bewijslast’ een dubbelzinnige, omdat die kan zien op omkering van uitsluitend de bewijsleveringslast, maar ook op omkering van zowel de bewijsleveringslast als het bewijsrisico. De met (ii) aangeduide, verderstrekkende ‘omkeringsregel’ ziet op beide aspecten, dus op omkering van de bewijsleveringslast én het bewijsrisico. Anders gezegd: de werkgever draagt het risico van de omstandigheid dat hij niet bewijst dat hij zijn zorgverplichtingen jegens de werknemer correct is nagekomen. Anders is dat, aldus Asser, bij de met (i) aangeduide, eigenlijke omkeringsregel. Bij die regel wordt alleen de bewijsleveringslast omgekeerd, niet het bewijsrisico. Anders gezegd: de werknemer draagt het bewijsrisico dat de werkgever het ten gunste van de werknemer aangenomen verband tussen de normschending en de schade weet te ontzenuwen.<sup>21</sup>

## 7.5 De omkeringsregel en Unilever/Dikmans

Over dit arrest is al veel geschreven.<sup>22</sup> Ik zal hierna proberen uit te vinden of ook in *Unilever/Dikmans* een omkeringsregel is vervat, zo ja: welke en hoe deze in het geheel van art. 7:658 BW valt in te bedenken. Zoals bekend, stelde werknemer Dikmans zich op het standpunt dat hij in dienst van Unilever een (chronische) beroepsziekte had opgelopen door de omgang met chemicaliën en oplosmiddelen die hij bij zijn werkzaamheden voor Unilever moest gebruiken. De Rechtbank was – (te) kort gezegd – van oordeel dat Dikmans op cruciale punten niet voldoende aan zijn stelplicht had voldaan – en wel die met betrekking tot het causale verband tussen zijn aandoeningen en zijn werkomstandigheden – zodat aan (stellingen van Unilever rond)

21 Zie over deze kwestie ook C.J.M. Klaassen, *ArA* 2001/2, p. 42-45, die er, evenals Asser, op wijst dat de verschillen tussen beide vormen van ‘omkering’ elkaar in de praktijk niet veel zullen ontlopen.

22 Zie voor een inventarisatie van de literatuur tot dat moment R. van de Water, ‘Bewijslastverdeling bij beroepsziekten’, *ArbeidsRecht* 2001, 65.

de zorgplicht niet werd toegekomen. Nadat de Hoge Raad had vooropgesteld dat de Rechtbank te vergaande eisen had gesteld aan de stelplicht van Dikmans in een geval als dit, koos hij ook op dat tweede punt voor een andere benadering:

‘Daarnaast geeft ook het oordeel van de Rechtbank (...) dat het eerst dan aan Unilever is om feiten te stellen (en zo nodig te bewijzen) waaruit valt af te leiden dat zij jegens Dikmans aan haar zorgplicht heeft voldaan, wanneer deze erin zou slagen voldoende te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat zijn aandoeningen het gevolg zijn van zijn werkomstandigheden, blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel miskent immers dat wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, en dat derhalve ook in zoverre op Unilever reeds thans de plicht rust nader aan te geven of en zo ja welke maatregelen zij in dit opzicht heeft getroffen.’

Hier formuleert de Hoge Raad naar mijn oordeel een omkeringsregel, en wel een ‘vroeg’ – ik zal deze hierna dan ook ‘de vroege omkeringsregel’ noemen – omdat deze, evenals de in het tweede lid van art. 7:658 gecodificeerde omkeringsregel, ziet op het moment *voordat* de normschending vaststaat. Het gaat bij deze vroege omkeringsregel immers niet om (een omkering van de bewijslast ten aanzien van) het causale verband tussen de normschending en de schade, maar om (een omkering van de bewijslast ten aanzien van) het causale verband tussen de aandoeningen van de werknemer en zijn werkomstandigheden, anders gezegd: om een omkering ten aanzien van de *op de werknemer rustende bewijslast* van de in het tweede lid van art. 7:658 genoemde omstandigheid dat hij de schade *in de uitoefening van zijn werkzaamheden* heeft geleden.

Voor toepassing van deze vroege omkeringsregel is, blijkens de betrokken overweging, vereist dat de werknemer voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er bij zijn werk een *blootstelling* heeft plaatsgevonden aan – in het geval van *Unilever/Dikmans* – voor de gezondheid gevaarlijke stoffen. Verder zal voor toepassing van de vroege omkeringsregel vereist zijn – de Hoge Raad noemt dit vereiste niet met zoveel woorden, maar het vloeit wel logisch uit het samenstel van overwegingen voort – dat de betrokken werknemer aandoe-

ningen heeft die met die blootstelling verband *kunnen* houden. Dat een werknemer dergelijke aandoeningen heeft, zal hij normaliter wel aannemelijk kunnen maken door het overleggen van medische rapportages en dergelijke. Ook in *Unilever/Dikmans* was dit voor Dikmans niet het struikelblok. Bovendien blijkt uit de geciteerde passage dat de Hoge Raad op dit punt aan (de stelplicht van) de werknemer geen hoge eisen stelt.

Heeft de werknemer eenmaal aangetoond dat hij bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen en heeft hij gesteld dat hij aandoeningen heeft die met die blootstelling verband kunnen houden, dan grijpen vervolgens de vroege omkeringsregel en (wat ik eerder genoemd heb) de verderstrekkende omkeringsregel van art. 7:658 lid 2 in elkaar: het door de werknemer te bewijzen causale verband tussen zijn aandoeningen en zijn werkomstandigheden moet worden aangenomen indien – men kan ook zeggen: de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, anders gezegd: indien de werkgever zijn zorgverplichtingen heeft geschonden.

Hoe moeten die in elkaar grijpende omkeringsregels nu worden begrepen? Naar mijn oordeel aldus dat ook bij toepassing van de vroege omkeringsregel niet alleen de bewijsleveringslast op dit punt op het bord van de werkgever komt te liggen, maar ook het bewijsrisico: ten aanzien van het bepaalde in het tweede lid van art. 7:658 BW heeft de werkgever immers het bewijsrisico. Slaagt de werkgever er niet in te bewijzen dat hij jegens de werknemer die is blootgesteld geweest aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen en die aandoeningen heeft, zijn zorgverplichtingen is nagekomen, dan komt daarmee naar mijn oordeel het causale verband tussen de aandoeningen en de werkomstandigheden vast te staan en kan de werkgever alleen nog aan aansprakelijkheid ontkomen door zich te beroepen op de *gewone* omkeringsregel, en wel door aannemelijk te maken dat de schade van de werknemer ook zonder de normschending – dus zonder de schending van zijn zorgverplichtingen – zou zijn ontstaan.<sup>23</sup>

In zijn heldere en uitvoerige *NJ*-noot onder *Unilever/Dikmans* stelt Asser zich, als ik het goed zie, op het standpunt dat bij de toepassing van de vroege omkeringsregel de werkgever die er niet in slaagt te

23 Ook Klaassen, a.w., p. 45, gaat ervan uit dat de werkgever zich aan het einde van de rit nog op die gewone omkeringsregel kan beroepen.

bewijzen dat hij jegens de werknemer zijn zorgverplichtingen is nagekomen, vervolgens *tegenbewijs* mag leveren tegen de aanname (als gevolg van toepassing van de vroege omkeringsregel) van het causale verband tussen de aandoeningen en de werkomstandigheden. Op p. 4392 onder 11 merkt hij op dit punt onder meer het volgende op:

‘Mocht die nalatigheid vaststaan dan staat de causaliteit ook vast – eventueel behoudens tegenbewijs door de werkgever. Om een en ander te kunnen beoordelen zal de werkgever al dadelijk moeten aangeven of en zo ja welke maatregelen zijn getroffen. Blijft de werkgever in gebreke en moet worden geconcludeerd dat hij ter zake van het treffen van de nodige maatregelen al onvoldoende stelt, zodat aangenomen moet worden dat hij op dat punt nalatig is gebleven, dan treedt de “omkeerregel” in werking. De werknemer is dan bevrijd van verder bewijs van het causaal verband en de werkgever krijgt er een klus bij, want hij zal nu moeten bewijzen, uiteraard als hij voldoende heeft gesteld, dat het causaal verband tussen blootstelling en ziekte niet bestaat (kan bestaan), wil hij toewijzing van de vordering nog kunnen tegenhouden.’

Ik vind het een moeilijk punt of de werkgever die er bij toepassing van de vroege omkeringsregel niet in slaagt te bewijzen dat hij zijn zorgverplichtingen jegens de werknemer is nagekomen, zodat het causale verband tussen de aandoeningen van de werknemer en zijn werkomstandigheden moet worden *aangenomen*, nog moet worden toegelaten tot tegenbewijs ter ontzenuwing van dat causale verband. Het probleem schuilt naar mijn oordeel in het door de Hoge Raad gekozen woordje ‘indien’, waardoor de vroege omkeringsregel (wezenlijk) anders is geformuleerd dan de gewone omkeringsregel. Bij die laatste is immers duidelijk dat, indien de normschender niet aannemelijk maakt dat de schade ook zonder de normschending zou zijn ontstaan, het causale verband tussen de normschending en de schade vaststaat. Naar mijn oordeel bestaat het ‘tegenbewijs’ – let wel: inclusief bewijsrisico – bij toepassing van de vroege omkeringsregel dan ook in het door de werkgever te leveren bewijs van de nakoming van zijn zorgverplichtingen, waarna voor verdere tegenbewijslevering door de werkgever naar mijn oordeel geen plaats is. Maar ik realiseer mij dat men hierover verschillend kan denken. Van veel praktische betekenis lijkt het punt mij overigens niet, omdat het voor een werkgever – in de woorden van Asser – inderdaad nogal een klus zal zijn om, nadat hij niet is geslaagd in het bewijs van de nakoming van zijn zorgverplichtingen, aannemelijk te maken dat het causale verband

tussen de aandoeningen van de werknemer en diens werkomstandigheden ontbreekt.<sup>24</sup>

Het voorgaande laat zich in het volgende schema vatten.

1. De werknemer zal moeten bewijzen dat hij bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen en zal moeten stellen dat hij aandoeningen heeft opgelopen die met die blootstelling verband kunnen houden.
2. Vervolgens moet de werkgever bewijzen dat hij zich jegens de werknemer aan zijn zorgverplichtingen heeft gehouden (toepassing van de verderstrekkende omkeringsregel van art. 7:658, lid 2 in combinatie met toepassing van de vroege omkeringsregel).
3. Slaagt de werkgever niet in die bewijslevering, dan moet het causale verband tussen de aandoeningen van de werknemer en zijn werkomstandigheden worden aangenomen, eventueel behoudens door de werkgever te leveren tegenbewijs op dat punt.
4. Slaagt de werkgever niet in dat (eventuele) tegenbewijs, dan zal hij nog aannemelijk kunnen maken dat de schade van de werknemer ook zonder de normschending – de schending van zijn zorgverplichtingen – zou zijn ontstaan (toepassing van de gewone omkeringsregel).
5. Slaagt de werkgever (ook) daarin niet, dan moet ook het causale verband tussen de normschending en de schade worden aangenomen, en valt voor de werkgever niet meer aan aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW te ontkomen.<sup>25</sup>

*So far so good.* Resteert bespreking van de vraag of de in *Unilever/Dikmans* vervatte leer ook van toepassing is indien de blootstelling er niet één is geweest aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, maar aan andere stoffen of aan omstandigheden die, bijvoorbeeld, RSI (Repetitive Strain Injury) of zware overspannenheid met lichamelijke klachten kunnen faciliteren. In de meerderheid van de literatuur over het onderwerp wordt die vraag bevestigend beantwoord, en wordt aangenomen dat *Unilever/Dikmans* voor beroepsziekten in het

24 Ook Van de Water, a.w., p. 17 onder 6 gaat ervan uit dat de werkgever op dit punt nog tegenbewijs mag leveren.

25 Ik heb bij toepassing van deze ‘vijftrapsraket’ geen aandacht besteed aan de opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, omdat die, als gezegd, sinds het in noot 13 genoemde arrest van 20 september 1996 geen werkelijke rol meer speelt.

algemeen geldt.<sup>26</sup> Ook ik beantwoord die vraag bevestigend, waarbij ik mij – evenals dat in de literatuur gebeurt – realiseer dat de op het bord van de werknemer liggende bewijslast van de blootstelling moeilijker zal zijn naarmate de stoffen waarmee gewerkt is, minder gevaarlijk zijn of de omstandigheden waaronder gewerkt is, minder risicovol zijn. Maar wanneer een werknemer kan aantonen dat hij jarenlang zwaar en monotoon werk heeft verricht met veel repeterende handelingen – waarvan bekend is dat dit tot RSI kan leiden – of kan aantonen dat hij maanden- of zelfs jarenlang zeer veel heeft moeten overwerken – waarvan bekend is dat dit tot overspannenheid kan leiden – zie ik niet in waarom de werknemer die vervolgens RSI krijgt of overspannen wordt, niet zou kunnen profiteren van de in *Unilever/Dikmans* verwoorde vroege omkeringsregel. Ik laat de kwestie hier verder rusten, omdat ik met dit artikel vooral heb beoogd de verschillende omkeringsregels in het arbeidsrecht bloot te leggen.

## 7.6 Slotwoord van vriendschap

De omkeringsregels in het arbeidsrecht, en dan in het bijzonder rond art. 7:658 BW, zijn talrijker en veelkleuriger dan in het commune aansprakelijkheidsrecht. Dat houdt, om met Akkermans te spreken, verband met de ‘bijzondere sociaal-economische kleur van het arbeidsrecht’.<sup>27</sup> Aan dat arbeidsrecht geef jij, Sjef, al jarenlang op zeer sociale wijze kleur. Ik bewaar uitstekende herinneringen aan onze korte samenwerking in het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht. Ik hoop dan ook dat je deze bijdrage – op een terrein dat jou maar al te zeer bekend is<sup>28</sup> – als een uiting van vriendschap wilt beschouwen.

26 Zie, onder meer, R. van de Water, a.w. en de door hem genoemde artikelen van Bier, Klaassen, De Laat, Fluit & Lindenbergh; T. Hartlief, ‘Wat kan art. 7:658 BW betekenen voor werknemers met RSI?’, *NTBR* 2002/1, p. 2-6; A.J.C.M. Geers, J.M. Ruijgrok & R. van de Water, ‘RSI: de stand van zaken’, *NJB* 2003, nr. 39; D.M. Thierry, *JAR Verklaard* – 21 februari 2003, nr. 9; K. Kas & H.W. van Osch, ‘Bewijslastverdeling werkgeversaansprakelijkheid voor RSI: wat eerst, stelplicht of zorgplicht?’, *ArbeidsRecht* 2004, 15; M.S.A. Vegter, ‘Bewijslastverdeling bij RSI’, *TVP* 2004/1, p. 3-10; L.E.M. Charlier, ‘De aansprakelijkheid, de bewijslastverdeling en de state of the art in RSI-zaken: het breder perspectief’, *Letsel & Schade* 2004/2, p. 12-22 en H.J.W. Alt, ‘Bewijslastverdeling werkgeversaansprakelijkheid voor RSI: gelijk oversteken; een reactie’, *ArbeidsRecht* 2004, 34.

27 Zie A.J. Akkermans, a.w., p. 12.

28 Zie J.J.M. de Laat, *SR* 2001, p. 181-183.





## 8 De Hoge Raad, CAO's en uitleg

*Mevr. mr. T.H. Tanja-van den Broek\**

### 8.1 Inleiding

Tot 1993 hield de uitleg van collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's) de Hoge Raad niet in het bijzonder bezig, althans: niet kenbaar. CAO-bepalingen werden, net als andere overeenkomsten, gewoon met toepassing van de Haviltex-maatstaf uitgelegd. De tekst van de uit te leggen bepaling hoeft daarbij geenszins doorslaggevend te zijn. In september 1993 veranderde dat evenwel: zonder dat het door (een van) partijen was bepleit introduceerde de Hoge Raad voor de uitleg van CAO's een nieuwe, van Haviltex afwijkende maatstaf, inhoudend dat de bewoordingen van de betreffende CAO-bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Deze wending heeft (uiteeraard) vele pennen in beweging gebracht, zowel in de arbeidsrechtelijke, als in de verbintenisrechtelijke literatuur. In een reeks na 1993 gewezen arresten heeft de Hoge Raad de CAO-uitlegmaatstaf verduidelijkt en verfijningen c.q. nuanceringen aangebracht. Het voorlopige sluitstuk wordt gevormd door een op 20 februari 2004 gewezen arrest, waarin de Hoge Raad zijn eigen jurisprudentie uitlegt. Daarbij introduceert de Hoge Raad tevens de aanduiding 'CAO-norm'. Deze bijdrage gaat over de zoiest beschreven ontwikkeling.

### 8.2 Haviltex

Onder het oude BW hadden wij te maken met een groot aantal gedetailleerde uitlegeregels. Zo bepaalde art. 1378 BW (oud): 'Indien de bewoordingen ener overeenkomst duidelijk zijn mag men daarvan niet afwijken door uitlegging.' Men trof er ook de volgende, bijna ludieke regel in aan: 'Indien men in de overeenkomst een geval heeft

\* Mevr. mr. T.H. Tanja-van den Broek is raadsheer in het Gerechtshof 's-Gravenhage.

uitgedrukt om de verbintenis duidelijk te maken, wordt men niet geacht daardoor te hebben willen inkorten en beperken de naar rechten verbindende kracht, welke de overeenkomst in de niet-uitgedrukte gevallen heeft' (art. 1387 BW (oud)). Nog onder dat oude BW wees de Hoge Raad een arrest waarin een nieuwe weg werd ingeslagen. In de zaak *Ermes/Haviltex B.V.* had het hof een beroep op de bedoelingen van partijen gepasseerd en op basis van een zuiver taalkundige uitleg geoordeeld dat het contract tussen partijen geen leemte bevatte. De Hoge Raad casseerde met de volgende, legendarisch geworden overweging:

'De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.'<sup>1</sup>

Hiermee liep de Hoge Raad vooruit op de invoering van de wilsvertrouwensleer, die sinds 1992 in ons BW is vastgelegd.<sup>2</sup>

In het *Haviltex*-arrest noemt de Hoge Raad een paar gezichtspunten die van belang kunnen zijn bij de vaststelling van hetgeen partijen uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden: de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren en de rechtskennis die van hen kan worden verwacht. In latere arresten heeft de Hoge Raad nog meer gezichtspunten aangedragen. Uiteraard vormt de tekst van de betreffende bepaling een belangrijk gezichtspunt. Daarnaast kunnen worden genoemd: de context (dat wil zeggen: de overige inhoud, alsmede de aard en strekking van de overeenkomst), de

1 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635, m.nt. CJHB. Overigens had de Hoge Raad ook in eerdere arresten al een dergelijke formulering gebruikt (zie bijvoorbeeld HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 en HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521, beide m.nt. GJS), maar in de zaak *Ermes/Haviltex* noopte het oordeel van het hof de Hoge Raad tot een expliciete uitspraak op dit punt.

2 Zie met name de art. 3:33 en 35 BW.

totstandkomingsgeschiedenis (verklaringen en gedragingen van partijen, het onderhandelingstraject) en het gebruik, als gezichtspunten van feitelijke aard. Relevante wettelijke bepalingen, de zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid vormen normatieve gezichtspunten.<sup>3</sup> Waardering van de toepasselijke gezichtspunten kan ertoe leiden dat tot een uitleg wordt gekomen die afwijkt van de tekst van de betreffende bepaling. Hartkamp noemt als voorbeeld het geval waarin A van B de 'eerste etage' van een huis huurt. Indien zij beide de parterre bedoelen komt een huurovereenkomst met betrekking tot de parterre tot stand.<sup>4</sup> In het kader van het arbeidsrecht is in dit verband nog vermeldenswaard een zaak waarin het ging om de uitleg van een overeenkomst die de titel 'arbeidsovereenkomst' droeg en alle voor zo'n overeenkomst gebruikelijke bedingen bevatte. Naar de strekking ging het evenwel om een alimentatieovereenkomst. Het hof had de op de overeenkomst gestoelde loonvordering toegewezen. De Hoge Raad casseerde met de volgende overweging:

'De onderdelen 1, 3a en 3b van het middel klagen terecht dat het hof ten onrechte de tekst van de schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' doorslaggevend heeft geacht voor de conclusie dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Bij het vaststellen van de overeengekomen verplichtingen moet immers op alle omstandigheden van het geval gelet worden en niet alleen op de schriftelijke tekst van de overeenkomst. In dit geval moet ervan worden uitgegaan, zoals het Hof ook heeft vastgesteld, dat partijen nooit de bedoeling hebben gehad aan de schriftelijke overeenkomst uitvoering te geven in dier voege dat [verweerster] werkzaamheden zou gaan verrichten voor [eiseres] en staat eveneens vast dat [verweerster] nimmer werkzaamheden heeft verricht. De overeenkomst had klaarblijkelijk geen andere strekking dan aan [verweerster] een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen. Derhalve bevat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de verplichting tot het verrichten van arbeid en behelst zij evenmin het element van de gezagsverhouding, zodat de overeenkomst niet als een arbeidsovereenkomst kan worden getypeerd.'<sup>5</sup>

3 Zie ook Tanja-van den Broek, *WPNR* 2002-6493, p. 430-436.

4 Conclusie bij HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 196.

5 HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263; zie over dit arrest ook Vestering, 'Interpretatie en kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst: een routekaart', *ArbeidsRecht* 2004, 47.

Bij de toepassing van Haviltex gaat het derhalve om het achterhalen van de bedoeling van partijen. Maar wat is de waarde daarvan wanneer het gaat om de rechten en plichten van personen wiens rechtspositie rechtstreeks door een overeenkomst wordt bepaald, maar die niet bij de totstandkoming van die overeenkomst betrokken zijn geweest? Dat is (onder andere) aan de orde bij CAO's: deze worden immers afgesloten tussen werkgeversverenigingen en vakbonden (bedrijfstak-CAO's) of tussen een werkgever en een of meer vakbonden (ondernemings-CAO's). In het eerste geval is een werkgever aan de CAO gebonden indien hij lid is van een betrokken werkgeversvereniging; hij dient de CAO-bepalingen dan tevens toe te passen op werknemers die geen lid zijn van een betrokken vakbond (art. 14 Wet CAO). Werknemers kunnen aan de CAO gebonden zijn krachtens hun lidmaatschap van een betrokken vakbond (art. 10, 12 en 13 Wet CAO), dan wel (en dat geldt ook voor niet-gebonden werkgevers) krachtens art. 2 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV). Verhulp duidt de werkgever aan als 'niet partij' en hij duidt de werknemer in dit verband aan als 'toepassingspartij'.<sup>6</sup>

### 8.3 Introductie van de CAO-norm

Dat er, zoals in de inleiding is aangegeven, tot 1993 helemaal niets bijzonders was aan de uitleg van CAO's is niet helemaal waar. Ook toen gold al dat, wanneer CAO-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, zij als recht in de zin van art. 79 RO/99 RO (oud) worden beschouwd en de Hoge Raad de door de lagere rechter gegeven uitleg derhalve ten volle kan toetsen.<sup>7</sup> Ook indien de betreffende CAO-bepalingen ten tijde van de uitspraak niet meer algemeen verbindend zijn, wordt de inhoud ervan als recht beschouwd, omdat niet aanvaardbaar is dat een CAO-bepaling na afloop van de periode van algemeen verbindend verklaring anders zou kunnen worden uitgelegd dan tijdens die periode.<sup>8</sup> Aan te nemen valt dat voor de uitleg van rechtsregels een andere maatstaf geldt dan voor contractsbepa-

6 Verhulp, 'De uitleg van CAO-bepalingen', *ArA* 2003-1, p. 10.

7 Zie bijvoorbeeld HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 25; HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 500; HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 300 en HR 21 december 2001, *JOL* 2001, 774.

8 Zie bijvoorbeeld HR 28 mei 1982, *NJ* 1982, 544; HR 20 juni 1986, *NJ* 1986, 811 en HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 788.

lingen en wel een objectieve maatstaf, waarin geen rol is weggelegd voor niet kenbare partijbedoelingen.<sup>9</sup> Voor niet 'voor recht verklaarde' CAO-bepalingen was de bedoeling van de contractspartijen echter wél maatgevend.

Op 17 september 1993 wees de Hoge Raad arrest in de zaak *Gerritse/Hydro Agri Sluiskil*.<sup>10</sup> Gerritse was, omdat hij het in het bedrijf geldende rookverbod had overtreden, bij wijze van disciplinaire maatregel in een lagere functie geplaatst, met bijbehorend lager loon. Hij legde zich daar niet bij neer en vorderde wedertewerkstelling in zijn oude functie. In de procedure kwam het aan op de uitleg van art. 7 lid 3 sub *b* van de CAO van de Nederlandse Stikstofmaatschappij. De bepaling luidde:

*'Werknemers, die door eigen toedoen, wegens onbekwaamheid of op eigen verzoek, worden geplaatst in een lager ingedeelde functie, worden in de overeenkomende lagere salarisschaal ingedeeld met ingang van de maand volgend op die waarin de plaatsing in de lagere functie is geschied.'*

De rechtbank had geoordeeld dat de term 'plaatsen' erop duidde dat partijen bedoeld hadden de werkgever een eenzijdige bevoegdheid te geven om de werknemer in een lagere functie te plaatsen. Wanneer partijen bedoeld zouden hebben dat de werknemer daarvoor toestemming diende te geven, dan hadden zij dat wel aangegeven, aldus de rechtbank. In het cassatiemiddel werd een omgekeerde benadering bepleit: een dergelijke verstrekende bevoegdheid kan alleen worden aangenomen indien deze ondubbelzinnig is overeengekomen.

A-G Mok concludeerde tot verwerping, met (onder meer) de volgende overweging:

*'Voor de uitleg van bepalingen van een CAO die, zoals hier, niet algemeen verbindend verklaard is (geweest) gelden de normale regels voor uitleg van overeenkomsten. Dat betekent dat de vraag of de bedoelde bevoegdheid van de werkgever is overeengekomen moet worden beantwoord aan de hand van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de over-*

9 Zie ook A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 20 februari 2004, *RvdW* 2004, 34, *JAR* 2004/83, par. 11. Bij wetgeving kan de bedoeling van de wetgever uiteraard wel meewegen; doch deze is kenbaar uit de parlementaire geschiedenis.

10 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173, m.nt. PAS onder *NJ* 1994, 174.

eenkomst mochten toekennen en van wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (...) (Haviltex).’

De A-G achtte de door de rechtbank gegeven uitleg, getoetst aan deze maatstaf, niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad dacht er anders over:

‘De Hoge Raad stelt voorop dat het hier gaat om een bepaling in een CAO. Bij de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst zijn de individuele werknemers niet betrokken, terwijl de individuele werkgever daarbij betrokken kan, maar niet hoeft te zijn. In het algemeen staan daarom aan de werknemers en werkgever, op wie de overeenkomst van toepassing is, bij het bepalen van inhoud en strekking daarvan geen andere gegevens ter beschikking dan haar tekst en de eventueel daaraan toegevoegde schriftelijke toelichting, die in deze zaak echter ontbreekt. Dit brengt mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Heeft de werkgever zelf aan de totstandkoming van de CAO meegewerkt, dan zal hij zijn eventueel daaraan ontleende bijzondere wetenschap te dier zake niet jegens de werknemer kunnen inroepen.’

De Hoge Raad voegt daar nog aan toe:

‘Aan de bewoordingen van een CAO mogen in het bijzonder hoge eisen van duidelijkheid worden gesteld in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een door de werkgever ingeroepen bevoegdheid tot het nemen van de voor de werknemer zeer bezwarende maatregel van plaatsing in een functie met lager loon dan deze voordien had, zulks bij wijze van disciplinaire sanctie.’

De Hoge Raad besluit:

‘Tegen deze achtergrond laat art. 7 lid 3 CAO de door de rechtbank bereikte uitleg niet toe. De rechtbank is derhalve kennelijk van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan.’

Een week later herhaalde de Hoge Raad de nieuwe norm.<sup>11</sup> Overigens had de rechtbank het in die zaak, door uitsluitend te kijken naar de

11 HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174, m.nt. PAS.

bewoordingen van de betreffende CAO-bepaling, mede in het licht van een andere, daarmee samenhangende bepaling in de CAO, alsmede de praktijk van de werkgever, wél goed gedaan. Waar A-G Koopmans concludeerde tot vernietiging, verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep.<sup>12</sup>

## 8.4 Commentaren

Na het wijzen van deze arresten werd aangenomen dat bij de uitleg van CAO's alleen gekeken mag worden naar de tekst van de betreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO en de eventuele schriftelijke toelichting bij die CAO. De door de Hoge Raad geïntroduceerde norm werd dan ook aangeduid met 'grammaticale' maatstaf.<sup>13</sup>

In de arbeidsrechtelijke literatuur is de maatstaf over het algemeen met instemming begroet. Er is, met name vanuit de gedachte dat bij de uitleg van CAO's de tekst van de bepaling (en van de overige CAO-bepalingen, alsmede van de eventuele schriftelijke toelichting) voortaan een sololor zal spelen, echter ook kritiek geuit: diverse auteurs hebben erop gewezen dat CAO-bepalingen veelal niet uitblinken door helderheid en consistentie. Dat vindt zijn oorzaak in het feit dat CAO-bepalingen vaak na langdurige (soms nachtelijke) onderhandelingen, onder druk van deadlines worden opgesteld en over het algemeen niet door juristen. Daar komt bij dat de bepalingen veelal de weerslag vormen van een moeizaam bereikt compromis of, indien partijen niet geheel tot overeenstemming hebben kunnen komen, bewust multi-interpretabel worden gehouden.<sup>14</sup> Kortom, een situatie die ver af ligt van het door Grosheide geschetste ideaalbeeld, waarin contracten in alle rust worden opgesteld door deskundige juristen die hun werk in alle opzichten goed doen.<sup>15</sup> Duk heeft de Hoge Raad om die reden het volgende geadviseerd: 'De Hoge Raad

- 12 Zie voor verdere rechtspraak, waarin de norm herhaald is onder andere HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 523; HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 300; HR 19 december 1997, *NJ* 1998, 403, m.nt. TK; HR 10 december 1999, *JAR* 1999/233.
- 13 Zie bijvoorbeeld Kraamwinkel, 'Grammaticale uitleg van horizontale CAO-bepalingen', *SMA* 1997, p. 401 e.v. en Sagel, 'Grammaticale uitleg van CAO-bepalingen – een absoluut criterium?', *ArbeidsRecht* 2000, 6.
- 14 Sagel, t.a.p.
- 15 Grosheide, 'Lees maar, er staat wat er staat', *Contracteren* 2000, p. 101-107.

heroverwege en dempe de nieuwe uitleg.<sup>16</sup> Sagel heeft ervoor gepleit om, indien de tekst van de CAO onvoldoende aanknopingspunten biedt voor de juiste uitleg, tevens te kijken naar de kennelijke strekking van de bepaling.<sup>17</sup>

Voorts is de vraag gesteld of de nieuwe norm ook geldt indien het gaat om een uitleggeschil tussen de CAO-partijen. Deze zijn immers wél betrokken geweest bij de totstandkoming van de CAO.<sup>18</sup> Van belang is in dit verband dat CAO's verschillende soorten bepalingen kennen: obligatoire, diagonale en normatieve. Obligatoire bepalingen scheppen uitsluitend verplichtingen tussen de CAO-partijen; diagonale bepalingen gelden tussen een CAO-partij en een individuele werkgever of werknemer. Normatieve bepalingen zien op de rechtspositie van de werkgevers en werknemers op wie de CAO van toepassing is en zijn daarmee (in het kader van de uitlegvraag) het meest van belang. Beide uitspraken van de Hoge Raad van september 1993 hebben betrekking op normatieve bepalingen en zijn geweest in een procedure waarbij anderen dan de CAO-partijen waren betrokken.

In de verbintenisrechtelijke literatuur werd intussen gepleit voor overeenkomstige toepassing van de CAO-norm op andere overeenkomsten die bepalend zijn voor de positie van derden, die niet bij de totstandkoming ervan betrokken zijn geweest, alsook voor gestandaardiseerde (onderdelen van) overeenkomsten, zoals algemene voorwaarden.<sup>19</sup>

## 8.5 Verduidelijking en nuancering

In een reeks van na 1993 gewezen arresten heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid verschaft over bovengenoemde aspecten.

De eerste noemenswaardige daarvan is die van 26 mei 2000 inzake *AKZO Nobel Fibers/FNV*.<sup>20</sup> In deze zaak was door AKZO Nobel

16 Duk, 'De Hoge Raad en uitleg van CAO's', *SMA* 1998, p. 469 e.v.

17 Sagel, t.a.p.; zie ook T.H. Tanja-van den Broek, t.a.p.

18 Zie bijvoorbeeld Olbers, noot bij HR 17 september 1993, *SMA* 1994, p. 45; Kraamwinkel, t.a.p. en Sagel, 'Het groeiende toepassingsgebied van de grammaticale uitleg', *ArbeidsRecht* 2000, 59, p.18.

19 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp 2001 (4-II), nr. 286; Tjittes, 'De (on)vrijheid van de rechter bij de uitleg van contracten', *Brunner-bundel*, 1994, p. 409 e.v.; Valk, 'De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden', *NTBR* 1994, p. 111-113; Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde*, 1996, p. 289-290.

20 *NJ* 2000, 473.



Fibers (hierna: ANF) een sociaal plan overeengekomen met een aantal bonden, waaronder de Industriebond FNV. Onderdeel van dit plan was dat ANF WW-uitkeringen gedurende de 'WW-periode' zou aanvullen tot 100% van het oude arbeidsinkomen. Tussen partijen ontstond verschil van mening over de vraag wat onder de 'WW-periode' moest worden verstaan. ANF nam het standpunt in dat het hierbij slechts ging om de loongerelateerde periode; FNV stelde dat ook de periode van de vervolguikering eronder viel. Geheel in lijn met de Haviltex-maatstaf had de kantonrechter ANF opgedragen te bewijzen dat partijen bedoeld hadden dat de aanvulling slechts zou gelden tijdens de loongerelateerde periode, in welk bewijs ANF geslaagd werd geacht. In hoger beroep betoogde FNV dat het sociaal plan moest worden beschouwd als een CAO en derhalve met toepassing van de grammaticale maatstaf diende te worden uitgelegd. De rechtbank liet in het midden of het sociaal plan als CAO moest worden beschouwd, doch honoreerde de opvatting dat toepassing van de grammaticale maatstaf was aangewezen. FNV werd vervolgens in het gelijk gesteld. Op het cassatieberoep van ANF overwoog de Hoge Raad:

'Voorts moet worden vooropgesteld dat een Sociaal Plan een collectieve arbeidsovereenkomst kan zijn. Ook indien een Sociaal Plan niet als collectieve arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt vertoont het echter, overeengekomen als het is tussen een werkgever en de vakvereniging(en) die voor de desbetreffende werknemers is (zijn) opgetreden, toch een zodanige gelijkenis met een collectieve arbeidsovereenkomst dat de door de Hoge Raad in zijn arrest van 17 september 1993 aanvaarde regel daarop evenzeer van toepassing is.'

De Hoge Raad gaf nog een andere belangrijke beslissing. De Hoge Raad verwierp het betoog dat de CAO-norm buiten toepassing dient te blijven wanneer het gaat om een geschil tussen de twee contractspartijen, zoals hier het geval was. Want:

'(...) niet kan worden aanvaard dat een in het Sociaal Plan opgenomen beding op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd al naar gelang wie bij een geschil daaromtrent als wederpartij van ANF zou optreden, een vakvereniging dan wel een individuele (ex) werknemer.'

Aantekening verdient echter wel dat het hier ging om een normatieve bepaling. Onzeker is derhalve nog of de CAO-norm ook geldt

indien het gaat om de uitleg van een obligatoire bepaling. In par. 6.7 kom ik daar nog op terug.

Belangwekkend is voorts nog de conclusie van A-G Bakels. In par. 2.8 merkt hij op:

‘In het verlengde hiervan verdient de vraag beantwoording, welke beslissing de 1993-arresten eigenlijk inhouden. In de literatuur is door velen al snel het voor de hand liggende antwoord gegeven, namelijk dat de Hoge Raad voor CAO's de grammaticale interpretatiemethode heeft aanvaard. Ik geloof daar niets van. Het volgt ten eerste niet uit de strekking van de arresten en ten tweede niet uit hun bewoordingen. De juiste interpretatie is mijns inziens, dat een CAO dient te worden uitgelegd overeenkomstig hetgeen naar objectieve maatstaven uit de bewoordingen daarvan volgt. Bij het bepalen van hetgeen die objectieve maatstaven in het gegeven geval meebrengen, dient mede te worden gelet op voor de hand liggende gezichtspunten zoals (i) de formuleringen die elders in dat stuk worden gebruikt en hetgeen dienaangaande in de desbetreffende bedrijfstak gebruikelijk is, (ii) het wettelijk systeem en (iii) de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekst interpretaties zouden leiden.’

Deze interpretatie zien we bijna letterlijk terugkomen in de arresten van 31 mei en 28 juni 2002.<sup>21</sup> De eerste zaak betrof de inschaling van fysiotherapeuten die al tien jaar bij de werkgever in dienst waren, maar op wie de betreffende CAO voor het eerst van toepassing was geworden. De vraag rees of bij hun inschaling rekening diende te worden gehouden met die tien ervaringsjaren. Bevestigende beantwoording zou leiden tot een salarissprong; bij een ontkennend antwoord zou het salaris gelijk blijven. De CAO zelf en de Uitvoeringsregeling gaven geen uitsluitel; een vervallen verklaarde bepaling, alsmede een overgangsbepaling voor een enigszins andere situatie, wél. De rechtbank had geoordeeld dat deze bronnen geen rol mochten spelen. Na te hebben vooropgesteld dat voor de uitleg van de bepalingen van de CAO en de daarbijbehorende Uitvoeringsregeling in beginsel de bewoordingen daarvan en eventueel de daarbijbehorende schriftelijke toelichting, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, van doorslaggevende betekenis zijn, overwoog de Hoge Raad:

21 *NJ* 2003, 110 en 111, m.nt. Heerma van Voss.

‘Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van de partijen bij de CAO, voorzover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.’

In de eerste zin ligt besloten dat de bedoeling van de CAO-partijen wel degelijk een rol kan spelen, mits deze maar kenbaar is – ook voor derden. In de tweede zin is nieuw dat ook de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere interpretatie in aanmerking mag worden genomen. In dit licht bezien mocht wel degelijk ook betekenis worden gehecht aan de vervallen verklaarde bepaling, nu deze uit de Toelichting op de Uitvoeringsregeling kenbaar was, alsmede aan de regeling voor een andere, vergelijkbare overgangssituatie.

Vermeldenswaard is nog dat de Hoge Raad – in dit verband voor het eerst – spreekt over (de betekenis naar) objectieve maatstaven. Aldus lijkt aansluiting te worden gezocht bij de maatstaf die geldt bij de uitleg van transportaktes bij de overdracht van onroerend goed.<sup>22</sup> In het arrest van 28 juni 2002 is de Hoge Raad nog duidelijker. Na wederom de formule uit de arresten van september 1993 te hebben herhaald, leert het college:

‘Anders dan in de onderdelen wordt betoogd, betekent dit echter niet – de woorden ‘in beginsel’ duiden daarop – dat bij het bepalen van inhoud en strekking van een CAO-bepaling onder alle omstandigheden alleen gelet mag worden op de letterlijke (grammaticale) betekenis van de bewoordingen. Indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend.’

22 Zie bijvoorbeeld HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 650, m.nt. WMK en HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350, m.nt. WMK.

In zijn annotatie bij deze arresten concludeert Heerma van Voss dat, in de nu geldende objectieve uitleg, ook historische, systematische, teleologische en sociologische interpretaties een rol kunnen spelen en dat slechts de voorkennis van partijen uit de onderhandelingen geen rol mag spelen. Daarmee wijkt deze uitlegmethode naar zijn mening minder af van Haviltex dan een aantal jaren is gedacht.<sup>23</sup>

## 8.6 De CAO-norm en andere overeenkomsten

Als gezegd is al vrij snel na het wijzen van de september 1993-arresten bepleit dat de daarin geïntroduceerde norm ook zou moeten c.q. kunnen gelden bij de uitleg van andere contracten dan een CAO, waarbij evenzeer geldt dat de rechtspositie van derden wordt bepaald door zaken die tussen anderen zijn overeengekomen. Een voorbeeld daarvan is het derdenbeding. Rechtspraak daarover heeft zich vanaf 2001 ontwikkeld. De inhoud daarvan is van belang om een goed totaalbeeld te kunnen krijgen van de inhoud en het toepassingsgebied van de CAO-norm.

De eerste zaak waarin de Hoge Raad deze norm toepaste buiten het arbeidsrecht was de zaak *Ofasec/NTM*.<sup>24</sup> In geschil was de uitleg van een bij het uitschrijven van een obligatielening opgestelde (concept)trustakte, die tussen DAF en NTM (de laatste als belangenbehartiger van obligatiehouders) was overeengekomen. Uitgangspunt in cassatie was dat de obligatiehouders (hetzij bij de emissie, hetzij later) toetraden tot deze overeenkomst. In het kader van een geschil over de uitleg van een beding in de trustakte had de rechtbank geoordeeld dat de obligatiehouders gebonden waren aan de betekenis die de contractspartijen aan de bepaling hadden toegekend. Het hof benaderde de zaak anders en introduceerde ‘de oplettende belegger’ als maatstaf. De Hoge Raad casseerde:

‘Onder deze omstandigheden moet worden aangenomen dat met het oog op de ten dezen vereiste duidelijkheid de rechten en verplichtingen van partijen bij de overeenkomsten van geldlening uit de trustakte moeten blijken en dat voor de uitleg van het beding de bewoordingen waarin het is vervat, gelezen in het licht van de

23 Zie voor een herhaling van de in deze arresten aangebrachte verduidelijking/nuancering HR 11 april 2003, *NJ* 2003, 430.

24 HR 23 maart 2001, *NJ* 2003, 715, m.nt. Verstijnen.

gehele tekst van de akte en mede gelet op de aard en strekking van de overeenkomsten, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn, zodat geen plaats is voor een maatstaf die, kort gezegd, berust op hetgeen partijen gelet op de omstandigheden van het geval over en weer van elkaar mochten begrijpen. Dit geldt eens te meer nu het hier gaat om toonderobligaties. Met de aard daarvan strookt dat de rechten van de latere verkrijgers van obligaties – wier positie, zoals het Hof met juistheid heeft overwogen, niet behoort te verschillen van die van de inschrijvers – geheel moeten kunnen blijken uit het papier waarin dat vorderingsrecht is belichaamd.’

In daaropvolgende rechtspraak heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de CAO-norm niet geldt voor de uitleg van pand- en cessieaktes.<sup>25</sup> Weliswaar ondervinden derden, waaronder uiteraard in elk geval de debiteur van de vordering, invloed van verpanding en cessie, maar het is niet zo dat hun rechtspositie daardoor rechtstreeks wordt bepaald. De Hoge Raad stelt duidelijk:

‘(...) dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan partijen, niet rechtvaardigt een andere maatstaf toe te passen dan de hier bedoelde (Haviltex, THT-B), uiteraard met dien verstande dat met de rechten van derden rekening dient te worden gehouden op de voet van art. 3:36 BW.’<sup>26</sup>

In een geval waarin sprake is van een derdenbeding wordt de positie van de derde wél rechtstreeks door de overeenkomst bepaald: de derde wordt door aanvaarding van het beding immers partij bij de overeenkomst, die daarmee ook voor hem rechten en verplichtingen schept. Hij is echter niet bij de totstandkoming daarvan betrokken geweest. Toch wil de Hoge Raad voor een dergelijk geval niet weten van toepassing van de CAO-norm *als regel*: in een arrest van 18 oktober 2002<sup>27</sup>, waarin het ging om een overeenkomst van achterstelling, overwoog hij:

25 HR 21 april 1995, *NJ* 1996, 652, m.nt. WMK; HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 662, m.nt. WMK; HR 20 september 2002, *NJ* 2002, 610, m.nt. Du Perron (alle betreffende de uitleg van een pandakte) en HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183, m.nt. WMK (akte van cessie).

26 HR 20 september 2002, *NJ* 2002, 610, n.nt. Du Perron.

27 *NJ* 2003, 503, m.nt. Du Perron.

‘De onderdelen II.6-8 berusten op het uitgangspunt dat het Hof bij de uitleg van de onderhavige overeenkomst van achterstelling ten onrechte heeft getoetst aan het ‘Haviltex-criterium’. Het Hof heeft echter, ook indien (...) de achterstelling zou moeten worden aangemerkt als een beding ten behoeve vaneen derde, terecht dit in het arrest van de Hoge Raad van 13 maart 1981, nr. 11 647, *NJ* 1981, 635 ontwikkelde criterium toegepast (...).’

In een arrest van gelijke datum (*NN/Pieterse*)<sup>28</sup> wees de Hoge Raad toepassing van de CAO-norm eveneens van de hand in een geschil over de uitleg van een pensioenreglement en de ter uitvoering daarvan gesloten collectieve verzekeringsovereenkomst. Toepassing van die norm lag wel voor de hand, nu het ging om de vraag welke rechten de werknemer kon ontleen aan laatstgenoemde overeenkomst, waartoe hij door aanvaarding van het derdenbeding was toegetreden, terwijl hij niet bij de totstandkoming ervan betrokken was geweest. Anders dan in de hiervoor besproken zaak, ging het niet om een individueel geval, nu de verzekeringsovereenkomst eveneens de positie van andere werknemers bepaalde.

A-G Bakels meende dan ook dat de CAO-norm diende te worden toegepast. De Hoge Raad oordeelde evenwel anders: zowel het pensioenreglement, als de verzekeringsovereenkomst moesten met behulp van Haviltex worden uitgelegd. Hier was kennelijk doorslaggevend dat de verzekering was afgesloten ter nakoming van het pensioenreglement en dat de uitleg van dat reglement (dus) van betekenis was bij de uitleg van de verzekeringsvoorwaarden. Het pensioenreglement was opgesteld door de werkgever en de werknemer had door middel van ondertekening verklaard dat hij van de inhoud van het reglement had kennis genomen en daarmee akkoord ging. In zoverre was de werknemer derhalve niet als derde te beschouwen, zodat bij de uitleg hiervan geen reden was om van Haviltex af te wijken.<sup>29</sup> Overigens kwamen de A-G en de Hoge Raad wél tot dezelfde uitleg; beide tilden in dat verband zwaar aan de aard en strekking van de pensioentoezegging.

28 *NJ* 2003, 258, m.nt. MMM.

29 Zo ook Mendel, in zijn noot onder het arrest. Zie over het arrest ook Clausing, ‘Uitleg verzekering ten gunste van een derde’, *AV&S* 2003, p. 174-179 en Heering, ‘Contra proferentem: uitlegregel of gezichtspunt’, *WPNR* 2003-6518, p. 99-102.

In de later nog in ander verband te bespreken zaak *DSM/Fox* van 20 februari 2004<sup>30</sup> ging het eveneens om de uitleg van een pensioenreglement. Hier achtte de Hoge Raad toepassing van de CAO-norm wél aangewezen. De Hoge Raad geeft zelf aan waarin het verschil met de zaak *Pieterse/NN* is gelegen:

‘Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 oktober 2002 (...) beslist dat – kort gezegd – de uitleg van een pensioenreglement in de verhouding tussen de oorspronkelijk contracterende partijen aan de hand van de Haviltexnorm moet geschieden, maar in de verhouding tussen de werknemer – voor wie de bedoeling van de oorspronkelijk contracterende partijen (zijn werkgever en het pensioenfonds) niet kenbaar is en die op de formulering daarvan geen invloed heeft gehad – en het pensioenfonds is toepassing van de CAO-norm aangewezen.

Met andere woorden: bepalend was dat het hier ging om een pensioenreglement dat niet door de werkgever, maar door het pensioenfonds was opgesteld en vervolgens was overeengekomen met de werkgever. De werknemer diende in deze derhalve wél als derde te worden aangemerkt.

Dat gestandaardiseerde, eenzijdig opgestelde bepalingen niet per definitie met toepassing van de CAO-norm moeten worden uitgelegd, blijkt ook uit HR 30 november 2001<sup>31</sup>, waarin het ging om de uitleg van algemene voorwaarden: ten aanzien daarvan heeft de Hoge Raad beslist dat ‘gewoon’ Haviltex moet worden toegepast.<sup>32</sup> In dit verband is, wat het arbeidsrecht betreft, de vraag opgeworpen of de CAO-norm zou moeten gelden voor de uitleg van eenzijdig door de werkgever opgestelde arbeidsreglementen en personeelsgidsen. In de literatuur, alsook in de lagere rechtspraak, is deze vraag wel bevestigend beantwoord.<sup>33</sup> In het licht van het zojuist genoemde arrest over algemene voorwaarden, alsmede het arrest in de zaak *Pieterse/NN*, denk ik evenwel dat de Hoge Raad voor de Haviltex-norm zal opteren. Daarbij zal doorslaggevend zijn dat de wederpartij van de opsteller geldt als ‘tweede’ en in theorie de mogelijkheid heeft om over de toe-

30 *RvdW* 2004, 34, *JAR* 2004/83.

31 *JOR* 2002/43.

32 Overigens vindt de wederpartij van degene die algemene voorwaarden gebruikt bescherming in afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 BW.

33 Sagel, ‘Het groeiende toepassingsgebied van de grammaticale uitleg’, *Arbeids-Recht* 2000, 59.

passelijkheid en de inhoud van de eenzijdig opgestelde voorwaarden te onderhandelen. Die veronderstelling wordt niet ondermijnd door het op 28 mei 2004 gewezen arrest in de zaak *Allied Signal*.<sup>34</sup> Daarin ging het om de uitleg van een door de werkgever opgesteld WAO-aanvullingsreglement. Advocaat-generaal Verkade concludeerde dat in het midden kon blijven of hier de Haviltex-, dan wel de CAO-norm diende te worden toegepast, nu (zoals in *Pieterse/NN*) in beide gevallen tot hetzelfde resultaat zou kunnen worden gekomen. Aldus paste hij als het ware de anti-kiesregel toe die we uit het internationaal privaatrecht kennen. De Hoge Raad sprak zich evenwel uit:

‘Voorzover het onderdeel bedoelt te betogen dat de rechtbank heeft miskend dat zij bij de uitleg van het reglement ook rekening diende te houden met de bedoelingen van de bij de totstandkoming van het reglement betrokken partijen, voorzover die bedoelingen niet uit de tekst en de toelichting kenbaar zijn, faalt het, omdat aan dergelijke niet-kenbare bedoelingen geen betekenis toekomt bij de uitleg van een reglement als het onderhavige, dat naar zijn aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of formulering van het reglement (HR 20 februari 2004, nr. C02/219, *RvdW* 2004, 34).’

Zoals hierna bij de nadere bespreking van het aan het slot aangehaalde arrest (*DSM/Fox*) nog zal blijken, is dat de formulering die past bij toepassing van de CAO-norm. De vraag is waarom de Hoge Raad hier wél voor die norm kiest. Opvallend is dat de Hoge Raad de werknemers in dit geval kennelijk beschouwt als ‘derden’, hoewel ze dat strikt genomen niet zijn. Ik meen dat doorslaggevend is dat het hier ging om een arbeidsreglement als bedoeld in art. 7:613 BW (oud). Deze bepaling hield in dat arbeidsreglementen (als bedoeld in die bepaling) van rechtswege worden geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst. Aldus hadden de werknemers geen enkele invloed, ook niet in theorie, op de toepasselijkheid en de inhoud van de betreffende reglementen. De bepaling is in 1998 afgeschaft, omdat zij nauwelijks toepassing vond, nu hetzelfde resultaat in de praktijk pleegt te worden bereikt door incorporatiebedingen in de individuele arbeidsovereenkomsten.<sup>35</sup> Ten aanzien van dergelijke incorporatiebedingen heeft de werknemer – wederom: in theorie – wél weer onder-

34 *LJN* AO4600.

35 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 20-21.



handelingsruimte. Ik meen derhalve dat de uitspraak van 28 mei 2004 slechts betekenis zal hebben voor arbeidsreglementen als bedoeld in art. 7:613 BW (oud) en dat voor de uitleg van reglementen die via incorporatiebedingen in de arbeidsovereenkomst verbindend zijn geworden, Haviltex als maatstaf zal gelden. Over de wenselijkheid daarvan kan men van mening verschillen nu bedoelde onderhandelingsruimte in de praktijk weinig zal voorstellen.<sup>36</sup> Echter, evenals voor algemene voorwaarden (en andere gestandaardiseerde contracten), geldt dat bescherming gevonden zal kunnen worden in een uitleg contra proferentem, dan wel een meer geobjectiveerde toepassing van Haviltex (zie hierna, par. 6.7).

Toepassing van de CAO-norm is volgens de Hoge Raad wel weer aangewezen bij de uitleg van een arbitragereglement<sup>37</sup> en het Bindend Besluit Regres van het Verbond van Verzekeraars.<sup>38</sup> De reden daarvoor is dat het gaat om regels die bestemd zijn om in een groot aantal gevallen min of meer standaard te worden ingeschakeld<sup>39</sup>, respectievelijk om een regeling van algemene aard die zich uitstrekt naar niet bij het opstellen daarvan betrokken derden.

## 8.7 DSM/Fox: synthese

Konden uit de hiervoor genoemde rechtspraak de contouren van zowel de toepassing, als de toepasselijkheid van de CAO-norm al worden afgeleid, in zijn arrest van 20 februari 2004 in de zaak *DSM/Fox* heeft de Hoge Raad een en ander nog eens op een rijtje gezet.<sup>40</sup>

Wat het arrest bijzonder maakt, is dat de Hoge Raad vier rechts-overwegingen wijdt aan de inhoud van de Haviltex-maatstaf, de inhoud van de CAO-norm, het toepassingsgebied van laatstgenoemde norm, de ratio van beide normen en de onderlinge verhouding tussen deze. Om met het toepassingsgebied te beginnen: de CAO-norm is van toepassing op:

36 Vgl. Sagel, 'De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (II)', *ArbeidsRecht* 2003, 57, p.32.

37 17 januari 2003, *NJ* 2004, 384, m.nt. HJS.

38 HR 16 mei 2003, *NJ* 2003, 470 en HR 27 februari 2004, *RvdW* 2004, 43.

39 A-G Bakels bij HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 384, m.nt. HJS.

40 HR 20 februari 2004, *RvdW* 2004, 34, *JAR* 2004/83.

‘(...) geschriften waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst/regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is (...).’

Dat een CAO zo’n geschrift is dat naar zijn aard bestemd is om de rechtspositie van derden te beïnvloeden staat buiten kijf. Duidelijk is thans dat sprake moet zijn van een zekere ‘massaliteit’ van de groep derden.<sup>41</sup>

Over de onderlinge verhouding tussen Haviltex en CAO-norm zegt de Hoge Raad:

‘Tussen de Haviltexnorm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.

Enerzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltexnorm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd – nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden – de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.

Anderzijds leidt de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg; in het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, nr. C 00/186, *NJ* 2003, 110, is de hiervoor in 4.3 aangehaalde rechtspraak in die zin verduidelijkt dat hier sprake is van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. In het zojuist aangehaalde arrest is voorts nog beslist dat ook de bewoordingen van de eventueel bij de CAO behorende schriftelijke toelichting bij de uit-

41 Vgl. Wissink, ‘Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen’, *WPNR* 2004-6579, p. 412.

leg van de CAO moeten worden betrokken. In een latere uitspraak (HR 28 juni 2002, nr. C 01/012, *NJ* 2003, 111) werd geoordeeld dat, indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.<sup>7</sup>

Geen tegenstelling dus, maar een vloeiende overgang, waarbij het scharnierpunt wordt gevormd door de mate waarin de regeling naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen. Waar dat scharnierpunt precies ligt zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.<sup>42</sup> Uit de overweging dat, ook bij toepassing van de Haviltex-norm, de argumenten die pleiten voor een uitleg naar objectieve maatstaven, aan gewicht winnen, naarmate de regeling naar haar aard bestemd de rechtspositie van een groep derden te beïnvloeden, kan worden afgeleid dat op de glijdende schaal ook een punt kan voorkomen waarop nog geen plaats is voor toepassing van de CAO-norm, maar wel voor een min of meer 'geobjectiverde' toepassing van Haviltex, dat wil zeggen: een uitleg waarbij minder gewicht wordt toegekend aan de subjectieve partijbedoeling (voorzover niet kenbaar).<sup>43</sup>

Na te hebben geconstateerd dat de gemeenschappelijke grondslag van beide normen is dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, brengt de Hoge Raad de beide normen nog wat dichter bij elkaar:

- 42 Nu het daarbij gaat om de mate waarin een geschrift is bedoeld om een groep derden te binden, waarbij kennelijke ook de grootte van deze groep een rol speelt, wordt het antwoord op de vraag wanneer de CAO-norm is aangewezen, mede bepaald door feitelijke omstandigheden, waardoor toetsing door de Hoge Raad in zoverre beperkt zal zijn.
- 43 Zie Wissink, t.a.p., p. 411-413. Zie voor een voorbeeld HR 21 april 1995, *NJ* 96, 652, m.nt. WMK. Overigens zal ook hier de toetsing door de Hoge Raad beperkt worden door een invulling van de feitelijke omstandigheden.

‘Opmerking verdient ten slotte dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.’<sup>44</sup>

Hiermee lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de Hoge Raad bij de CAO-norm inderdaad slechts als gezichtspunt uitsluit de partijbedoeling, voorzover voor derden niet kenbaar.<sup>45</sup> Overigens is dat wel een wezenlijk verschil, waardoor de CAO-norm in zoverre ook niet past binnen het stelsel van de art. 3:33 en 35 BW: de wil en/of het vertrouwen van de partijen zelf blijven (zover voor derden niet kenbaar) immers geëcarteerd. Zoals in par. 6.4 al is aangestipt, is het de vraag of dat verschil ook moet worden aanvaard wanneer het de uitleg van obligatoire bepalingen in een CAO betreft. In de literatuur wordt deze vraag ontkennend beantwoord, dus: in zo’n geval gewoon Haviltex.<sup>46</sup> Ik sluit mij daarbij aan. Dergelijke bepalingen scheppen immers slechts rechten en plichten voor de CAO-partijen zelf en wie anders dan zij zouden over de uitleg daarvan kunnen strijden? In zijn algemeenheid zal naar mijn oordeel echter moeten gelden dat contractsbepalingen, over de uitleg waarvan niet alleen tussen de oorspronkelijke contractspartijen, maar ook tussen derden, dan wel tussen een van de partijen en (een) derde(n) getwist kan worden, eenduidig en dus met toepassing van dezelfde norm zullen moeten worden uitgelegd, ook wanneer het om een geschil tussen de oorspronkelijk contracterende partijen gaat. Dat ook de Hoge Raad er zo over denkt kan worden afgeleid uit zijn arrest inzake *AKZO Nobel Fibers/FNV*.<sup>47</sup> De overweging dat niet kan worden aanvaard dat een beding op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd al naargelang wie bij een geschil daaromtrent betrokken is, gaat immers ook

44 Zie voor Haviltex in gelijke zin HR 5 maart 2004, *LJN AO1974*, betreffende de uitleg van een echtscheidingsconvenant.

45 Zie de laatste alinea onder 6.5.

46 Zie noot 17; zo ook Sagel, ‘De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (I)’, *ArbeidsRecht* 2003, 49, p. 14.

47 HR 26 mei 2000, *NJ 2000*, 473, besproken in par. 6.5.

in andere gevallen op.<sup>48</sup> Wij wachten nadere jurisprudentie van de Hoge Raad af.

Een vraag die eveneens resteert is wat als voor derden kenbaar mag worden beschouwd en wat niet. In het eerdergenoemde arrest van 27 februari 2004 heeft de Hoge Raad ook wat dit betreft meer duidelijkheid verschaft: als voldoende kenbaar werd beschouwd een toelichting op het Bindend Besluit Regres, van de hand van de opsteller van dat Besluit<sup>49</sup> kort na de totstandkoming ervan gepubliceerd in het *WPNR*. De Hoge Raad accepteerde dat daaruit de bedoeling ten tijde van de totstandkoming werd afgeleid. Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad ook andere vakbladen als 'openbare bron' zal aanvaarden.

## 8.8 Afsluiting

Het arrest *Gerritse/Hydro Agri Sluiskil* heeft een ontwikkeling ingeleid die zowel voor het arbeidsrecht, als voor het overige verbintenisrecht, niet alleen uitermate boeiend, maar ook nuttig is geweest. Uit een oogpunt van rechtvaardigheid is het immers moeilijk te accepteren dat grote groepen derden gebonden worden door bepalingen die door anderen bedacht zijn en ten aanzien waarvan men geen enkele onderhandelingsruimte heeft gehad. Voor CAO's en vergelijkbare regelingen geldt in wezen hetzelfde als voor wetgeving: men moet zich, door raadpleging van voor eenieder toegankelijke bronnen, kunnen vergewissen van de rechten en verplichtingen die men gewild of ongewild heeft verkregen.

48 In dezelfde zin Boot, 'Voor een appel en een ei: DSM/Fox', *ArbeidsRecht* 2004, 48, p. 54. Anders: Wissink, t.a.p., p. 414 en Van den Brink, 'Uitleg van overeenkomsten', *NbBW* 2004, nr. 6, p. 81-82.

49 De Vereniging voor Brandassuradeuren.



# 9 Opkomst en terugtred van de Baijings-leer

*Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai en mr. Th. Veling\**

## 9.1 Inleiding

Partijen die hun naam lenen aan een belangwekkend arrest van de Hoge Raad zijn zich lang niet altijd bewust van de faam die zij binnen de wereld der juristen genieten.<sup>1</sup> De kans is groot dat dit ook geldt voor de voormalige president van Douwe Egberts Beverage Systems T. Baijings, wiens naam hecht verbonden is aan de door de Hoge Raad ontwikkelde leer ter zake van de verhouding tussen de ontbindingsvergoeding op grond van art. 7:685 lid 8 BW en hetzij schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie hetzij nakoming van een contractuele aanspraak. De naam van Baijings is in arbeidsrechtelijke kringen inmiddels een begrip, wellicht zelfs vergelijkbaar met die van Haviltex in het kader van het algemene overeenkomstenrecht.

Over de ontwikkeling en betekenis van die Baijings-leer handelt deze bijdrage. Centrale vraag daarbij is: ‘Is een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie of tot nakoming van een contractuele aanspraak mogelijk nadat de arbeidsovereenkomst is ontbonden en, zo ja, in welke gevallen?’ Wij behandelen die vraag aan de hand van de arresten van de Hoge Raad waarin de Baijings-leer vorm heeft gekregen. Zonder feitelijke praktijk geen rechtsontwikkeling bij de Hoge Raad. In deze bijdrage komen dan ook tevens enkele wenken voor de rechtspraktijk aan bod.

\* Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn. Tot 1 februari 2005 was mr. Th. Veling advocaat bij datzelfde kantoor; thans is hij werkzaam bij de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

1 Vgl. F. Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, tweede druk, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 5.

## 9.2 De Baijings-leer: wat ging vooraf?

De Baijings-leer zelf is nog jong: op 24 oktober 1997 wees de Hoge Raad zijn arrest in de zaak van Baijings tegen zijn voormalige advocaat mr. H.<sup>2</sup> Wie de ontwikkeling van de Baijings-leer wil beschrijven zal voor een goed begrip echter verder moeten teruggaan in de tijd. Hij kan daarbij zo ver teruggaan als 1907, het jaar van invoering van de wettelijke regeling van het arbeidsrecht: de bijzondere regeling van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vindt in deze wet haar oorsprong.<sup>3</sup> Ook het jaar 1953 vormt een markeringsmoment. In dat jaar werd het fenomeen van de ontbindingsvergoeding geïntroduceerd. Verder is 1996 een relevant jaartal: in dat jaar introduceerde de Kring van Kantonrechters de kantonrechtersformule, waarmee de ontwikkeling die de ontbindingsvergoeding sinds haar invoering had doorgemaakt in zekere zin werd ‘gecodificeerd’. Al deze jaartallen komen in de navolgende korte schets aan de orde.

De bijzondere wettelijke regeling ter zake van ontbinding van arbeidsovereenkomsten dateert als gezegd al van 1907. De opstellers van de wettelijke regeling onderscheidden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst twee wegen: gevallen waarin wél en gevallen waarin níét sprake was van wanprestatie van de wederpartij. In dat laatste geval kon de arbeidsovereenkomst worden beëindigd door middel van reguliere opzegging – toen nog zonder opzegvergunning – of door middel van ontbinding op grond van gewichtige redenen ex art. 1639w BW (oud). Bij opzegging moest de toepasselijke opzegtermijn in acht worden genomen. Ontbinding op grond van art. 1639w hield in dat de rechter op verzoek van een der partijen de dienstbetrekking dadelijk of na korte tijd vanwege (limitatief omschreven) ‘belangrijke veranderingen’<sup>4</sup> deed eindigen; verwijtbaarheid of wanprestatie waren niet vereist.<sup>5</sup> De ontbinding was bedoeld

2 *NJ* 1998, 257. Het arrest vormt in zekere zin een raamvertelling: de geboorte van de arbeidsrechtelijke Baijings-leer vond plaats in de context van een vordering tot schadevergoeding van Baijings tegen mr. H. in verband met het door de laatste ongebruikt laten verstrijken van een appèltermijn in de daaraan voorafgaande arbeidsrechtelijke procedure. Ook met het oog op die aansprakelijkheidskwestie is het arrest overigens van belang. Zie daarover onder andere A.J. Akkermans in *NbBW* 1998, p. 50-52.

3 Zie A.E. Bles, *De Wet op de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 1907.

4 Bles dl. IV, p. 257 (MvT, Ontwerp-Drucker).

5 Zie uitvoerig: S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 29-31, 34-38.



voor die gevallen waarin van de verzoekende partij niet kon worden gevegd de normale opzegtermijn in acht te nemen. Uit de aard der zaak – de bepaling zelf vermeldt dat immers – moest de ontbindingsprocedure snel kunnen verlopen, zodat hoger beroep en cassatie werden uitgesloten. De wetgever van 1907 zag dat niet als probleem; de ontbinding op grond van art. 1639w gold immers vooral als ‘ordemaatregel’. Het ontwerp-Drucker merkt op<sup>6</sup>:

‘Daartoe schijnt te minder bezwaar, nu het hier niet zoozeer geldt de beslissing van een rechtsstrijd, als wel de vaststelling eener billijke regeling door een onpartijdigen rechter.’

In gevallen waarin wél sprake was van wanprestatie van de wederpartij, stond volgens de bedoeling van de opstellers van het wetsvoorstel de gelaedeerde partij (onder omstandigheden) de mogelijkheid ten dienste van opzegging wegens een dringende reden. De opzegtermijn behoefde dan niet in acht te worden genomen. Daarnaast was mogelijk het vorderen van ontbinding wegens wanprestatie met schadevergoeding (art. 1639x), wat overigens ook al gold krachtens het commune burgerlijk recht.<sup>7</sup>

De helderheid van de oorspronkelijk bedoelde tweedeling tussen beëindiging met en zonder wanprestatie van de wederpartij werd vertroebeld door een aangenomen amendement: ook de dringende reden werd een grond voor de snelle ontbinding wegens gewichtige redenen. Het argument voor deze wijziging was dat als een partij niet zeker was dat er sprake was van een dringende reden, hij dan de rechter dit met zekerheid kon laten vaststellen en niet het risico liep door het ontbreken van een dringende reden schadelijkt te worden.<sup>8</sup> Daardoor werd een element van verwijtbaarheid ingevoerd in de ontbindingsprocedure ex art. 1639w.

In de mogelijkheid van een vergoeding bij ontbinding wegens gewichtige redenen voorzag de wettelijke regeling niet; destijds meende de wetgever dat de rechter bij het vaststellen van de ontbindingsdatum ermee rekening zou kunnen houden dat de wederpartij in

6 Bles dl. IV, p. 257.

7 Bles dl. IV, p. 267-268. De bepaling was slechts opgenomen om buiten twijfel te stellen dat dit niet werd uitgesloten door de bijzondere ontbindingsregeling op grond van gewichtige redenen.

8 Kuip, a.w., p. 117. Men acht dit wel een weeffout: Loonstra & Zondag, a.w., p. 327.

te grote problemen zou komen.<sup>9</sup> Het ging hier dus niet om ‘schadevergoeding’ vanwege onjuist handelen in het *verleden*, maar hooguit om een voorziening om de *toekomstige* gevolgen te verzachten, een doekje voor het bloeden.

Opzegging in geval van een dringende reden leidde wel tot schadelijking van de partij die de dringende reden had gegeven, maar deze schadelijking was beperkt tot – kort gezegd – het loon over de opzegtermijn (art. 1639t).<sup>10</sup> Volledige schadevergoeding was mogelijk in geval van ontbinding wegens wanprestatie (art. 1639x). Dit betreft vorderingen voor schade die losstaat van het feit *dat* de overeenkomst wordt beëindigd, en hoogstens te maken hebben met het feit *waarom* de overeenkomst wordt ontbonden. Schade dus, waarvan de vergoeding ook los van de ontbinding op grond van art. 1639x zou kunnen worden gevorderd. Dergelijke schade wegens wanprestatie dient volgens de regels van het commune recht te worden vergoed, zo bepaalde de Hoge Raad (veel) later.<sup>11</sup>

De vergoeding naar billijkheid in geval van ontbinding wegens gewichtige redenen – in het kader van de Baijings-leer van centrale betekenis – zag het licht bij de wetwijziging van 17 december 1953.<sup>12</sup> Net als in 1907 achtte de wetgever het wenselijk dat de werkgever verplicht kon worden eventuele ernstige gevolgen van de ontbinding voor de werknemer voor zijn rekening te nemen: in de nieuwe regeling echter niet meer in de vorm van een later moment van ontbinding (een weinig praktische constructie om een nevengevolg te bereiken), maar in de vorm van een heuse schadevergoeding.<sup>13</sup> Tegelijk met de introductie van de ontbindingsvergoeding werd de limitatieve opsomming van mogelijke ontbindingsgronden afgeschaft. Voortaan konden daartoe ook omstandigheden behoren waarbij van enige verwijtbaarheid sprake was, ook al was die niet zodanig dat deze een dringende reden vormde. Een derde wijziging was de toegevoegde mogelijkheid van intrekking van het ontbindingsverzoek (zie thans art. 7:685 lid 9). Nu immers de ontbinding op grond van veranderde omstandigheden ‘bestraft’ zou kunnen worden met een

9 Bles, a.w., dl. IV, p. 266; M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ont-slagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954, p. 84; Kuip, a.w., p. 117.

10 Levenbach, a.w., p. 100-103. Zie ook HR 1 februari 1946, *NJ* 1946, 106.

11 Zie HR 1 februari 1991, *NJ* 1991, 598.

12 *Stb.* 619.

13 Levenbach, a.w., p. 84, vgl. Kuip, a.w., p. 205. Overigens kan op zichzelf ook de werknemer verplicht worden tot betaling van een schadevergoeding.

vooraf niet ingecalculerde schadevergoeding, zou de verzoeker hierop moeten kunnen terugkomen.

De ontbindingsvergoeding was derhalve oorspronkelijk bedoeld als een instrument om op grond van de billijkheid te bepalen dat de ene partij (een deel van) de gevolgen van de ontbinding voor de andere partij voor haar rekening moest nemen. Uit de wettekst blijkt die beperking tot alleen de gevolgen echter niet: het gaat om een vergoeding die in de omstandigheden van het geval vereist is. Uit deze algemeen geformuleerde norm volgt dat voor het toekennen van een vergoeding niet nodig is dat er verwijtbaar is gehandeld, hoewel dat handelen mogelijk wel de oorzaak van de gewichtige reden voor ontbinding vormt. Omgekeerd brengt deze algemene normstelling wel mee dat de rechter bij de bepaling van de vergoeding moet letten op alle omstandigheden van het geval. Daartoe behoort ook de verwijtbaarheid. Daarmee maakte de wetwijziging van 1953 het mogelijk bij de hoogte van de vergoeding met die verwijtbaarheid rekening te houden: in geval van verwijtbaarheid lijkt zelfs te meer aanleiding voor een billijke schadevergoeding, niet zozeer om de *gevolgen* van de ontbinding te compenseren als wel vanwege de *aanleiding* van de ontbinding. Aldus begint deze vergoeding trekken te vertonen van een schadevergoeding wegens tekortschieten in de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, het goed werkgeverschap, dus wegens wanprestatie. De vergoeding strekt dan mede tot vergoeding van de schade als gevolg van wanprestatie.

De ontbinding op grond van art. 1639w – later art. 7:685 – en de daaraan gekoppelde billijke vergoeding van lid 8 hebben als bekend na hun introductie een grote vlucht genomen. Op de oorzaken daarvan gaan wij thans niet verder in; dat zou het bestek van deze bijdrage te buiten gaan.<sup>14</sup> Vaststaat dat de ontwikkeling die de ontbindingsvergoeding heeft doorgemaakt in 1996 culmineerde in de invoering van de zogenaamde kantonrechtersformule<sup>15</sup>, een door de vergadering van de Kring van Kantonrechters vastgestelde – niet bindende – set vuistregels voor de invulling van de billijkheidsnorm van art. 7:685 lid 8.<sup>16</sup> Enerzijds voldoet de kantonrechtersformule ( $A \times B \times$

14 Zie voor een uitvoerige beschrijving C.G. Scholtens, in: *Zilver voor een gouden formule*, Rotterdam 1998, p. 9-35. Zie ook G.C. Boot, *SMA* 1999, p. 406-408.

15 Voluit: Aanbevelingen voor procedures ex artikel 7:685 BW van 8 november 1996 van de Kring van Kantonrechters. Zie *T&C Arbeidsrecht* (2004), p. 765-779.

16 Zie over de status van ‘rechtersrecht’ zoals de Aanbevelingen K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer 2005, p. 20, 102, 218, 320.

C) aan de oorspronkelijke strekking van de ontbindingsvergoeding, te weten het bieden van een billijke voorziening met het oog op de gevolgen van de ontbinding. Zo ligt het voor de hand dat een oudere werknemer met veel dienstjaren niet gemakkelijk meer een nieuwe baan vindt, zodat de gevolgen van de ontbinding voor hem veel ernstiger kunnen zijn dan voor een jonge werknemer. Een hogere vergoeding is dan op zijn plaats. Met name de A-factor uit de formule (het aantal gewogen dienstjaren) voorziet daarin. Anderzijds illustreert de formule ook het belang van eventueel verwijtbaar handelen van een der partijen bij het bepalen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding. De C-factor uit de formule is juist onder andere bedoeld om dat verwijtbaar handelen in de vergoeding te kunnen verdisconteren. Het derde lid van art. 3.4 van de Aanbevelingen luidt aldus:

‘Is er sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van één van partij en dan wel van verwijtbaarheid over en weer, dan wordt de ernst van de verwijten via de C-factor tot uitdrukking gebracht.’

De Aanbevelingen bevestigen hiermee dat de vergoeding mede betrekking kan hebben op verwijtbaar handelen.

### 9.3 De ontwikkeling van de Baijings-leer in de arresten van de Hoge Raad

Tegen de achtergrond van het hierboven geschetste kader is de Baijings-leer tot ontwikkeling gekomen. De leer van de Hoge Raad is – tot en met eind 2004 – in tien uitspraken neergelegd. In het navolgende brengen wij de verschillende bijzonderheden in kaart.

Het arrest dat aan de basis van de Baijings-leer staat had zijn oorsprong in de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen Douwe Egberts en de naamgever van de onderhavige leer. De kantonrechter kende daarbij aan Baijings een vergoeding toe, maar liet expliciet buiten beschouwing de aan hem toegekende optierechten welke hij ten gevolge van het voortijdige einde van de arbeidsovereenkomst zou mislopen. De kantonrechter voegde daar wel aan toe dat Baijings op dit punt ‘vanzelfsprekend’ een afzonderlijke procedure kon aangaan. Dat deed Baijings. De zinsnede uit de ontbindingsbeschikking vormde daarmee de opmaat voor een jaren slepende procedure die een – voorlopig – einde vond in het arrest van de Hoge Raad van

24 oktober 1997.<sup>17</sup> Het arrest maakt duidelijk dat de Hoge Raad weinig voelt voor de door de ontbindingsrechter nog als ‘vanzelfsprekend’ aangenomen mogelijkheid<sup>18</sup>:

‘[D]e bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst, die zich kenmerkt door een stelsel van regels strekkende tot bescherming van de positie van de werknemer ten opzichte van diens wederpartij, brengt mee dat voor een toetsing buiten die regels om, aan de eisen van redelijkheid en billijkheid slechts bij uitzondering en in beperkte mate ruimte bestaat.

Voor wat betreft de – thans in artikel 7:685 BW neergelegde – regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden, betekent dit dat het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter [...] met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat er daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is.’

Voor Baijings zelf werd de soep niet zo heeft gegeten: juist vanwege de expliciete hierboven weergegeven opmerking van de kantonrechter in de ontbindingsbeschikking gunt de Hoge Raad hem schoorvoetend – ‘hoezeer [ook] in het algemeen ongewenst’ – de mogelijkheid van een separate procedure ter verkrijging van schadevergoeding voor de misgelopen opties.

In de twee volgende arresten in dit verband werden de grenzen van het *Baijings*-arrest door de Hoge Raad strakker getrokken.<sup>19</sup> Allereerst wees de Raad arrest in een geschil tussen de FNV en haar ex-werknemer Tulkens. De arbeidsovereenkomst tussen beide partijen

17 Voorlopig, omdat de Hoge Raad het bestreden arrest van het Hof 's-Gravenhage vernietigde en de zaak verwees naar het Hof Amsterdam voor verdere behandeling en beslissing.

18 Anders: A-G Bakels in zijn Conclusie voor het arrest. Bakels spitst zijn betoog toe op het uitgangspunt dat bij samenloop van het algemene vermogensrecht (in dit geval art. 6:248 BW) met het arbeidsrecht beide stelsels in beginsel cumulatief van toepassing zijn. Zie onderdelen 3.10-3.16.

19 Naar aanleiding van het hier als eerste te noemen arrest sprak J.J.M. de Laat van een ‘slot’ dat ‘stevig op de deur zit’ en van een ‘eventuele kier’ die ‘een hele kleine kier is en blijft’, zie *ArbeidsRecht* 1999, 40.

was door de kantonrechter ontbonden met toekenning aan Tulkens van een vergoeding. Bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding had de kantonrechter expliciet rekening gehouden met het – aan de werkgever verwijtbare – feit dat FNV Tulkens tijdens een ziekteperiode had uitgenodigd te komen spreken over beëindiging van zijn dienstverband. Die handelwijze was in strijd met de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), aldus Tulkens. Op die grond vorderde Tulkens dan ook (onder andere) schadevergoeding in de daaropvolgende bodemprocedure. De vordering van Tulkens strandde bij de rechtbank. In cassatie betoogde Tulkens dat de ontbindingsvergoeding naar haar aard geen schadevergoeding is, maar slechts een vergoeding naar billijkheid in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zij het<sup>20</sup> – nog steeds volgens het cassatiemiddel – dat het de rechter vrijstaat in de opvolgende bodemprocedure bij het vaststellen van de schadevergoeding wegens wanprestatie rekening te houden met de eerder toegekende ontbindingsvergoeding. De Hoge Raad doet dit betoog kort af, met herhaling van de hierboven weergegeven overweging uit het *Baijings*-arrest en met verwijzing naar het feit dat de ontbindingsrechter expliciet met genoemde handelwijze van de werkgever had rekening gehouden.<sup>21</sup>

De eigenaardige systematiek die het Nederlandse ontslagrecht kenmerkt, komt tot uitdrukking in de conclusie van advocaat-generaal Spier voor het arrest *Tulkens*. Daarover een korte uitweiding. Hoewel Spier zich in zijn conclusie nadrukkelijk schaarde achter de *Baijings*-leer, had hij toch geconcludeerd tot gegrondverklaring van het cassatieberoep. Hij zag daartoe aanleiding in een gelijkenis van de feiten in de *Tulkens*-zaak en die in het *Deuss*-arrest van 1 december 1989.<sup>22</sup> In dit laatste arrest stond centraal de vraag of de werknemer wiens arbeidsovereenkomst was ontbonden vanwege een *dringende reden* – en dus vanwege zeer ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – naast de schadeloosstelling op de voet van art. 7:677 lid 3 nog aanspraak kon maken op schadevergoeding wegens wanprestatie. De Hoge Raad beantwoordde die vraag in een uitvoerig gemotiveerd arrest bevestigend. Op het oog dus een met de feiten in de zaak Tulkens vergelijkbare kwestie. Toch gaat de vergelijking

20 Met verwijzing naar HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499 (*Schreuder/Nilsson en Lam*). Dit arrest komt in de latere *Baijings*-arresten van de Hoge Raad nog ter sprake.

21 Arrest van 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644 (*Tulkens/FNV*).

22 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (*Deuss/Holland*).

mank, omdat in de kwestie van Tulkens de arbeidsovereenkomst was ontbonden op grond van gewijzigde omstandigheden en niet vanwege een dringende reden. Voor dat laatste geval geldt dat art. 7:685 lid 8 nadrukkelijk *niet* voorziet in de mogelijkheid een vergoeding naar billijkheid toe te kennen.<sup>23</sup> Nu de schadeloosstelling van art. 7:677 lid 3 slechts voorziet in – kort gezegd – het loon over de opzegtermijn, komt de werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens een dringende reden van de werkgever er dus aanmerkelijk beroerder vanaf dan wanneer als ontbindingsgrond een wijziging van de omstandigheden wordt gehanteerd (wanneer hetzelfde handelen van de werkgever spoedig aanleiding zou geven tot toepassing van de kantonrechtर्सformule met een C-factor van hoger dan 1).<sup>24</sup> De ruimte voor schadevergoeding wegens wanprestatie in geval van ontbinding wegens dringende reden moet tegen deze achtergrond worden gezien.<sup>25</sup> Een vergelijking met het arrest *Deuss* mist dus relevantie voor Baijings-gevallen.

Terug naar de ontwikkeling van de Baijings-leer. Hield Tulkens nog een aanzienlijke ontbindingsvergoeding aan de beëindiging van zijn dienstverband over, werknemer Wienholts kwam er in het derde arrest bekaaid van af. Wienholts was een behandeling van haar werkgever te beurt gevallen die – indien haar stellingen ter zake juist waren – het zojuist genoemde handelen van de FNV in verwijtbaarheid onmiskenbaar naar de kroon stak. Men leze rechtsoverweging 3.1 onder (iv) van het arrest van de Hoge Raad. Wienholts verzocht ontbinding van haar overeenkomst en toekenning van een vergoeding, gegrond op handelen van de werkgever in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. De kantonrechter kwam wel tot ontbinding, maar zag geen aanleiding voor een vergoeding. In de daaropvolgende bodemprocedure vorderde Wienholts schadevergoeding, ook nu wegens schending van de eisen van goed werkgeverschap. Haar vordering strandt bij de Hoge Raad in niet-ontvankelijkheid. Met herhaling van de Baijings-formule oordeelt de Hoge Raad dat voor een nieuwe beoordeling in een bodemprocedure geen ruimte bestaat, nu haar vordering berust ‘op dezelfde grondslag’ als het eer-

23 Zie expliciet HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549.

24 Het wrange daarvan geldt te meer nu het aan de kantonrechter is de grond voor de ontbinding te bepalen; zie HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 495.

25 Vgl. Kuip, a.w., p. 204. Zie ook L.H. van den Heuvel, ‘Drie weeffouten’, in: *Waarheen met artikel 1639w BW?*, Deventer: Kluwer 1989, p. 1-11.

dere verzoek in de ontbindingsprocedure.<sup>26</sup> De Hoge Raad wijst erop dat Wienholts de arbeidsovereenkomst ook had kunnen beëindigen op een wijze die nog wel ruimte bood schadevergoeding wegens wanprestatie te vorderen.<sup>27</sup>

Belangrijke toevoeging<sup>28</sup> aan de steeds herhaalde formulering uit het *Baijings*-arrest volgde op 1 maart 2002. Op die dag wees de Hoge Raad twee arresten waarin het hierboven weergegeven uitgangspunt wordt herhaald, maar met de navolgende toevoeging:

‘[De ontbindingsvergoeding] betreft niet aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking en betrekking hebben op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en die geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bijvoorbeeld een aanspraak op achterstallig loon. Voor het geldend maken van zodanige aanspraken is deze eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure ook niet bedoeld. Niet uitgesloten is evenwel dat de feiten die ten grondslag zijn gelegd aan de vordering die betrekking heeft op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ook in aanmerking (kunnen) worden genomen bij de beoordeling van de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden en toekenning van een vergoeding naar billijkheid gerechtvaardigd zijn. In een zodanig geval kan de rechter bij de beoordeling van de vordering onderscheidenlijk het verzoek rekening houden met het in de andere procedure toegekende bedrag [...]’

In het arrest *TNO/Ter Meulen*<sup>29</sup> ging het om aanspraken van de ex-werknemer ter zake van gemiste opbrengsten uit octrooi. In de kwes-

26 Arrest van 2 november 2001, *NJ* 2001, 667. Ten derde male had de A-G anders geconcludeerd: in dit geval zag A-G Spier ruimte voor de uitzonderingsmogelijkheid die de Hoge Raad in het *Baijings*-arrest had aanvaard (onderdelen 3.9-3.12). Vgl. ook HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 251, m.nt. PAS (*Intramco/Grotenhuis*), r.o. 3.4.

27 De Hoge Raad licht dit aspect niet nader toe, maar te denken valt bijvoorbeeld aan een opzegging door de gemaltraiteerde werknemer, gevolgd door een vordering tot schadevergoeding. Zie bijvoorbeeld Ktr. Schiedam 27 oktober 1998, *JAR* 1998/243 en Ktr. Eindhoven 26 november 1998, *JAR* 1999/35.

28 De Hoge Raad spreekt zelf van een ‘bepierking’ op de *Baijings*-leer; zie r.o. 3.3.1 van zijn arrest van 7 november 2003, *JAR* 2003/295.

29 HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 210.



tie *Guérand/PTT Post*<sup>30</sup> was aan de orde een vordering van de ex-werknemer vanwege achterstallig loon, gevorderd over de tijd voorafgaande aan de ontbinding en gebaseerd op de stelling dat PTT Post zich niet als goed werkgever jegens (de gedeeltelijk arbeidsongeschikte) Guérand had gedragen door niet te voldoen aan haar inspanningsverplichting tot reïntegratie; kort en goed: schending van de eisen ontwikkeld op basis van de art. 7:611 en 7:628. In beide gevallen strandde het beroep van de werkgever op de Baijings-leer vanwege boven weergegeven toevoeging. Vooral de kwestie in de zaak *Guérand/PTT Post* is interessant: aan de vordering van Guérand was een ontbindingsbeschikking voorafgegaan waarbij de kantonrechter de hoogte van de toegekende vergoeding mede had bepaald op basis van zijn oordeel dat PTT Post was tekortgeschoten in haar inspanningsverplichting tot reïntegratie van Guérand. De Hoge Raad merkt evenwel uitdrukkelijk op dat er geen reden is te veronderstellen dat bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding rekening is gehouden met de aanspraak op achterstallig loon (r.o. 3.5, slot). Dat twee keer hetzelfde feit (dat inhoudt een tekortschieten als werkgever) wordt betrokken in de beoordeling is kennelijk geen probleem, zolang maar niet eenzelfde juridische grond (zoals inkomensschade bestaande uit achterstallig loon) twee keer tot een vergoeding leidt. Deze belangrijke stap in de ontwikkeling van de Baijings-leer noemen wij hierna ook wel de ‘Guérand-correctie’.

Op 10 januari 2003 volgde een nieuwe stap in de ontwikkeling van de Baijings-leer, met het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Van Ravenswade/ING*.<sup>31</sup> Feitelijke aanleiding voor deze kwestie vormden – naar later bleek: ongegronde – beschuldigingen van de bank aan het adres van Van Ravenswade ter zake van onjuiste declaraties, waarmee zijn carrièrekansen binnen de financiële wereld waren beschadigd. Ook hier had de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden en de vergoeding mede gebaseerd op de handelwijze van ING. In de ‘vervolg-bodemprocedure’ trekt Van Ravenswade aan het kortste eind: de Baijings-leer doet zijn werk. Het arrest is vooral van belang voor de opstelling van partijen in de feitelijke instanties. Uit de bewoordingen van de Hoge Raad lijkt<sup>32</sup> te kunnen worden afgeleid

30 HR 1 maart 2002, *NJ* 2003, 211.

31 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 231.

32 Wij drukken ons voorzichtig uit, omdat de Hoge Raad aan beantwoording van die vraag niet toekomt nu de rechtbank (voldoende gemotiveerd) had geoordeeld dat van dergelijke nieuwe stellingen geen sprake was.

dat voor de toewijsbaarheid van de ‘navordering’ van belang is of en in hoeverre de werknemer in die procedure stellingen heeft betrokken waarmee de ontbindingsrechter geen rekening heeft kunnen houden.<sup>33</sup> Lezenswaardig zijn de overige gepubliceerde stukken in cassatie: het cassatiemiddel waarin Van Ravenswade – tevergeefs – fundamentele kanttekeningen plaatst bij de uitgangspunten van de Baijings-leer en de uitvoerige conclusie van A-G Huydecoper, waarop wij hieronder nog terugkomen.

In de zaak die leidde tot het volgende arrest in de Baijings-reeks vorderde ex-werknemer Visser – na ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst – schadevergoeding op de grond dat zijn werkgever in strijd met art. 7:611 had verzuimd het loon te suppleren. Het afwijzende vonnis van de rechtbank strandde in cassatie. Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank ten onrechte ‘als reeds doorslaggevend aangemerkt dat de onderhavige vordering is gegrond op dezelfde feiten als waarop de vergoeding in het kader van de ontbinding is gebaseerd’. In het licht van de beperking uit het *Guérand*-arrest is dat niet juist, aldus de Hoge Raad.<sup>34</sup> Het vonnis van de rechtbank was naar het oordeel van de Hoge Raad overigens onvoldoende gemotiveerd, onder andere omdat onduidelijk bleef ‘op grond waarvan, indien rekening wordt gehouden met de toegekende [ontbindings]vergoeding, de onderhavige vordering in het geheel niet voor toewijzing in aanmerking komt’.<sup>35</sup>

De voorsnog laatste vier arresten van de Hoge Raad met betrekking tot de Baijings-leer zijn geweest in 2004. Twee daarvan zijn een bespreking waard. Als eerste was er op 2 april 2004 de uitspraak in de zaak van de Drankencentrale Waterland.<sup>36</sup> In deze zaak was tussen partijen in de arbeidsovereenkomst zelf een afvloeiingsregeling opgenomen die inhield dat bij opzegging of ontbinding de werkgever

33 Anders nog: J.J.M. de Laat in *ArbeidsRecht* 1999, 40.

34 HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 174, *JAR* 2003/295 (*Visser/Van Lee Veghel Beheer*).

35 Anders (opnieuw) A-G Timmerman in zijn Conclusie voor het arrest. Hij achtte met name van belang dat de grondslag van de ontbindingsvergoeding en de schadevergoeding in de vervolprocedure ‘gelijksortig’ is (onderdeel 3.9).

36 HR 2 april 2004, *RvdW* 2004, 58. Het andere arrest van die datum (*JOL* 2004, 176) vormt een rechttoe rechtaan toepassing van de Baijings-leer: de vordering in de vervolprocedure was identiek aan de stellingen in de ontbindingsprocedure. De Hoge Raad deed die zaak af met toepassing van art. 81 RO. Het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 2004 (*JAR* 2004/169) vormt op zijn beurt een eenvoudige toepassing van het arrest *Drankencentrale Waterland*. Zie ook Bodewes in *ArbeidsRecht* 2004, 65 over de tot medio 2004 gewezen arresten.

een vergoeding van tweemaal het jaarsalaris verschuldigd was, tenzij de beëindiging plaatsvond wegens een dringende reden. Dat laatste was volgens de werkgever op enig moment aan de orde: ontslag op staande voet en voorwaardelijke ontbinding volgden. In het kader van die ontbinding voorzover vereist kende de kantonrechter geen vergoeding toe. In de daaropvolgende bodemprocedure vorderde de werknemer (voorzover hier relevant) nietigverklaring van het ontslag op staande voet en nakoming van de afvloeiingsregeling. De rechtbank wees in hoger beroep beide vorderingen toe: een dringende reden voor ontslag op staande voet achtte zij niet aanwezig en de Baijings-leer stond naar haar oordeel niet in de weg aan toewijzing van de contractuele afvloeiingsregeling. In cassatie ging het vooral om dat laatste punt.<sup>37</sup> De Hoge Raad deelt het oordeel van de rechtbank: anders dan in de hierboven besproken arresten gaat het:

‘[i]n het onderhavige geval [...] niet om een aanspraak die is gegrond op hetgeen de redelijkheid en billijkheid of de eisen van goed werkgeverschap meebrengen, maar om een vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling. Een dergelijke vordering kan in een afzonderlijke procedure worden geldend gemaakt.’

Deze uitspraak verbaast op het eerste gezicht in zoverre dat de onderhavige contractuele aanspraak – een afvloeiingsregeling – toch bij uitstek een aanspraak is die onlosmakelijk verbonden is met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zodat het vreemd lijkt dat zij na de ontbindingsprocedure nog geldend gemaakt kon worden. De uitkomst is echter begrijpelijk, als deze gezien wordt in het licht van de grondslag van de aanspraak: het gaat hier louter om nakoming van een afspraak tussen partijen. Die afspraak was er nu eenmaal – en contractuele verplichtingen kunnen nu eenmaal in rechte worden afgedwongen, zo lijkt de Hoge Raad over het voetlicht te brengen.

Op 10 december 2004<sup>38</sup> wees de Hoge Raad opnieuw een arrest over de Baijings-leer, waarbij de gedaagde – toepasselijk genoeg – de Koninklijke Douwe Egberts B.V. was. Partijen streden in deze procedure over de hoogte van het salaris, dat in aansluiting op een sociaal plan ten grondslag had geleden aan vergoeding waarover in een

37 Een ander wezenlijk deel van het arrest van de Hoge Raad gaat over de rechtsgeldigheid van contractuele bedingen als hier aan de orde; zie r.o. 4.1.1 en 4.1.3.

38 *JAR* 2005/12.

beëindigingsovereenkomst overeenstemming was bereikt. Ter uitvoering van die beëindigingsovereenkomst hadden partijen eerder al een pro forma ontbindingsprocedure gevolgd, waar deze kwestie niet aan de orde was gesteld. Dit laatste stond er volgens de Hoge Raad op zichzelf niet aan in de weg dat deze vraag opnieuw werd voorgelegd bij de rechter,

‘[...] hoewel het onderhavige geschil in beginsel in de ontbindingsprocedure moet worden beslist. De gestelde vordering berust immers op de beëindigingsovereenkomst in samenhang met het sociaal plan, die tussen partijen onafhankelijk van de ontbinding geldt en blijft gelden.’

Overigens leidde de op zichzelf gegronde cassatieklacht niet tot cassatie nu in feitelijke instanties onvoldoende was aangevoerd om tot toewijzing te kunnen komen.

#### 9.4 Fundamenten en beoordeling van de Baijings-leer

Na zeven jaar Baijings-leer is het uitgangspunt onveranderd: toetsing aan de redelijkheid en billijkheid en aan de eisen van goed werkgeverschap in het kader van ontbinding op grond van art. 7:685 behoort volgens de Hoge Raad ten volle tot uitdrukking te komen in de ontbindingsvergoeding. Buiten deze leer vallen evenwel – kort gezegd – contractuele aanspraken en vorderingen die zijn ontstaan tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst en die niet met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verband houden.<sup>39</sup> Dat laatste is evident in bijvoorbeeld het geval waarin de werknemer na de ontbinding vergoeding vordert van niet genoten vakantiedagen.<sup>40</sup> Deze beperking geldt echter ook – zie voor het eerst *Guérand/PTT Post* – indien de vordering ziet op nabetaling van salaris tot aan de ontbinding, ook al is die aanspraak gebaseerd op hetzelfde verwijtbare handelen van de werkgever als waarmee de ontbindingsrechter reeds heeft rekening gehouden. Aldus heeft de Hoge Raad zelf een bepaald restrictieve uitleg van de Baijings-leer gegeven. In zoverre lijkt het erop dat de leer reeds op zijn retour is.

39 Zie ook reeds de noot van P.A. Stein onder HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644.

40 Zie het eerste deel van de vordering van de werknemer in HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644 (*Tulkens/FNV*).

Met deze korte beschrijving van de conclusies uit de arresten van de Hoge Raad, wordt de vraag naar de grondslagen van die leer actueel.

#### 9.4.1 *Kanttekeningen bij de Baijings-leer: de aard van de ontbindingsprocedure*

De ontbindingsprocedure op grond van art. 7:685 is niet gericht op de beslissing van een rechtsstrijd, maar op het treffen van een ‘ordemaatregel’ bedoeld om op korte termijn aan werkgever en werknemer helderheid te verschaffen omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst en de in dat kader (eventueel) te betalen billijke vergoeding. Afgezien van de vergoeding – die werd immers pas in 1953 geïntroduceerd – stond deze korte omschrijving van het karakter van de ontbindingsprocedure reeds de opstellers van de wet van 1907 voor ogen.<sup>41</sup> De Hoge Raad heeft dit bijzondere karakter van de procedure nadien bevestigd.<sup>42</sup>

Betwijfeld kan worden of dit bijzondere ‘niet-juridische’ karakter anno 2005 nog altijd overeind staat. Een ontkennend antwoord ligt voor de hand, omdat in diezelfde ontbindingsprocedure – zowel in het kader van een dringende reden als in het kader van gewijzigde omstandigheden – nadrukkelijk het verwijtbare karakter van het handelen van partijen een rol kan spelen.<sup>43</sup> Maar wat daarvan ook zij: de ontbindingsprocedure is nog altijd ingericht alsof louter een ‘niet-juridische’ ordemaatregel getroffen moet worden: zij is snel, eenvoudig, zonder mogelijkheden van uitvoerige bewijsvoering, geen appèl; stuk voor stuk kenmerken gericht op het zo spoedig mogelijk verkrijgen van de gewenste ordemaatregel.<sup>44</sup>

Juist aan dat bijzondere karakter van de ontbindingsprocedure ontleent advocaat-generaal Spier een argument ten faveure van de Baijings-leer: een andersluidende opvatting zou leiden tot een ‘opentapel van procedures’, waarmee ‘in zekere zin de bijl’ aan de wortel van de ontbindingsprocedure zou worden gezet. Ook verwijst hij naar de regeling van art. 7:685 lid 9, dat voorziet in de mogelijkheid van de indiener zijn verzoekschrift in te trekken indien blijkt dat de kantonrechter voornemens is een hem onwelgevallige vergoeding toe

41 Zie het onder 7.2 weergegeven citaat.

42 Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.

43 Zie Kuip, a.w., p. 205-209.

44 Zie ook hier HR 3 december 1982, *NJ* 1983, 182.

te kennen.<sup>45</sup> Ook de Hoge Raad noemt de bijzondere aard en regeling van de procedure ex art. 7:685, waar hij in het arrest Wienholts (r.o. 3.4) opmerkt dat een aan ‘Baijings’ tegengestelde leer niet strookt met het rechtsmiddelenverbod van het elfde lid van art. 7:685.<sup>46</sup>

Vormen deze elementen van de aard van de ontbindingsprocedure metterdaad een argument voor de Baijings-leer? Een aan ‘Baijings’ tegengestelde leer doet aan het uitgangspunt van de ontbindingsprocedure – namelijk het door middel van een ordemaatregel spoedig scheppen van duidelijkheid bij partijen omtrent het einde van hun dienstverband en de in dat kader te betalen vergoeding – op zichzelf niet af: die duidelijkheid hebben partijen hoe dan ook. Dat zij mogelijkerwijs nadien nog in het kader van een ‘navordering’ aan elkaar verbonden blijven, staat daaraan niet noodzakelijk in de weg. Er zijn immers meer soorten van procedures waarbij partijen met elkaar te maken blijven hebben. Denk bijvoorbeeld aan een in meerdere opzichten verwante kwestie als een vordering op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Wat daarvan zij: de genoemde argumenten kunnen hooguit gelden voorzover het gaat om door de werknemer gevoerde schadevergoeding die verband houdt met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor vergoedingen die de werkgever ook los van de ontbinding verschuldigd zou zijn geweest valt niet in te zien dat deze met een beroep op (onder andere) genoemde argumenten zou vervallen.<sup>47</sup>

Bezien in het licht van de wijze waarop de procedure is ingericht valt ook overigens de reden op die de Hoge Raad voor de Baijings-leer aanvoert, namelijk ‘de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende het arbeidsrecht’ gericht op bescherming van de werknemer. Juist echter gelet op het summiere karakter van de ontbindingsprocedure en de daarbij door de kantonrechter te betrachten voortvaardigheid<sup>48</sup> bestaat het risico dat de Baijings-leer de bescherming van de werknemer niet ten goede komt. Niet ondenkbaar is bijvoorbeeld dat in de praktijk eenvoudigweg de tijd ontbreekt mogelijk laakbaar handelen van de werkgever dat mede tot het einde van de arbeids-

45 Zie onderdelen 3.36 en 3.37 van zijn Conclusie in *NJ* 1999, 644. Zie ook de noot van P.A. Stein op dezelfde plaats.

46 In dezelfde zin G.J.J. Heerma van Voss in zijn noot in *NJ* 2003, 211.

47 Zie A.G. Castermans, ‘De bijzondere arbeidsovereenkomst’, in: *De Landsadvocaat, voor deze; opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag 1999, p. 51.

48 De zitting vindt in beginsel plaats binnen een termijn van maximaal drie weken na ontvangst van het verzoekschrift; zie art. 1.2 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.

overeenkomst heeft geleid – en dat los van die ontbinding grondslag zou kunnen zijn voor schadevergoeding wegens wanprestatie – uitputtend in kaart te brengen.<sup>49</sup> Ook afgezien van het tempo van de procedure is goed voorstelbaar dat zich dit probleem voordoet, met name in die gevallen waarin de werknemer in persoon procedeert. Of hij in een dergelijk geval voldoende uit de voeten kan met de Guérand-correctie van 1 maart 2002 zal ervan afhangen of de relevante feiten ‘verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging’. Niet altijd zal deze correctie soelaas kunnen bieden. Dat klemt te meer nu uit de aard van de Baijings-leer lijkt te volgen dat het niet aan de werknemer is te bepalen wat hij wel en niet in de ontbindingsprocedure aan de orde stelt<sup>50</sup>: stelt hij – al dan niet met opzet – nog niet uitgekristalliseerde zaken niet in de ontbindingsprocedure aan de orde, dan loopt hij het risico dat daarmee definitief het doek is gevallen. Wij verwijzen op dit punt verder naar 7.5.1 van deze bijdrage.

Aldus gezien vormt de bijzondere aard van de ontbindingsprocedure eerder een argument terughoudend te zijn met het standpunt dat het met de ontbindingsbeschikking over en uit is, dan omgekeerd.<sup>51</sup>

#### 9.4.2 *Kanttekeningen bij de Baijings-leer: de aard van de vergoeding*

Uit de wetsgeschiedenis, in verband met het systeem van de arbeidswetgeving en het gemene burgerlijk recht, valt op te maken dat de Baijings-leer is gebaseerd op een vermenging van twee te scheiden betekenissen van ‘billijkheid’.

Als eerste is er de vraag, of de werkgever is tekortgeschoten in de uitvoering van de overeenkomst. Het antwoord op die vraag wordt medebepaald door de billijkheid: zoals bij alle overeenkomsten moet het handelen van de werkgever worden beoordeeld aan de hand van

49 Zie Castermans, a.w., p. 50 en 51.

50 Vgl. A-G Huydecoper in *NJ* 2003, 231 (onderdeel 13). Idem J.J.M. de Laat in *SR* 1999, p. 40 en Rb. Amsterdam 15 december 1999, *JAR* 2000/9.

51 Indachtig het woord van A-G Huydecoper in *NJ* 2003, 231 (onderdeel 22): ‘Men mag niet gemakkelijk aannemen dat een rechthebbende van een bepaalde aanspraak is verstoken, omdat hij, achteraf bezien, die aanspraak misschien adequaat geldend had kunnen maken in een ontbindingsprocedure. Het voor de (pretense) crediteur nadelige gevolg mag dus pas worden ingeroepen in die gevallen waarin het bepaald aangewezen was om de betreffende aanspraak in de ontbindingsprocedure geldend te maken.’

de inhoud van de overeenkomst, aangevuld met de ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 6:248 lid 1 BW), naar oud recht de ‘goede trouw’. Deze norm is voor de arbeidsovereenkomst verbijzonderd tot de zorg van een goed werkgever (thans art. 7:611 BW), wat niet meer is dan een concretisering van de zorg van een goed schuldenaar. Het betreft een open norm waaraan het handelen van de werkgever in het *verleden* getoetst kan worden. Een (toerekenbare) tekortkoming levert wanprestatie op die verplicht tot vergoeding ex art. 6:74 BW van de daardoor ontstane schade. Het recht op deze schadevergoeding is absoluut: het Nederlandse recht gaat uit van een vergoeding van de volledige schade.

Als tweede is er de vraag, of in geval van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst een vergoeding moet worden betaald. Voor deze vergoeding wordt een (eveneens) geheel open norm aangelegd: de billijkheid, op basis van de omstandigheden van het geval. Oorspronkelijk was deze vergoeding primair gerelateerd aan de gevolgen van de ontbinding voor de werknemer. Gaandeweg is evenwel ook verwijtbaarheid, dus tekortschieten aan de maatstaf van art. 7:611 BW, een factor bij de bepaling van de ontbindingsvergoeding geworden. Dat dit op gespannen voet staat met het uitgangspunt van volledige schade bij wanprestatie blijkt – in de praktijk – uit de kantonrechttersformule, die geen ijkpunt zoekt bij de feitelijke schade, maar zich richt op dienstjaren, maandsalaris en verwijtbaarheid.

De wettelijke grondslag van de schadevergoeding wegens wanprestatie is derhalve een andere dan de grondslag van een vergoeding wegens de gevolgen van de ontbinding; er is niets dat eraan in de weg staat om beide grondslagen in verschillende procedures aan te voeren.<sup>52</sup> Sterker nog, art. 7:686 BW bepaalt uitdrukkelijk dat de bepalingen van afdeling 9 (met onder andere art. 7:685) de mogelijkheid van (ontbinding en) schadevergoeding wegens wanprestatie niet uitsluiten. Daarbij moet overigens wel bedacht worden dat als gevolg van de kantonrechttersformule de ontbindingsvergoeding in concrete gevallen zeer wel ongeveer gelijk kan staan aan een vergoeding voor de volledige schade als gevolg van wanprestatie. Met name bij werknemers bij wie de factoren A en B uit de formule laag zijn, kan de ontbindingsvergoeding evenwel schromelijk tekortschieten.

De ontbindingsvergoeding is een vergoeding geworden, berekend naar billijkheid, voor de gevolgen van de ontbinding, waarbij mede in

52 In de Conclusies van Bakels (nrs. 3.8-3.12, met verwijzingen naar literatuur) voor Baijings en van Huydecoper (nrs. 10 en 13) voor *Guérand/PTT Post* is dit ook bevestigd.



aanmerking wordt genomen de verwijtbaarheid, afgemeten aan het goed werkgeverschap (en dus de redelijkheid en billijkheid). Wordt het (huidige) karakter van de ontbindingsvergoeding aldus omschreven, dan wordt begrijpelijk om welke reden de Hoge Raad – ondanks de oorspronkelijk uiteenlopende strekking van de twee vergoedingen – toch van oordeel is dat de ontbindingsvergoeding in beginsel een integrale vergoeding voor wanprestatie moet inhouden. De vergoeding voor wanprestatie ten aanzien van een arbeidsovereenkomst is immers een vergoeding van de schade als gevolg van tekortschieten aan de norm van goed werkgeverschap. Die schade zal meestal en grotendeels bestaan uit gevolgen die ontstaan of opkomen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, zoals het ontbreken van inkomsten. De ontbindingsvergoeding beoogt thans wel degelijk deze schade te dekken.

#### 9.4.3 *De grenzen tussen Baijings en Guérand*

De hiervoor geplaatste kanttekeningen nemen niet weg dat op dit moment de Baijings-leer geldend recht is. De navolgende opmerkingen beogen binnen dat kader aan te geven hoe de leer moet worden uitgelegd en toegepast.

Het belangrijkste probleem van de Baijings-leer (zowel wat de aanvaardbaarheid als de uitleg betreft) doet zich voor bij een tussen-categorie van feiten en vorderingen. Het *Guérand*-arrest bracht een scheiding tussen twee soorten aanspraken: die uitspraken die in beginsel onder de ontbindingsvergoeding vallen (ex Baijings), en die uitspraken die in beginsel daarbuiten vallen (ingevolge *Guérand*). De door de Hoge Raad steeds herhaalde overweging uit dit laatste arrest is niet erg helder, doch wordt duidelijker indien zij wordt gelezen in samenhang met de daaraan voorafgaande conclusie van advocaat-generaal Huydecoper. Het gaat om het identificeren van ‘aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking en betrekking hebben op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en die geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging’<sup>53</sup>. Deze overweging uit *Guérand* moet worden uitgelegd als een uitwerking van de vraag, welke aanspraken buiten de strekking van de ontbindingsvergoeding vallen.<sup>53</sup> Het *Douwe Egberts*-arrest spreekt

53 Dit is verder uitgewerkt in HR 2 april 2004, *RvdW* 2004, 58 (*Drankcentrale Waterland*) en HR 10 december 2004, *JAR* 2005/12 (*Douwe Egberts*).

over een vordering die onafhankelijk van de ontbinding geldt: kennelijk doelt de Hoge Raad op een vordering die ook zonder ontbindingsprocedure geldend had kunnen worden gemaakt.

Dat hierbij niet beslissend is dat de vordering op hetzelfde feitencomplex als eerder wordt gebaseerd, blijkt zonneklaar uit de arresten *Guérand* (r.o. 3.4, al. 2) en *Visser* (r.o. 3.3.2). Evenmin is beslissend of de juridische grondslag van de tweede vordering (mede) berust op de eisen van goed werkgeverschap. Zowel Wienholts als *Guérand* als *Visser* had geageerd op grond van schending van goed werkgeverschap; in de eerste procedure leidde dat tot niet-ontvankelijkheid, in de twee laatstgenoemde zaken kon de vordering toch nog aan de orde komen. Dit is begrijpelijk, als gezien wordt op welke concrete basis de vorderingen waren ingesteld. In de zaak van *Visser* was dit tekortschieten aan de eisen van goed werkgeverschap tot uitdrukking gekomen in de *speciale* verplichting tot loonsuppletie. Dit tekortschieten was door de kantonrechter weliswaar betrokken bij de bepaling van de ontbindingsvergoeding, maar daarmee strekte deze nog niet mede tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende en in de tweede procedure specifiek gevorderde inkomensschade.<sup>54</sup> Bij Wienholts daarentegen ging het slechts om goed werkgeverschap in algemene zin, en daaruit voortvloeiend inkomensschade: dit zijn *gevolgen* van de ontbinding, die dan ook in de ontbindingsprocedure moeten worden meegenomen.<sup>55</sup>

De aanspraken en feiten waar de *Guérand*-correctie over spreekt, hebben derhalve betrekking op een grondslag die een zeker samenstel van feiten en juridische grondslagen inhoudt.<sup>56</sup> Het nalopen van de diverse mogelijkheden kan verhelderend werken.<sup>57</sup> Hierbij moet worden onderscheiden tussen enerzijds feiten die *oorzaken* zijn en anderzijds feiten die *gevolg* zijn (schade) van slecht werkgeverschap.

54 Zie het cassatiemiddel, genoemd in de Conclusie, nr. 3.2.

55 De vordering tot uitbetaling van niet-opgenomen vakantie-uren was in cassatie niet meer aan de orde (zie r.o. 3.5 en de conclusie nr. 2.1.2). Zie evenzo Tulkens.

56 Het schema van Heerma van Voss en Van Slooten, *NJB* 2004, p. 1612 is in zoverre te beperkt dat het louter de nadruk legt op de juridische grondslag van de vordering, niet op de daartoe bijgebrachte feiten.

57 Zie ook de door Huydecoper geschetste rubrieken van casusposities in zijn Conclusie in *NJ* 2003, 231 (onderdelen 15-21). Huydecoper noemt niet het – waarschijnlijk zeldzame – geval waarin de werknemer in de op de ontbinding volgende bodemprocedure ten grondslag legt laakbaar handelen van de werkgever *in het kader van* die eerdere ontbindingsprocedure; vgl. HR 25 september 1998, *JAR* 1998/214 (*Tribulet/Albert Heijn*). Zie ook reeds A.G. van Marwijk Kooy in *ArbeidsRecht* 2000, 49.

Een aanspraak is in beginsel niet meer dan een vordering tot vergoeding van zeker gevolg (schade) op basis van een concrete wetsbepaling, gebaseerd op een zekere aanleiding (oorzaak). In dit verband hoeven van de oorzaken slechts te worden besproken feiten die tevens wanprestatie en dus schending van de norm van goed werkgeverschap inhouden: andere feiten kunnen immers geen grond vormen voor een tweede procedure op grond van wanprestatie. Te denken valt aan de volgende categorieën van feiten.

Allereerst feiten die een schending inhouden van concrete werkgeversverplichtingen die onmiddellijk bepaalde concrete schade tot gevolg hebben: bijvoorbeeld achterstand in uitbetaling van loon en (andere) vormen van niet-nakoming van een contractuele verplichting. De verschuldigdheid van zulke vorderingen is op basis van diverse bijzondere wetsbepalingen of contractuele afspraken onmiddellijk vast te stellen. Het gaat dan niet om de gevolgen van deze wanprestatie: de wanprestatie bestaat in zekere zin juist uit het zich voordoen van schade (te weten niet uitbetalen). Het feit zelf houdt de schade in. Aanspraken op grond van zulke feiten en zulke schade vallen in beginsel onder de Guérand-correctie. Zij staan geheel los van de ontbindingsprocedure. Dit geldt ook voor aanspraken die in de arbeidsovereenkomst zelf zijn neergelegd. Sterker nog: in beginsel geldt dit voor alle contractuele aanspraken jegens de werkgever uit enige overeenkomst, sociaal plan of CAO. Daarbij doet kennelijk – zo volgt uit het *Douwe Egberts*-arrest – niet ter zake of de contractuele aanspraak bij aanvang van de arbeidsovereenkomst is overeengekomen of in het kader van de ophanden zijnde beëindiging.<sup>58</sup>

Daarnaast zijn er feiten die schending van de eis van goed werkgeverschap inhouden, maar waaruit niet onmiddellijk volgt dat er een vergoeding moet worden betaald. Gedacht kan worden aan een werkgever die een beledigende opmerking maakt: dat behoort hij niet te doen, doch op zichzelf zal daar niet onmiddellijk aanwijsbare op geld waardeerbare schade uit zijn voortgevloeid. Het feit heeft dan geen schade tot gevolg. Dit feit biedt dan geen grond voor een tweede procedure op basis van wanprestatie; hoogstens zou het in de ontbindingsprocedure kunnen worden betrokken voor de bepaling van de mate van verwijtbaarheid. Het feit houdt dan in zoverre verband met de wijze van beëindiging: het valt onder de Baijings-regel.

Een derde categorie betreft de feiten die vrijwel onmiddellijk aanleiding geven tot het oordeel dat de arbeidsrelatie niet kan worden

58 Zie *Drankencentrale Waterland, De Zonnehof, Douwe Egberts*.

voortgezet: dit is met name verwijtbaar handelen dat in de buurt van een dringende reden komt.<sup>59</sup> De schade die daaruit ontstaat is normaliter voornamelijk de schade die voortvloeit uit het gevolg, te weten de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Voor zulke gevolgen van de beëindiging beoogt evenwel de ontbindingsvergoeding een vergoeding in te houden. Het is niet verwonderlijk dat de Hoge Raad aangeeft dat over het algemeen moet kunnen worden verondersteld dat al deze gevolgen naar billijkheid in de ontbindingsvergoeding zijn betrokken. Derhalve mag van zulke gevolgen worden aangenomen dat deze, ook zonder uitdrukkelijk genoemd te zijn, bij deze vergoeding zijn inbegrepen. Het ligt voor de hand dat zulke gevolgen (en dus de daarop gebaseerde aanspraken) moeten worden opgevat als verband houdend met de (wijze van) of gevolgen van beëindiging van de overeenkomst: zij vallen eveneens onder de Baijings-regel. Dit geldt met name voor schade die strikt gevolg is van de ontbinding: een voorbeeld is het vervallen van optierechten, hetgeen in het *Baijings*-arrest aan de orde was.<sup>60</sup> De ontbindingsvergoeding slokt de uit de beëindiging voortvloeiende aanspraken op.

Nauw verwant aan de vorige categorie en daar niet strikt van te onderscheiden zijn feiten die in een eerder stadium zijn voorgevallen, die op zichzelf wanprestatie opleveren en mede aanleiding waren voor de ontbinding, maar waar ook los van de ontbinding schade uit zou kunnen zijn voortgevloeid. Men kan denken aan een door de werkgever ontstane ziekte of geestelijke kwetsing. Het is dan voorstelbaar dat de gevolgen ook zonder de ontbinding voor vergoeding in aanmerking zouden zijn gekomen. Vallen zulke feiten onder de Baijings-regel?<sup>61</sup> Zulke feiten houden enig verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De gevolgen van die feiten (de schade) houden daar evenwel geen verband mee. De Guérand-correctie onderscheidt niet duidelijk tussen de feiten inhoudende *oorzaken* die aan de vordering ten grondslag worden gelegd (en waar samenloop vrijwel altijd voor mogelijk is) en de feiten inhoudende *gevolgen* (schade).

Omdat de Guérand-correctie spreekt over ‘aanspraken’ lijkt de doorslag te moeten geven of de schade, en dus niet de oorzaak, verband houdt met de wijze van of de gevolgen van de beëindiging. Relevant lijkt dus te zijn of de schade slechts voortvloeit uit de beëin-

59 Zie bijvoorbeeld de Hoge Raad in het arrest *Tulkens*, r.o. 3.4.2 en Conclusie nr. 3.41.

60 Ook bij HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 251 (*Intramco/Grotenhuis*).

61 Vgl. A.G. van Marwijk Kooy, *ArbeidsRecht* 2000, 49, p. 6, gevallen c en e.

diging als gevolg van de wanprestatie, of dat de schade ontstaat los van de beëindiging. Het *Douwe Egberts*-arrest steunt deze interpretatie: het gaat om een vordering die los van de ontbinding geldt. Ook wordt betoogd dat de aard van de aanspraken relevant is: ziekte of arbeidsongeschiktheid zou niet onder de Baijings-leer vallen.<sup>62</sup>

Tegen de hier gegeven uitleg spreekt dat de Hoge Raad ook de eis stelt dat de aanspraken zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking. Uit het arrest *Visser* lijkt te volgen dat de Hoge Raad hiertoe het moment van ontstaan van de schade (in casu niet-uitbetaling loon) bepalend acht: alleen de niet-uitbetaling vóór de ontbinding valt onder de Guérand-correctie. Dat zou betekenen dat schade uit ziekte slechts vergoed wordt voorzover deze vóór de ontbinding is opgekomen. Een dergelijke uitleg is ongewenst. Het ligt meer voor de hand dat de Hoge Raad de eis van 'ontstaan' uitlegt naar de aard van de vordering: voor vorderingen uit periodiek opkomende, separate verplichtingen is het moment van opkomen relevant, voor vorderingen die zijn gebaseerd op één voorval, maar waarvan de schade zich pas op de lange duur openbaart (zoals ziekte) is bepalend de oorzaak.<sup>63</sup>

Deze laatste categorie van feiten is derhalve het lastigst te plaatsen. Het *Douwe Egberts*-arrest lijkt een aanwijzing dat – ook buiten nakoming van contractuele afspraken – het criterium moet zijn of het gaat om een vordering die *onafhankelijk* van de ontbinding geldt, wat het hier verdedigde standpunt ondersteunt. Er moet bij de gevolgen van de wanprestatie een scheiding worden aangebracht tussen die gevolgen die los van ontbinding schade inhouden (bijvoorbeeld ziekte) en die gevolgen die alleen door de beëindiging zijn ontstaan en schade opleveren (zoals verlies aan inkomen). De Guérand-correctie wijst in die richting door niet te spreken over de oorzaken, maar over de aanspraken. Die aanspraken moeten zelf weer gegrond zijn in feiten van vóór de beëindiging, hetgeen strookt met de hier gegeven indeling. Deze theoretische indeling ten spijt is het niet mogelijk een dergelijke scheiding strikt te voltrekken. De oorzaak kan bijvoorbeeld verband houden met beëindiging, terwijl het gevolg dat niet doet (bijvoorbeeld niet-betaling van loon vlak voor het einde van de overeenkomst): behoort dit tot de hoofdregel of tot de uitzondering? De tekst van de Guérand-correctie wijst op het eerste. Problematisch

62 Aldus impliceren A.G. van Marwijk Kooy, in *ArbeidsRecht* 2000, 49 en Huydecoper in zijn Conclusie voor het arrest Van Ravenswade, nr. 18 en nt. 21. Vgl. ook J.M. van Slooten, *SR* 2001, p. 41 e.v.

63 Dit sluit aan bij de in het faillissementsrecht geldende regels over het ontstaansmoment van vorderingen.

zijn ook die gevallen waarin onduidelijk is waarvan bepaalde schade het gevolg is. De inkomensschade uit de beëindiging kan bijvoorbeeld groter worden als gevolg van ziekte of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid: in dat geval zou dat meerdere moeten worden toegerekend aan een feit dat reeds los van de ontbinding is ontstaan, maar welke schade zich pas realiseert vanwege de ontbinding. Nu de ontbindingsvergoeding er een is naar billijkheid, waarin geen differentiatie naar oorzaken en schadeposten wordt aangebracht, is een dergelijke onderverdeling ook niet goed mogelijk. Ons inziens zou deze schade, gelet op de aard ervan, niet in de ontbindingsprocedure thuis horen.

Voor deze laatste categorie van gevallen zou het nog het moeilijkst te verteren zijn als zij onder de ontbindingsvergoeding zouden vallen. Het zou aanbeveling verdienen als de ontbindingsrechter in voorkomend geval uitdrukkelijk aangeeft dat hij een zeker gevolg, als dat op de grens ligt, wel of niet heeft betrokken bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding. Daarmee komen we toe aan de betekenis van een en ander voor de rechtspraktijk.

## 9.5 Enige wenken voor de praktijk

Wat betekent de Baijings-leer bij de huidige stand van de rechtspraak nu voor de feitelijke praktijk? Wij volstaan met enkele korte opmerkingen, gericht tot zowel de rechter als de partijen. Allereerst een opmerking met betrekking tot de processuele consequenties.

### 9.5.1 *Processuele consequenties*

Zoals blijkt uit het arrest *Wienholts* (r.o. 3.4), zal de rechter, in het geval de vordering in de tweede procedure wordt onderbouwd met een grondslag waarvan op voorhand duidelijk is dat deze geheel onder de ontbindingsvergoeding behoort te vallen een niet-ontvankelijkheidsverklaring moeten uitspreken. Ook als de rechter na onderzoek van de stellingen van eiser in de tweede procedure tot de conclusie komt dat de stellingen geheel onder de ontbindingsvergoeding vallen, zal de niet-ontvankelijkheid moeten worden uitgesproken. Anders ligt het indien de stellingen weliswaar buiten het bereik van de hoofdregel van Baijings vallen, maar ongegrond blijken te zijn. In dat geval moet de rechter de vordering afwijzen.<sup>64</sup>

64 Zie ook HR 10 december 2004, *JOL* 2004, 657, *JAR* 2005/12.

Ontbindingsbeschikkingen hebben strikt genomen geen gezag van gewijsde.<sup>65</sup> Een van de gevolgen van de Baijings-leer doet echter aan dit leerstuk denken. De Baijings-leer houdt immers in dat bepaalde aanspraken slechts in de ontbindingsprocedure naar voren kunnen worden gebracht. Daaruit lijkt reeds te volgen dat als de werknemer een bepaalde aanspraak die in die procedure thuishoort daar niet heeft aangevoerd, en de rechter daar (dus) geen rekening mee heeft kunnen houden, hij deze aanspraak toch niet in een volgende procedure op grond van wanprestatie te gelde zou moeten kunnen maken. Hij heeft het dan immers aan zichzelf te wijten dat hij de rechter de gelegenheid heeft onthouden daar bij de bepaling van de vergoeding rekening mee te houden. Een andere opvatting zou tot gevolg hebben dat werknemers het zelf in de hand hebben in hoeverre zij nadien vorderingen kunnen instellen, wat strijdig is met de door de Hoge Raad in het *Baijings*-arrest aangegeven onwenselijkheid van een niet-integrale ontbindingsvergoeding.<sup>66</sup>

### 9.5.2 *Wenken voor de praktijk: de rechter*

De Baijings-leer is niet vrijblijvend: de toetsing aan de eisen van goed werkgeverschap in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst *dient* ten volle tot uitdrukking te komen in de ontbindingsvergoeding. Dat impliceert in de eerste plaats een opdracht aan de ontbindingsrechter. Hij heeft te beoordelen of er met betrekking tot de beëindiging sprake is van verwijtbaar handelen; zo ja, dan dient hij dergelijk handelen in de ontbindingsvergoeding te betrekken. In de wijze waarop hij dat doet, heeft de ontbindingsrechter een zeer grote mate van vrijheid.<sup>67</sup> Deze medaille heeft echter ook een

65 Zie bijvoorbeeld HR 23 april 1993, *NJ* 1993, 505 en HR 16 april 1999, *JAR* 1999/104.

66 Zie in dezelfde zin J.J.M. de Laat, *ArbeidsRecht* 1999, 40, p. 38, J.M. van Slooten, *SR* 2001, p. 346. Huydecoper in zijn Conclusie voor het *Guérand*-arrest (onder 13) en Rb. Amsterdam 15 december 1999, *JAR* 2000/9. De bewoordingen van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest *Drankencentrale Waterland* zijn in dit verband wat verwarrend, omdat daaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat het partijen zou vrijstaan bepaalde relevante aspecten al dan niet in de ontbindingsprocedure aan de orde te stellen (onderdeel 13). Voor de goede orde wijzen wij er echter op dat het in die kwestie ging om een *contractuele* aanspraak, welke *per definitie* naast de ontbinding te gelde kan worden gemaakt – aan ‘Baijings’ komt men dan niet toe.

67 Vgl. HR 15 december 2000, *JAR* 2001/14 (*Intramco/Grotenhuis*), in welk geval de kantonrechter bij wijze van vergoeding aan de werknemer het recht had toegekend om ook na de ontbindingsdatum gebruik te blijven maken van de optieregeling.

keerzijde. De kantonrechter zal zich niet moeten begeben buiten de grenzen van de Guérand-correctie. Met andere woorden: hij dient niet te beoordelen of er daarbuiten sprake is van verwijtbaar handelen of van niet-nakoming van andere verplichtingen, zodat de vergoeding daar ook geen betrekking op kan hebben. Voorzover hij bekend is met andere contractuele verplichtingen moet hij ervan uitgaan dat deze zullen worden nagekomen, tenzij aanmerkelijk wordt gemaakt dat zulks in casu niet mag worden verwacht – aldus leert het arrest *Drankencentrale Waterland*.<sup>68</sup>

Uit het voorgaande volgt dat de rechter die in de ontbindingsprocedure oordeelt, zich goed bewust moet zijn van de aanspraken die door de werknemer zijn aangevoerd. Voorzover het aanspraken betreft die niet onder de Guérand-correctie vallen – die dus zijn ontstaan rond de beëindiging, die verband houden met de (wijze van) beëindiging en de gevolgen daarvan – wordt de ontbindingsvergoeding geacht tot vergoeding van die aanspraken te strekken. Indien de rechter wenst dat een zekere aanspraak daarbuiten blijft en in een volgende procedure kan worden onderzocht, zal hij dit in zijn uitspraak uitdrukkelijk moeten aangeven.<sup>69</sup>

Voor aanspraken die wel onder de Guérand-correctie vallen, geldt het omgekeerde. Als de rechter dergelijke aanspraken toch onder de ontbindingsvergoeding wil brengen (waarbij hij ons inziens terughoudendheid moet betrachten), zal hij in zijn uitspraak uitdrukkelijk moeten aangeven dat hij dat doet, en welke aanspraken dat betreft. Indien hij dat nalaat, zal de volgende oordelende rechter ervan uit moeten gaan dat de ontbindingsvergoeding niet strekt tot vergoeding van deze aanspraken.<sup>70</sup> In deze situatie bestaat aldus het risico dat de werkgever twee keer voor dezelfde vordering moet betalen – en dat is uiteraard ongewenst. Dit risico wordt vermeden indien de ontbindingsrechter zijn beschikking inzichtelijk motiveert, juist ook ter zake van de omvang van de billijke vergoeding.<sup>71</sup>

Hoe dan ook kan de ontbindingsrechter niet verhinderen dat de werknemer in een vervolprocedure op grond van wanprestatie opnieuw vergoeding vordert van deze tweede categorie van aanspraken.

68 HR 2 april 2004, *RvdW* 2004, 58, r.o. 4.1.3 slot.

69 Aldus het arrest *Baijings*.

70 Arrest *Visser* (r.o. 3.3.2, vgl. Conclusie onderdeel 3.2, verwijzend naar het middel), alsook het arrest *Guérand*, r.o. 3.5.

71 Dat motiveringsgebreken niet leiden tot doorbreking van het appèlverbod (HR 23 juni 1995, *NJ* 1995, 661) staat hier los van. Vgl. ook art. 2.2 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters.



De volgende rechter zal de vordering niet zonder meer mogen afwijzen; hij kan niet meer doen dan in zijn uitspraak rekening houden met de eerdere vergoeding voorzover die tot vergoeding van deze aanspraak strekte<sup>72</sup>, op voorwaarde dat het debat van partijen daartoe aanleiding gaf.<sup>73</sup> De alsdan oordelende rechter zal in zijn uitspraak ook moeten aangeven welke feiten volgens hem blijkens de eerdere uitspraak niet onder de ontbindingsvergoeding zijn begrepen. Gaat het in die tweede procedure om nakoming van een contractuele verplichting, dan kan afwijzing van die vordering wegens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid slechts bij hoge uitzondering op haar plaats zijn: alleen als toewijzing naar die maatstaven onaanvaardbaar zou zijn (vgl. art. 6:248 lid 2 BW). Daarbij is relevant of partijen er rekening mee hebben gehouden dat bijvoorbeeld naast een afvloeiingsregeling een ontbindingsvergoeding kon worden vastgesteld.<sup>74</sup>

### 9.5.3 *Wenken voor de praktijk: de partijen*

Uit de analyse van de Guérand-correctie blijkt dat het aanbeveling verdient dat de werknemer bij zijn stellingen in de ‘vervolgprocedure’ duidelijk aangeeft of en, zo ja, in hoeverre er sprake is van oorzaken die dateren van vóór de beëindiging, die daar geen of onvoldoende verband mee houden en die gevolgen hebben los van de beëindiging. De aanspraken die daarentegen behoren te vallen onder de ontbindingsvergoeding kunnen slechts in de ontbindingsprocedure te gelde worden gemaakt, zodat er geen reden is daar terughoudendheid in te betrachten. Zo nodig kan de werknemer verzoeken om een complexe vordering die op zichzelf niet onder de Guérand-correctie valt, zoals de optieaanspraken in het geval van Baijings, expliciet buiten beschouwing te laten.

In het waarschijnlijk niet alledaagse geval waarin de arbeidsovereenkomst zelf een afvloeiingsregeling kent – zoals aan de orde was in de zaak van de Drankencentrale Waterland – doet de werkgever er goed aan in de ontbindingsprocedure melding te maken van dat contractuele beding. Hij kan in dat geval de kantonrechter bijvoorbeeld verzoeken bij het vaststellen van de vergoeding te bepalen dat daarop in mindering komt datgene waarop de werknemer uit hoofde van

72 Aldus het arrest *Guérand*.

73 HR 2 april 2004, *RvdW* 2004, 58 (*Drankencentrale Waterland*), r.o. 4.1.3.

74 *Idem*.

de contractuele afspraak aanspraak kan maken. Laat hij dat na, dan loopt hij het reële risico dat hij behalve een ontbindingsvergoeding na een vervolprocedure ook nog de contractuele vergoeding verschuldigd zal zijn. De rechter die in die vervolprocedure oordeelt, kan de werkgever deze aanspraak immers slechts onthouden indien toewijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ook in de – stellig wél alledaagse – gevallen waarin werkgever en werknemer pas in de aanloop naar een beëindiging een vergoeding overeenkomen zal de werkgever zo nodig<sup>75</sup> melding moeten maken van de contractuele afspraken ter zake. Uit het *Douwe Egberts*-arrest kan immers worden afgeleid dat niet van belang is of de beëindigingsvergoeding vooraf of achteraf is overeengekomen. Beter nog is het in dergelijke gevallen reeds in de contractuele bepaling zelf een voorziening op te nemen die de verhouding met een eventuele ontbindingsvergoeding regelt.<sup>76</sup>

Intussen sluiten wij niet de ogen voor het feit dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is tot welke categorie in verband met Baijings en Guérand bepaalde feiten behoren, zeker waar het gaat om de hierboven als laatste besproken categorie feiten.<sup>77</sup> Denkbaar is hoe dan ook dat werknemers in dit verband zullen trachten hun vordering tot schadevergoeding in de ‘vervolprocedure’ zo veel mogelijk te baseren op een specifiekere grondslag dan louter het goed werkgeverschap, om daarmee het verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te camoufleren.<sup>78</sup> Te denken valt bijvoorbeeld aan art. 7:658a, dat de werkgever de verplichting oplegt mee te werken aan de reïntegratie van de zieke werknemer. Waar de kantonrechter op zichzelf

75 Bijvoorbeeld indien bij het verloop van de – meestal pro forma – ontbindingsprocedure complicaties ontstaan, zoals een werknemer die alsnog inhoudelijk verweer voert of een hogere vergoeding dan overeengekomen verzoekt. De vraag rijst overigens wat rechtens is indien zo’n hogere ontbindingsvergoeding dan overeengekomen wordt toegekend. Kan de werkgever de executie van die beschikking tegenhouden met een beroep op de getroffen regeling? Zo ja, hoe verhoudt zich dat dan met de niet te beperken vrijheid van de ontbindingsrechter om de hoogte van de vergoeding vast te stellen (vgl. HR 2 april 2004, *RvdW* 2004, 58)? Op die vragen kunnen wij hier niet verder ingaan.

76 Zie de suggestie van de Hoge Raad in zijn arrest van 2 april 2004, *RvdW* 2004, 58 (*Drankcentrale Waterland*), r.o. 4.1.3.

77 A-G Huydecoper spreekt in zijn Conclusie voor het *Guérand*-arrest van een ‘lastige opgave’ (onderdeel 17). In zijn Conclusie voor het *Van Ravenswade*-arrest refereert hij in dit verband aan een ‘glijdende schaal’ zonder ‘scherp te trekken’ grenzen (onderdelen 20 en 21).

78 Zie D.J. Buijs in *SR* 2004, 4, p. 23.

de vrijheid heeft bij de ontbinding rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, is het omgekeerd evenwel ook mogelijk om aanspraken die onder de Guérand-correctie vallen juist wel in de ontbindingsprocedure op te voeren, zodat de ontbindingsrechter deze eenvoudigheidshalve kan meenemen. Partijen zijn dan immers op de kortst mogelijke termijn definitief van elkaar verlost – en in de praktijk is dat vaak te verkiezen.<sup>79</sup>

## 9.6 Ten slotte

De Baijings-leer kan deels worden gezien als een gevolg van de ontwikkeling die de ontbindingsvergoeding van (thans) art. 7:685 heeft doorgemaakt. Pas met het toenemende belang van het element van verwijtbaarheid voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding werd de vraag naar de mogelijkheden van samenloop met schadevergoeding wegens wanprestatie relevant. De Baijings-leer vormt een restrictief antwoord op die vraag. De Guérand-correctie heeft die leer vervolgens weer van zijn scherpste kanten ontdaan. In de loop van de zeven jaren rechtsontwikkeling op dit punt is ook de verhouding tussen ontbindingsvergoeding en contractuele beëindigingsvergoeding in het strijdperk betrokken.

Zowel in oktober 1997 als in december 2004 speelde Douwe Egberts de rol van werkgever in de Baijings-jurisprudentie. Het is verleidelijk om daarin een afgeronde cirkel te zien, alsof de Baijings-leer met het arrest van 10 december 2004 is uitontwikkeld. Dat zal niet het geval blijken te zijn: de rechtspraktijk zal ongetwijfeld nog het nodige met de grenzen van de Baijings-leer te stellen hebben. De faam van Baijings duurt vooralsnog dus voort.

79 Evenzo G.J.J. Heerma van Voss, noot sub 4 bij *NJ* 2004, 174.



# Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

- 1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.  
ISBN 90 14 02854 7
- 2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?  
ISBN 90 14 02863 6
- 3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.  
ISBN 90 14 02949 7
- 4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.  
ISBN 90 14 03031 2
- 5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.  
ISBN 90 14 03103 3
- 6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.  
ISBN 90 14 03149 1
- 7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.  
ISBN 90 14 03178 5
- 8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.  
ISBN 90 14 03352 4

- 9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.  
ISBN 90 14 03439 3
- 10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.  
ISBN 90 6092 191 7
- 11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.  
ISBN 90 6092 203 4
- 12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.  
ISBN 90 6092 262 X
- 13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.  
ISBN 90 6092 308 1
- 14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.  
ISBN 90 6092 388 X
- 15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.  
ISBN 90 6092 407 X
- 16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.  
ISBN 90 6092 437 1
- 17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.  
ISBN 90 6092 671 4
- 18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.  
ISBN 90 6092 678 1
- 19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.  
ISBN 90 6092 772 9

- 20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.  
ISBN 90 6092 782 6
- 21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrif en sanctie samenloop in de sociale zekerheid.  
ISBN 90 6092 826 1
- 22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk.  
ISBN 90 6092 843 1
- 23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.  
ISBN 90 6092 876 8
- 24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.  
ISBN 90 312 1416 2
- 25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.  
ISBN 90 312 1462 0
- 26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, Medezeggenschap op Europees niveau.  
ISBN 90 312 1614 3
- 27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.  
ISBN 90 312 1763 8
- 28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.  
ISBN 90 2683 532 9
- 29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.  
ISBN 90 2683 577 9

- 30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.),  
Arbeidsrecht in internationaal perspectief.  
ISBN 90 2683 820 4
- 31 Mr. C.G. Scholtens (red.), Ontslagrecht volgens ADO.  
ISBN 90 2683 867 0
- 32 Dr. A.G. Nagelkerke, Dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Arbeidsver-  
houdingen in ontwikkeling.  
ISBN 90 Y00 1586 5
- 33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een  
nieuw spoor?  
ISBN 90 130 1659 6





Vereniging voor Arbeidsrecht

Secretaris mevr. mr. P. de Casparis  
Postbus 525, 2700 AM Zoetermeer

Administratie mevr E.M. Clarijs  
Postbus 132, 3440 AC Woerden  
telefax 0348 496566

ISBN 90-13-02813-6  
NUR 825-502



9 789013 028133 >

Uitgeverij Kluwer, Deventer