

Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht

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

2^e druk



VERENIGING VOOR
ARBEIDSRECHT

Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het
arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht
nr. 29

Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht

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

2e druk

Uitgeverij Kluwer Deventer 1999

Aanbevolen citeertitel

Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht,
Reeks VvA 29, Deventer 1999.

Secretariaat VvA

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

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Noorwegen

Editing: E.J. Heppner-Wentink

ISBN 90 2683 577 9

© 1999 Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopie, opname, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijk toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van een of meer gedeelten van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te richten tot: Vereniging voor Arbeidsrecht, Postbus 132, 3440 AC Woerden.

Inhoudsopgave

Voorwoord	ix
Lijst van afkortingen	xi
Inleiding	1

HOOFDSTUK 1

Het leerstuk van het goed werkgeverschap

1.1 Toenemend beroep op goed werkgeverschap	3
1.2 Goed werkgeverschap als vage norm	6
1.3 Verhouding tot algemeen privaatrecht	13
1.4 Verhouding tot goed werknemerschap	17
1.5 Sanctionering	19
1.6 Collectieve aspecten	25
1.7 Door de constructie heen zien	31
1.8 Pre- en post-contractuele werking	33
1.9 Drie zijden van goed werkgeverschap	34

HOOFDSTUK 2

Toetsing van werkgevershandelen

2.1 Beginselen van goed werkgeverschap	
2.2 Zorgvuldigheidsbeginsel	40
2.3 Zuiverheid van oogmerk	50
2.4 Motiveringsbeginsel	57
2.5 Vertrouwensbeginsel	60
2.6 Evenredigheidsbeginsel	65
2.7 Gelijkheidsbeginsel	67
2.8 Conclusie	70

HOOFDSTUK 3

Nieuwe arbeidsrechtelijke onderwerpen

3.1	Inleiding	73
3.2	Recht op tewerkstelling	73
3.3	Combinatie werknemerschap/ouderschap	90
3.4	Arbeidsomstandigheden	96
3.5	Seksuele intimidatie	101
3.6	Proeftijd	103
3.7	Pensioen	106
3.8	Grondrechten	107
3.9	Functiewaardering	113
3.10	Klachtrecht	115
3.11	Verlof	116
3.12	Overwerkvergoeding	116
3.13	Conclusie	116

HOOFDSTUK 4

Aanpassing van de arbeid

4.1	Inleiding	119
4.2	Wijziging van arbeidsvoorwaarden	121
4.3	Taakwijziging	130
4.4	Overplaatsing	133
4.5	Functieverlaging	135
4.6	Werkaanpassing gehandicapten	137
4.7	Structuurwijziging onderneming	143
4.8	Scholing	145
4.9	Conclusie	148

HOOFDSTUK 5

De toekomst van het goed werkgeverschap

5.1	Inleiding	151
5.2	Uitwerking een taak voor de wetgever of de sociale partners	151
5.3	Regeling van nieuwe onderwerpen in de wet	153

INHOUDSOPGAVE

5.4	De kwaliteit van de arbeidsrechtelijke wetgeving . . .	155
5.5	Het arbeidsrecht als open systeem	156
5.6	Conclusie	158
Rechtspraakregister		161

Voorwoord

Op de drempel naar het jaar 2000 biedt het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht u gaarne dit vernieuwde boekwerk over goed werkgeverschap aan.

Het Nederlandse arbeidsrecht zou steeds meer "case-law" worden, zo wordt (mopperend) gefluisterd. Deels zou dat komen door de (rechterlijke benutting van) open normen zoals billijkheid in artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en goed werkgeverschap (en goed werknemerschap) in artikel 7:611 BW. Tussen de regels door bevat de fluistering over het case-law karakter van het Nederlandse arbeidsrecht ook de mededeling dat uitspraken over arbeidsrechtelijke zaken steeds minder voorspelbaar zijn.

Prof. G.J.J. Heerma van Voss heeft ruim vijf jaar geleden in zijn boekje "Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht" (Reeks VvA nr. 17) de eerste schreden gezet op het pad van catalogisering en systematisering van het gebruik van de norm van goed-werkgeverschap. Dat "boekje" is nu een volwaardig boek geworden met circa 200 bladzijden. Vast lijkt daarmee te staan dat goed-werkgeverschap steeds vaker in de rechtspraak benut wordt. De praktijk zal verder uitwijzen of het vernieuwde boek van Heerma van Voss er toe bij zal dragen dat het toenemende gebruik van het goed-werkgeverschap ingekaderd en zelfs ingesnoerd wordt, opdat rechterlijke uitspraken in geringere mate onvoorspelbaar worden. Of zal goed werkgeverschap als equivalent van redelijkheid en billijkheid de enige echte open norm in het Nederlandse arbeidsrecht worden? En Heerma van Voss' boek 400 pagina's bevatten in 2005?

J.J.M. de Laat
voorzitter VvA

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat-Generaal
Arbo- art.	Arbeidsomstandigheden- artikel
ava	algemene vergadering van aandeelhouders
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	collectieve arbeidsovereenkomst
HR	Hoge Raad der Nederlanden
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
ILLR	International Labour Law Reports
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
KG	Kort Geding
Ktg.	Kantongerecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-Bull.	Bulletin van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
OK	Ondernemingskamer
or	ondernemingsraad
Prg.	Praktijkgids
Rb.	Arrondissementsrechtbank
RBA	Rechterlijke Beslissingen inzake de Arbeidsovereenkomst
RGB	Rechtspraak Gelijke Behandeling
RN	Rechtspraak Nemesis
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid

LIJST VAN AFKORTINGEN

TVVS	Tijdschrift voor Verenigingen, Vennootschappen en Stichtingen
WGB	Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen
WvK	Wetboek van Koophandel

Inleiding

Met de introductie van de norm van goed werkgeverschap werd destijds beoogd het de rechter mogelijk te maken het arbeidsrecht 'bij de tijd' te houden. Het doel van dit preadvies is om aan de hand van de rechterlijke uitspraken te analyseren of deze doelstelling tot haar recht komt.¹

In de eerste druk van dit preadvies uit 1993 werd de tendens gesignaleerd dat over de norm van goed werkgeverschap steeds meer rechterlijke uitspraken werden gepubliceerd. Sedertdien heeft deze ontwikkeling zich versterkt voortgezet. Dit verklaart het betrekkelijk unieke verzoek van het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht om een herziene, tweede druk van het preadvies te verzorgen. Van deze gelegenheid is niet alleen gebruik gemaakt om die nieuwe jurisprudentie in de tekst te verwerken, maar ook om de beschouwingen te actualiseren, onder meer door deze aan te passen aan de invoering van titel 7.10 over de arbeidsovereenkomst in het Nieuw Burgerlijk Wetboek en enkele latere wijzigingen in deze titel. Tevens kon gebruik worden gemaakt van de bespreking van het preadvies in de vergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht op 22 april 1993.

De opzet van het preadvies is in grote lijnen ongewijzigd gebleven. In het eerste hoofdstuk wordt het leerstuk van het goed werkgeverschap in het algemeen besproken. Met name komen het karakter van vage norm, de plaatsbepaling tegenover verwante juridische begrippen, de sanctionering en collectieve aspecten aan de orde. In de drie volgende hoofdstukken wordt de rechtsontwikkeling in kaart gebracht vanuit drie gezichtspunten: de procedure bij het nemen van beslissingen door

1 De gepubliceerde rechtspraak over goed werkgeverschap die voor dit preadvies is gebruikt betreft met name die van de laatste decennia en is verwerkt tot 1 oktober 1999.

de werkgever, nieuwe arbeidsrechtelijke thema's die zijn geïntroduceerd en ten slotte de wijze waarop veranderingen in de arbeid worden ingevoerd. De nadruk ligt hierbij op de vraag in hoeverre nieuwe rechtsregels uit de rechtspraak kunnen worden afgeleid. Tenslotte worden gedachten ontwikkeld over de toekomst van het goed werkgeverschap en over de vraag hoe deze norm verder kan bijdragen tot vernieuwing van het arbeidsrecht.

Het leerstuk van het goed werkgeverschap

'Wanneer over 20, 30 jaren inderdaad de zeden en gewoonten, de denkbeelden en inzichten veranderd zijn, zal men zich gelukkig prijzen, dat men een artikel bezit, dat den rechter veroorlooft met die wijziging van inzichten rekening te houden, dat hij niet zal behoeven te klagen: ik kan niet anders, omdat de Wetgevende Macht de wetboeken niet herziet, maar dat hij verder kan zeggen: hier heb ik een artikel, dat mij de gelegenheid opent bij te blijven bij de opvattingen van mijn tijd.'

H.L. Drucker, ontwerper van de Wet op de arbeidsovereenkomst¹

1.1 Toenemend beroep op goed werkgeverschap

De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Aldus luidt sinds 1997 de tekst van art 7:611 BW. Tot die tijd waren deze verplichtingen verspreid over twee artikelen. Sinds 1909 had artikel (7A:) 1638z BW geluid: 'De werkgever is in het algemeen verplicht al datgene te doen en na te laten, wat een goed werkgever in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten'. Kortweg kan worden gesproken over de eis van goed werkgeverschap.

De gepubliceerde jurisprudentie over deze norm is de laatste decennia gegroeid en aangenomen mag worden dat dit overeenkomt met een

¹ A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst III*, 's-Gravenhage: Belinfante 1908, p. 380.

stijgend aantal uitspraken in het algemeen.² In de eerste druk van dit preadvies werd deze ontwikkeling toegeschreven aan drie oorzaken.

De *eerste* reden was de weinig actieve houding van de wetgever op het gebied van het arbeidsrecht in de jaren tachtig. Het accent in de arbeidsrechtelijke rechtsvorming verschoof daardoor naar de rechter. Die werd gevraagd om knelpunten op te lossen, waarbij wegens gebrek aan concrete aanknopingspunten in de wet een beroep werd gedaan op de vage norm van goed werkgeverschap. De hiervoor geciteerde uitspraak van de ontwerper van de Wet op de arbeidsovereenkomst, H.L. Drucker, dat men dankzij deze norm niet op de wetgever zou behoeven te wachten indien deze niet snel genoeg nieuwe wetten maakte, werd daarmee (zij het een halve eeuw later dan hij had voorzien³) bewaarheid. Sinds het aantreden van het kabinet-Kok in 1994 is er intussen sprake van een actiever wetgevingsbeleid op het gebied van het arbeidsrecht. Niettemin blijven er ook nu diverse onderwerpen wettelijk ongeregeld, ook als in de praktijk sprake is van knelpunten en onduidelijkheden.⁴

Een *tweede* oorzaak werd gevormd door de algemene maatschappelijke tendens dat burgers in toenemende mate een beroep doen op de rechter voor de oplossing van geschillen. In dezelfde periode waarin het goed werkgeverschap meer werd ingeroepen heeft ook de jurisprudentie over redelijkheid en billijkheid in het algemeen verbintenissenrecht een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. En dit sluit weer aan bij een bredere rechtsontwikkeling, zowel hier te lande als daarbuiten.⁵ Enerzijds blijkt de wetgever niet in staat alle maat-

2 Vgl. voor de Amsterdamse rechtbank R.C. Gisolf, 'De goede werkgever' in: *Arbeid in kort geding (Borgerhoff Mulder-bundel)*, Deventer: Kluwer 1983, p. 33-52, 34.

3 Na vijftientwintig jaar was er nog weinig gebruik van gemaakt, vgl. Marius G. Levenbach, De wet op de arbeidsovereenkomst en het nieuwere arbeidsrecht, *RBA XIX*, p. 83-86, 86; ook in: J.R.H. van Schaik e.a., *Vijf en twintig jaar Wet op de Arbeidsovereenkomst 1909-1934*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1934, p. 14-23, 23; herdrukt in: *Arbeidsrecht, een bundel opstellen van prof. mr M.G. Levenbach*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1951, p. 157-165, 164-165.

4 Zo worden in de notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht' van de Ministers van Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid zulke knelpunten wel gesignaleerd, maar heeft dit geen aanleiding gegeven om tot wetgeving over te gaan (*Kamerstukken II* 1996/1997, 25 426, nr. 1).

5 Vgl. Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper & Row 1978.

schappelijke kwesties in de wet te regelen. De rechter is er aan gewend geraakt leemtes te moeten vullen en is geleidelijk de schroom kwijtgeraakt om van vage normen gebruik te maken. De rechter heeft een onafhankelijker opstelling tegenover de wetgever gekregen, zozeer zelfs dat wordt verdedigd dat rechter en wetgever gelijkwaardige rechtsvormers zijn geworden.⁶ Anderzijds worden burgers mondiger en vechten zij geschillen sneller voor de rechter uit. De verzorgingsstaat heeft werknemers bewuster gemaakt van hun rechten en die eisen zij ook eerder op van hun werkgever. Daardoor is een grotere behoefte ontstaan aan vage normen, aan de hand waarvan de behoorlijkheid van het handelen van burgers ten opzichte van elkaar kan worden getoetst. Ook het toegenomen gebruik van het kort geding heeft hierbij een belangrijke rol gespeeld. In het arbeidsrecht heeft de norm van goed werkgeverschap, met name in kort geding of bij een verzoek om een voorlopige voorzieningen bij de kantonrechter, ongeveer dezelfde functie als die van de onrechtmatige daad in het algemeen verbintenissenrecht: men kan er elk geschil onder brengen. Er lijkt bovendien een, soms wat overdreven lijkende, tendens te zijn ontstaan om goed werkgeverschap in veel zaken te betrekken, ook als de wet al voorziet in een regeling, bijvoorbeeld in het ontslagrecht.

Ten derde werd gewezen op de sinds de jaren zeventig toegenomen kwantiteit en kwaliteit van de rechtshulp in arbeidszaken. De opkomst van de sociale rechtshulp is een belangrijke stimulans geweest voor de verhoging van het aantal arbeidsrechtelijke procedures. De overheid heeft dit mogelijk gemaakt door een belangrijke uitbreiding van de middelen voor gefinancierde rechtshulp, ook al zijn daar nu grenzen aan gesteld. Een jonge generatie van rechtshulpverleners heeft de verdieping van de sociale rechtsgebieden energiek aangepakt, waarbij de mogelijkheden van het arbeidsrecht creatief zijn gebruikt. Deze tendens is gevolgd door een toegenomen aandacht voor het arbeidsrecht van de juridische literatuur en de juridische opleidingen.

Met dit preadvies is getracht meer lijn te brengen in de vele uitspraken die in de laatste decennia rond het goed werkgeverschap

6 A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer', AA 1992, p. 680-697 (bijzonder nummer *Rechter en politiek*, Nijmegen: Ars Aequi 1992, p. 24-41).

zijn geweest. Daarmee kon tevens worden nagegaan of en zo ja, welke vernieuwing van het arbeidsrecht door deze uitspraken is tot stand gekomen.

1.2 Goed werkgeverschap als vage norm

De norm van goed werkgeverschap is een zogeheten 'vage norm'. Zij is te omschrijven als prescriptieve norm zonder voorbeelden, en die zijn erg vaag: op de schaal van Rood volgen zij direct op de volledig blanco norm.⁷ De voordelen van de vage norm zijn bekend. Door het gebruik van vage normen blijft het recht beheersbaar in een toenemend complexe samenleving. Zij geven algemene criteria waaronder tal van verschillende problemen kunnen worden samengevat, zodat de regelgeving niet onoverzienbaar behoeft te worden.⁸ En zij geven ruimte voor rechtsontwikkeling en om af te wijken van onredelijk uitvallende wettelijke of contractuele regels.

Reflexwerking. Vage normen kunnen ook worden benut om te komen tot 'reflexwerking'. Zo kunnen normen waaraan wel gezag toekomt, maar die niet direct doorwerken in de verhouding tussen werkgever en werknemer via de norm van goed werkgeverschap toch invloed hebben.⁹ Dit geldt bijvoorbeeld voor

- *Algemene Rechtsbeginselen*

Art. 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. De Hoge Raad heeft de toepassing van dit artikel in het kader van goed werkgeverschap uitdrukkelijk erkend, waar het ging om de toepassing van het beginsel

7 Hij spreekt van een 'driekwart vage norm', M.G. Rood, 'Over vage normen in het sociaal recht', in: *Gratia Commerci* (A. van Oven-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 225-253, 237.

8 Vgl. G.J.H. van Hoof, *Normvervaging en rechtsbeginsel*, Deventer: Kluwer 1987.

9 Zie over deze functie uitvoerig M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

van gelijke beloning voor gelijk werk.¹⁰ Volgens de toelichting bij art. 3:12 BW heeft het noemen van de gemelde gezichtspunten mede tot gevolg dat de rechter bij zijn verwijzing naar het ongeschreven recht wordt genoopt aan te geven welke belangen en welke rechtsbeginselen hij heeft laten meewegen.¹¹ Dit kan bijdragen tot het aanscherpen van de norm van goed werkgeverschap.

- *Grondrechten*

Men zie hiervoor nader par. 3.8.

- *Niet rechtstreeks werkende internationale normen*

Voor de normen van de Internationale Arbeidsorganisatie kan hierbij als bijzonder argument gelden, dat werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers bij de totstandkoming zijn betrokken.¹²

- *Gezaghebbende juridische interpretaties*

Zo werd (via andere bepalingen) in het arbeidsrecht gezag toegekend aan de Conclusies van het Comité van Deskundigen bij het ESH¹³ en aan de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling.¹⁴

- *Niet rechtstreeks bindende gedragscodes*

Men kan denken aan de OESO-Gedragsregels voor Multinationale ondernemingen,¹⁵ maar ook aan algemeen aanvaarde codes voor sollicitaties en keuringen of door de onderneming zelf aanvaarde gedragscodes.

Schakelbepaling. Art. 7:611 BW kan ook fungeren als 'schakelbepaling' naar wetbepalingen

- die geen eigen nalevingssysteem kennen

Bijvoorbeeld de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen en de Algemene Wet Gelijke Behandeling. Bij deze wetten is

10 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, *Prg.* 1994, nr. 4081 (Agfa/Schoolderman).

11 Memorie van Toelichting, in: *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1036.

12 Vgl. noot E.A. Alkema bij HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350 (Islamitische feestdag).

13 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (NS/Vervoersbonden).

14 HR 13 november 1987, *NJ* 1989, 698, *NJCM-Bull.* 1988, p. 90, *SMA* 1988, p. 724, *RGB II*, 8 (Sint Bavo/Gielen).

15 Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71 (Batco 2) benutte deze voor de uitleg van de vage norm van 'wanbeleid' in het enquêterecht.

uitdrukkelijk beoogd dat handhaving ten dele zou verlopen via het individuele arbeidsovereenkomstenrecht.

- die geen handhavingssysteem kennen voor de individuele arbeidsrelatie

Bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet. Deze kent vooral een collectieve handhaving via de ondernemingsraad en de Arbeidsinspectie. Toch kunnen werknemers belang hebben bij een individueel beroep op bepalingen uit deze wet. Zie nader par. 3.4.

- die uitdrukkelijk niet van toepassing zijn verklaard op de arbeidsovereenkomst

Dit geldt bijvoorbeeld voor de regeling van de Algemene Voorwaarden (art. 6:231-247 BW). In art. 6:245 BW is bepaald dat deze regeling niet van toepassing is op de individuele en collectieve arbeidsovereenkomst. Het argument daarvoor was dat daaraan geen behoefte zou bestaan, terwijl het zou kunnen leiden tot rechtsongelijkheid tussen wel en niet aan een cao gebonden werknemers. Deze argumentatie is (zeker voor de individuele arbeidsovereenkomst) niet sterk.

Als gevolg hiervan is een beding in de arbeidsovereenkomst niet vernietigbaar op grond van art. 6:233 BW op de enkele grond dat het voorkomt op de 'zwarte' lijst van onredelijk bezwarende bedingen van art. 6:236 BW. Wel kan een dergelijk beding uiteraard op basis van strijd met goed werkgeverschap worden aangevochten. Het verschil is dan, dat de stelplicht en bewijslast dat het beding onredelijk is in beginsel bij de werknemer berusten.¹⁶ Hierbij is overigens niet uitgesloten dat de rechter op grond van de analogie met de regeling van de algemene voorwaarden een dergelijk beding (bijvoorbeeld dat de bewijslast onredelijk verdeelt of de werkgever de bevoegdheid geeft bindende beslissingen te nemen omtrent de nakoming van de arbeidsovereenkomst) kritischer beziet dan andere bedingen en in voorkomende gevallen kan hij aanleiding zien om de bewijslast op de voet van art. 177 Rv. op grond van redelijkheid en billijkheid toch op de werkgever te leggen.

16 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 533 (Hooijen/De Tilburgsche Hypotheekbank).

Ten slotte kan het artikel de verbinding leggen tussen individueel en collectief arbeidsrecht. Zie hierover nader par. 1.6.

Het model van wetgeving waarbij de rechtsbetrekking in de wet of het contract volledig wordt afgebakend voldoet in de huidige samenleving niet meer. Het oude ideaal van de codificatie, dat de burger het recht uit de wet kan kennen, vereist 'hard, fast rules'. Deze leveren wel rechtszekerheid op, maar kunnen leiden tot onbillijkheid. Zij laten te weinig ruimte voor het vinden van het evenwicht tussen deze twee eisen van recht. Een arbeidsovereenkomst veronderstelt een zeker belangenevenwicht tussen de partijen. Wanneer op grond van de letter van het contract dit evenwicht verstoord zou raken biedt de norm van goed werkgeverschap een correctiemogelijkheid. Langs deze weg kunnen algemene fatsoensnormen worden ingebracht. Een vergelijkbare ontwikkeling deed zich voor in het algemeen verbintenissenrecht.¹⁷

Men kan het ook anders zeggen. Ons contractenrecht is sterk ontwikkeld vanuit het model van het koopcontract, terwijl de arbeidsovereenkomst veeleer het karakter heeft van een duurovereenkomst. Deze regelt niet zozeer een eenmalige uitruil van vermogensbestanddelen, maar roept een *rechtsbetrekking* tussen twee partijen in het leven. Het oordeel van de rechter ingeval van geschillen aangaande deze rechtsbetrekking betreft dan ook dikwijls niet in de eerste plaats de uitleg van het contract, alswel de beoordeling van wat de partijen in het licht van hun onderlinge relatie in redelijkheid van elkaar mogen verwachten.¹⁸ Deze toetsing is mogelijk via de norm van goed werkgeverschap. Aan datgene wat contractueel is bepaald komt nog wel betekenis toe, maar dit wordt gezien in het licht van de ruimere context van de onderlinge relatie. De rechter krijgt de bevoegdheid het contract mede vorm te geven.

Ondanks het nuttige karakter van vage normen moet hun belang ook niet worden overtrokken. Het maatschappelijk leven heeft groot

17 Vgl. A. Pitlo, *De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad*, Arnhem: Gouda Quint 1978; H.C.F. Schoordijk, 'Hoe vat(te) de Burgerlijke Kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *De Hoge Raad der Nederlanden, De plaats en functie van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3-63, 9-33.

18 Vgl. de formules in het Haviltex-arrest HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635. Meer algemene beschouwingen bij J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

belang bij rechtszekerheid. 'Begriffsjurisprudentz' dient niet te worden vervangen door 'Gefallsjurisprudentz'. De rechter dient de invulling van vage normen zoveel mogelijk te objectiveren.¹⁹

De grotere vrijheid die de rechter zich de afgelopen decennia heeft verworven, heeft vooral bij degenen die zich daarvoor hebben ingezet tot grote voldoening geleid. Zo stelt Schoordijk in zijn enthousiasme (over onder meer het grote belang dat de Hoge Raad hecht aan de feiten) dat het gezag van de civiele kamer hoger is dan in de voorafgaande 150 jaren en dat de rechtswetenschap vol bewondering opkijkt naar het hoge niveau, waarop de jurisprudentie zich beweegt.²⁰ Toch valt juist de laatste tijd onder een jongere generatie ook kritiek te beluisteren op de mate waarin de Hoge Raad het formuleren van rechtsregels uit de weg gaat, door zaken over te laten aan de feitenrechter. Men zie bijvoorbeeld het pleidooi van Kottenhagen voor een precedentensysteem, waarbij de rechter zijn beslissing steeds aan rechtsregels moet toetsen. Het gaat er daarbij om dat het recht niet dient te vervallen tot een pure belangenafweging, maar gebonden moet blijven aan ethische principes.²¹ Het feit dat de nadruk op redelijkheid en billijkheid leidt tot verlies van scherpte van het recht werd ook kritisch gezien in de dissertaties van De Kluiver en Van Zaltbommel.²²

Het meest uitgesproken pleidooi voor scherpe normen is te vinden in de dissertatie van Barendrecht. Hij bestrijdt de gangbare theorie dat vage normen de rechtsontwikkeling bevorderen, omdat deze volgens hem maken dat de speurtocht naar rechtvaardigheid steeds opnieuw moet worden begonnen. Door het gebruik van vage normen zijn vonnissen van lagere rechters vaak te feitelijk om in cassatie aantastbaar te zijn. En ook laat de Hoge Raad beslissingen over aan de feitenrechter, met de overweging dat de kwestie 'per geval' moet worden beoor-

19 Vgl. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 105-107.

20 H.C.F. Schoordijk, 'Hoe vat(te) de Burgerlijke Kamer van de Hoge Raad zijn rechtsvormende taak op?', in: H.C.F. Schoordijk e.a., *De Hoge Raad der Nederlanden, De plaats en functie van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3-63, 62.

21 R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent, over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd rechtsstelsel*, Arnhem: Gouda Quint 1986.

22 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 40-43; L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 23-28 en 60-62.

deeld.²³ Overigens meent Barendrecht dat de arbeidsrechtswetenschap zich te veel beperkt tot het weergeven en soms bestrijden van de rechtspraak en te weinig het voortouw neemt bij het ontwikkelen van nieuwe subregels.²⁴ Van de neiging van de Hoge Raad om veel kwesties van de omstandigheden van het geval te laten afhangen is ook in dit preadvies menig voorbeeld te vinden.

De kritiek van Barendrecht is krachtig en wat mij betreft overtuigend weersproken door W. Snijders.²⁵ Met het gebruik van vage normen streeft de wetgever naar een evenwicht in de taakverdeling tussen wetgever en rechter, waarbij hij tracht te voorkomen dat de wetgever zich te veel in details begeeft.²⁶ Daarnaast zijn er ook argumenten te geven voor openheid van de wettelijke normering.²⁷ Wat de kritiek op de rechter betreft: de zaken doen zich hier casuïstisch aan en er schuilt ook een gevaar in het doen van algemene uitspraken op basis van incidentele procedures.²⁸

Dit neemt niet weg dat het betoog van Barendrecht ons er aan herinnert dat er behoefte blijft aan systematisering van het op grond van vage normen gevormde recht, en dat zowel de rechter en de

23 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer: Kluwer 1992.

24 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer: Kluwer 1992, p. 123. Vgl. de kritiek van Ton Wilthagen, die veel hedendaagse beoefenaren van het arbeidsrecht karakteriseert als 'losbladige juristen', bespreking van T. Havinga, Arbeidsbureau en collectief ontslag, *Recht en Kritiek* 17 (1991) 1, p. 78-87, 79.

25 W. Snijders, 'Recht als model van rechtvaardigheid', *NJB* 1993, p. 1149-1151, herdrukt in: W. Snijders, *Wetgevende geschriften*, Kluwer: Deventer 1995, p. 263-268.

26 Vgl. C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, blz. 26-28 en W. Snijders, 'Privaatrechtelijke problemen', in: W.F. de Gaay Fortman (red.), *Problemen van wetgeving*, Deventer: Kluwer 1982, p. 181-193.

27 Zie ook Van Schilfgaarde, *WPNR* 6078 en H.C.F. Schoordijk, 'Zijn open normen in de wetgeving wenselijk?', *NJB* 1992, p. 1569-1571.

28 Zie ook S.K. Martens, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: *Gemotiveerd gehuldigd (Van Boeschoten-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 133-153, die overigens 'moet erkennen dat wellicht wel eens wat te gemakkelijk - en ook niet altijd nodig - regels worden geformuleerd die slechts gelden in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden 'waarvan te dezen echter niet is gebleken', p. 143.

wetgever als de literatuur kunnen bijdragen aan het aanscherpen van normen. Dit is een reden waarom in dit preadvies wordt getracht te komen tot het formuleren van regels, gebaseerd op de uitspraken over goed werkgeverschap. Een vage norm dient als 'veiligheidsklep' van het recht, maar neemt de behoefte aan duidelijke regels ten aanzien van belangrijke maatschappelijke kwesties niet weg. Er dient ruimte te zijn voor toepassing van correcties uit oogpunt van billijkheid, maar ook moet de rechtspositie voldoende voorspelbaar blijven.

Er is dan ook een blijvend belang gemoeid met de formulering van rechtsregels in de rechtspraak en met codificatie in de wet van het recht dat aanvankelijk in het kader van vage normen wordt geformuleerd. Wat dit laatste betreft: ons rechtssysteem gaat niet uit van het Angelsaksische model van rechtersrecht, maar in ieder geval primair van geschreven recht. Vage normen bieden de mogelijkheden de voordelen van beide rechtssystemen te combineren, maar dat betekent niet dat nu zonder meer wordt gekozen voor het andere.

Een opvallend voorbeeld van vervanging van een vage door een scherpe norm in het arbeidsovereenkomstenrecht betreft artikel 7:629 BW in het kader van de privatisering van de Ziektewet. Het vroegere art. (7A:) 1638c, eerste lid BW schreef voor dat de werkgever bij ziekte van de werknemer gedurende 'betrekkelijk korte tijd' het loon van de werknemer moest doorbetalen. De Hoge Raad had hierover slechts uitgemaakt dat de betekenis hiervan moest worden afgestemd op de omstandigheden van het concrete geval.²⁹ Thans luidt de bepaling dat de werkgever gedurende 52 weken 70 procent van het loon (en minstens het toepasselijke minimumloon) moet betalen. In de meeste gevallen zal dit overigens door cao's nog worden aangevuld.

Wordt de uitkomst van de rechterlijke uitspraken te onvoorspelbaar, dan dreigt ook een toenemend ontwijken van de rechter. Partijen treffen dan een schikking of zoeken informele geschillenbeslechting, zoals arbitrage, instelling van geschillencommissies of de tegenwoordig populaire 'mediation'. Tegen een dergelijke ontwikkeling heeft op zichzelf overigens geen bezwaar te bestaan, zoals de omvangrijke

29 HR 19 december 1986, *NJ* 1987, 906.

arbitragepraktijk in het arbeidsrecht van de Verenigde Staten laat zien. Ook dan blijft er echter behoefte aan een norm als die van goed werkgeverschap en aan criteria om deze norm te concretiseren. De eis van goed werkgeverschap kan bijvoorbeeld ook een nuttige rol spelen als toetsingsnorm bij interne klachtenregelingen in ondernemingen.³⁰

1.3 Verhouding tot algemeen privaatrecht

Het algemeen verbintenissenrecht kent de eis van redelijkheid en billijkheid in de artikelen 6:2 en 248 BW. De vraag is of het goed werkgeverschap aan deze algemene bepalingen nog iets toevoegt of dat het in feite slechts herhaalt wat reeds op basis van boek 6 BW geldt.

Van der Grinten heeft destijds betoogd dat de artikelen over goed werkgeverschap en goed werknemerschap wel uit het BW zouden kunnen verdwijnen, omdat zij in wezen niets toevoegen aan de norm van redelijkheid en billijkheid.³¹ Rood zag in het goed werkgeverschap echter juist wel een andere norm, omdat (in elk geval in de tekst van de oude bepaling) een vergelijking wordt gemaakt met andere werkgevers. De norm richt zich met andere woorden op een geobjectiverde of gemiddelde werkgever en niet alleen op wat partijen individueel van elkaar bij het sluiten van de overeenkomst mochten verwachten, aldus Rood.³² Hierbij moet echter worden aangetekend dat naar het nieuw BW de gewoonte in art. 6:248 ook een beroeps- of bedrijfsgebruik kan omvatten.³³ Ook zijn bij de algemene bepalingen van het BW collectieve elementen meer aanvaard dan voorheen, onder meer onder invloed van het consumentenrecht.

30 Vgl. K. Iest, *Klachtrecht voor de individuele werknemer*, Deventer: Kluwer 1991; L.P.M. Klijn, *Klachtrecht van werknemers*, Deventer: Kluwer 1992.

31 W.C.L. van der Grinten, 'De goede werkgever en de goede arbeider', in: *Hedendaags arbeidsrecht (Levenbach-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1966, p. 134-145.

32 M.G. Rood, 'Over de goede werkgever en de goede werknemer', *SMA* 1982, p. 498-502; herdrukt in: G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog (SMA-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1986, p. 240-249, 243-245.

33 Toelichting-Meijers, J.W. du Pon & C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 920.

Men dient overigens voorzichtig te zijn met de vervanging van de term 'goed werkgever' door 'gemiddelde werkgever'. De goede werkgever is een voorbeeld, een model. Zo geeft Nieuwenhuis de illustratie van de verkoper: 'Beslissend is niet, dat wellicht negen van de tien kopers van een tweedehands auto in het geheel niet verwachten dat de professionele verkoper spontaan melding zal maken van het schadeverleden van de auto. Doorslaggevend is of kopers die voorlichting van een dergelijke verkoper *mogen* verwachten. Hetgeen in het maatschappelijk verkeer *betaamt* is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als wat daar *gebeurt*. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid *eisen* kan niet zonder meer het gangbare doen en laten van de samenleving tot uitgangspunt worden genomen'.³⁴ Met andere woorden: 'goed' in de goede werkgever is een normatief begrip.

Ook is wel aangevoerd dat een herhaling van deze norm in de titel over de arbeidsovereenkomst nuttig is gezien de omvattende regeling van de arbeidsovereenkomst, waardoor partijen zich dikwijls beperken tot kennisneming van de betreffende titel voor het bepalen van hun rechtspositie.³⁵ Door diverse auteurs is hier het nodige op afdongen, omdat leken niet zo vaak het BW plegen te hanteren.³⁶ Niettemin doen sommigen dit natuurlijk wel.

Het bezwaar van Van der Grinten tegen een herhaling van een norm op een andere plaats in het BW is niet meer zo sterk nu deze methode in het nieuw BW ook binnen het algemeen deel voorkomt. Zo herhaalt art. 6:248 ten dele wat reeds in art. 6:2 is bepaald. Overzichtelijkheid zal ook hiervoor de grond vormen. Daarnaast komen varianten op de figuur van de goede werkgever ook op andere plaatsen in het huidige BW voor: naast de al uit het Romeinse recht stammende goede huisvader (art. 4:1031, 1072 en 7A:1781) kent het ook de goede voogd

34 J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis, Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1992, p. 88-89.

35 Dit was destijds het argument voor het invoeren van het artikel, A.E. Bles *De wet op de arbeidsovereenkomst III*, 's-Gravenhage: Belinfante 1908, p. 375.

36 Vgl. M.G. Rood, 'Over de goede werkgever en de goede werknemer', *SMA* 1982, p. 498-502; herdrukt in: G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), *Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog (SMA-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1986, p. 240-249, 241.

(art. 1:337), de goede bewindvoerder (art. 1:444), de goede vruchtgebruiker (art. 3:207), de goede huurder (art. 7A:1596, 1628, 1632e) en de goede opdrachtnemer (art. 7:401). Ook sommige nog in te voeren titels voor boek 7 kennen dergelijke figuren. Voorts is een parallel te vinden in het ambtenarenrecht: art. 50 van het ARAR spreekt van een 'goed ambtenaar', overigens zonder dat de goede overheidswerkgever hier tegenover wordt gesteld.

In wezen betreft het goed werkgeverschap een concretisering van de redelijkheid en billijkheid voor de arbeidsverhouding. De Hoge Raad bevestigde dit door te overwegen dat 'dit artikel in een op de daar bedoelde gevallen toegespitste formulering dezelfde norm tot uitdrukking brengt die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid worden aangeduid'.³⁷

Het antwoord op de vraag of de aparte bepaling iets inhoudelijks toevoegt is minder van belang, nu de term 'goed werkgever' inmiddels in het maatschappelijk leven is ingeburgerd. Zij pleegt de betrokkenen ook meer aan te spreken dan de term 'redelijk en billijk'. De Memorie van Toelichting bij titel 7.10 Nieuw BW rechtvaardigde de speciale vermelding met het feit dat de bepaling - zoals ook bij de totstandkoming daarvan is bedoeld - niet slechts ziet op de bedoeling van partijen onderling, maar ook op de voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen. Voorts stelde zij dat dankzij hantering van arbeidsrechtelijke terminologie gemakkelijker levend recht kan ontstaan.³⁸

In juridische procedures en rechterlijke uitspraken in arbeidszaken wordt nu eens een beroep gedaan op de 'redelijk en billijkheid', dan weer op 'goed werkgeverschap'.³⁹ Voor zover daarin een lijn te trekken valt lijkt het erop dat ten aanzien van specifiek arbeidsrechtelijke problemen en daar waar het handelen van één der partijen voorop staat eerder een beroep wordt gedaan op 'goed werkgeverschap' (bijv. in procedures over de toelating tot het werk). In kwesties van meer algemeen civielrechtelijke aard en ten aanzien van contractuele bedingen

37 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, *Prg.* 1994, nr. 4081 (Agfa/Schoolderman).

38 Memorie van Toelichting Vaststellingswet titel 7.10 Nieuw BW, De arbeids-overeenkomst, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15.

39 Ook P.F. van der Heijden, 'Redelijkheid en billijkheid in het arbeidscontract', in: *Te PAS (Stein-bundel)*, Deventer: Kluwer & Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 97-107 maakt geen scherp onderscheid tussen de twee criteria.

komt men weer meer de term 'redelijk en billijk' tegen (bijv. omtrent het beding tot eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst⁴⁰).

Daarnaast bepaalt art. 3:12 BW dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor het goed werkgeverschap. In de volgende hoofdstukken zullen zulke verwijzingen ook worden gemaakt bij de analyse van de rechtspraak, waarbij bijvoorbeeld wordt verwezen naar beginselen van behoorlijk bestuur. Volgens de toelichting bij art. 3:12 BW heeft het noemen van de gemelde gezichtspunten mede tot gevolg dat de rechter bij zijn verwijzing naar het ongeschreven recht wordt genoopt aan te geven welke belangen en welke rechtsbeginselen hij heeft laten meewegen.⁴¹ Dit kan bijdragen tot het aanscherpen van de vage norm van goed werkgeverschap.

Ook van enkele bijzondere regelingen van het algemeen privaatrecht dient de verhouding tot het goed werkgeverschap nader te worden bepaald. In par. 1.2 werd al vermeld dat de regeling van de *algemene voorwaarden* niet van toepassing is op de arbeidsovereenkomst (art. 6:245 BW), als ook dat de bepalingen over verboden bedingen in algemene voorwaarden niettemin aanknopingspunten kunnen opleveren voor de toepassing van het begrip 'goed werkgever'.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid van een beroep op *misbruik van bevoegdheid* (art. 3:13 BW). Deze mogelijkheid is niet in de eerste plaats ontwikkeld voor contractuele relaties.⁴² Zij zal in het arbeidsovereenkomstenrecht strikt genomen veelal niet noodzakelijk zijn naast de eis van goed werkgever/werknemerschap. Niettemin kan zij toch bruikbaar zijn als concretisering van deze criteria⁴³ en bij

40 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM) en het in 1998 ingevoerde artikel 7:613 BW.

41 Memorie van toelichting, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1036.

42 Te absoluut op dit punt is de opvatting van Minister Korthals Altes, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1051.

43 In deze zin P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer: Kluwer 1985, p. 59-65.

de toetsing van wettelijk niet gereguleerde bevoegdheden. Zo verbiedt art. 3:13 uitdrukkelijk het gebruiken van een bevoegdheid uitsluitend om een ander te schaden niet aanvaardbaar. Het verbod van misbruik van bevoegdheid is bijvoorbeeld door de Hoge Raad toepasbaar geacht tijdens de proeftijd⁴⁴ en bij een executiegeschil over de loonverdering.⁴⁵

1.4 Verhouding tot goed werknemerschap

Ook de werknemer dient zich volgens art. 7:611 BW als goed werknemer te gedragen. In de oude bepaling van art. (7A:) 1639d BW luidde het: 'De arbeider is in het algemeen verplicht al datgene te doen en na te laten, wat een goed arbeider in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten'.⁴⁶ De verplichtingen van de werkgever en van de werknemer vormen het spiegelbeeld van elkaar en in veel gevallen vormen zij samen twee kanten van dezelfde medaille: wat de goede werkgever mag eisen moet de goede werknemer doen en omgekeerd. Veelal zal de rechter in zijn oordeel afwegen wat enerzijds van een goed werkgever en anderzijds van een goed werknemer mag worden verwacht.

Toch zijn er verschillen in de wijze waarop de beide criteria worden toegepast. Dit heeft te maken met de verschillende positie van werkgever en werknemer in de arbeidsverhouding. Zij staan tegenover elkaar in een gezagsrelatie. De werkgever voert het ondernemingsbeleid.

44 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430; *JAR* 1995/35 (Codfried/ISS); S.W. Kuip, 'Misbruik van de proeftijd - ontslagbevoegdheid', *ArbeidsRecht* 1995/23, voor meer voorbeelden van mogelijke toepassing G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in: Werkgroep Herziening Ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.), *Arbeids-overeenkomst en algemeen vermogensrecht*, Geschriften Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 18, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 61-76.

45 HR 30 oktober 1992, *JAR* 1992/131.

46 Over deze verplichting uitvoerig A.M. Luttmer-Kat, 'De goede werknemer: Een achterhaald begrip of een dynamisch concept?', in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend (De Leede-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 317-330.

Hij is behalve contractspartij ook de 'wetgever' in de onderneming.⁴⁷ De werknemer is verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede aan die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers, gegeven (art. 7:660 BW). Dit brengt mee dat de toetsing door de rechter meestal primair het werkgevershandelen betreft.

Door Van Gerven is aangegeven dat daar waar een particulier een gezagsbevoegdheid uitoefent over een andere particulier de beginselen van behoorlijk bestuur als toetsingsnorm kunnen worden toegepast. In hoofdstuk 2 zal het belang van deze normen voor de toetsing van werkgevershandelen nader worden geanalyseerd. Sommige van deze beginselen zijn algemene beginselen van behoorlijk handelen, welke ook voor andere partijen in het privaatrecht gelden, in dit geval dus ook voor de werknemer.⁴⁸ Andere gelden echter alleen voor degene die een gezagsbevoegdheid uitoefent.

De eisen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap houden derhalve wel nauw verband met elkaar, maar zijn niet identiek. Daarom acht ik de samenvoeging van de beide bepalingen in het huidige artikel 7:611 BW, met de SER in zijn advies over titel 7.10 Nieuw BW,⁴⁹ minder gelukkig.

Het lijkt er op dat ook kwesties rond goed werknemerschap tegenwoordig vaker in de rechtspraak voorkomen. Tot de onderwerpen die hieronder kunnen worden gebracht behoren het onrechtmatig beconcurreren van de werkgever,⁵⁰ gebrek aan loyaliteit van de werknemer⁵¹ en schending van de geheimhoudingsplicht.⁵² Ook

47 M.G. Rood, 'De werkgever als Janus?', in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend (De Leede-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 397-404.

48 W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent/Zwolle 1983.

49 SER, *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr. 91/20, 's-Gravenhage 1991, p. 19-20.

50 Pres. Rb. Zutphen 10 november 1997, *Prg.* 1997, nr. 4876.

51 Ktg. Amsterdam 28 november 1997, *Prg.* 1998, nr. 4884.

52 Ktg. Tilburg 5 maart 1998, *Prg.* 1998, nr. 4956.

werd medewerking aan wijziging van de arbeidsovereenkomst,⁵³ het bereid zijn tot overleg over een andere functie⁵⁴ en het ingaan op redelijke voorstellen van de werkgever⁵⁵ onder dit artikel gebracht.

1.5 Sanctionering

Art. 7:611 BW geeft niet aan wat de gevolgen zijn van overtreding van dit artikel. Bij de invoering van het nieuw BW is helaas afgezien van de mogelijkheid om de rechtsontwikkeling op dit punt expliciet in de wet vast te leggen. Waar het artikel een concretisering vormt van de eis van redelijkheid en billijkheid kunnen aan dit artikel dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden als aan schending van de artikelen 6:2/248 BW. Dat brengt mee dat art. 7:611 BW zowel een aanvullende als een beperkende werking heeft.

Aanvullende werking. De aanvullende werking van art. 6:248 BW houdt in dat aan een overeenkomst niet alleen de gevolgen zijn verbonden die partijen zijn overeengekomen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, voortvloeien uit de wet, de gewoonte⁵⁶ of de eis van redelijkheid en billijkheid. Deze werking komt dus ook toe aan de eis van goed werkgeverschap.⁵⁷ Uit het artikel kunnen bijkomende rechten en verplichtingen voortvloeien, die een zelfstandig afdwingbare verbintenis opleveren. Het niet-nakomen daarvan geeft de schuldeiser (meestal de werknemer⁵⁸) dezelfde bevoegdheden als in andere gevallen van niet-nakomen van een

53 Ktg. Almelo 16 oktober 1997, *JAR* 1998/3; Rb. Almelo 2 september 1998, *JAR* 1998/234.

54 Ktg. Rotterdam 23 juni 1999, *JAR* 1999/141.

55 HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman); Ktg. Middelburg 14 juni 1998, *JAR* 1999/138.

56 De term 'bestendig gebruikelijk beding' (art. 1383 BW-1838) komt in het huidige BW niet meer voor. Dergelijke bedingen van vóór 1 januari 1992 blijven op grond van het overgangsrecht geldig (art. 69 Overgangswet NBW). Naar huidige recht kan men zich slechts beroepen op een uitdrukkelijk of stilzwijgend overeengekomen beding (vgl. art. 3: 33 en 35 BW) of op een gewoonte.

57 Vgl. HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 460 en 461, *JAR* 1998/71 (Inter-Services/Borst e.a.).

58 Hierna wordt aangegeven dat de schuldeiser soms ook een collectief kan zijn.

verbintenis.⁵⁹ Dit is slechts anders indien de schuldeiser daarin wordt beperkt (bijvoorbeeld door rechtsverwerking) of indien een bijzondere wettelijke bepaling reeds in een sanctie voorziet.

Een voorbeeld uit de rechtspraak vormt de overwerkvergoeding. De Hoge Raad oordeelde dat bij gebreke van een afspraak omtrent een overwerkvergoeding voor een alsdan op goed werkgeverschap in verband met de redelijkheid en billijkheid gebaseerde, overwerkvergoeding (slechts) plaats is indien ten minste komt vast te staan dat de werkgever het overwerk aan de werknemer heeft opgedragen of dat uit de omstandigheden van het geval blijkt dat hij daarmee heeft ingestemd.⁶⁰

Beperkende werking. Deze is in de art. 6:2/248 BW met zoveel woorden geformuleerd. Zij houdt in, dat een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (in dit geval goed werkgeverschap) onaanvaardbaar zou zijn. De rechter zal hierbij de nodige terughoudendheid moeten betrachten. Het gaat om een marginale toetsing.

De beperkende werking omvat onder meer de mogelijkheid van rechtsverwerking. De uitoefening van rechten en bevoegdheden kan in verband met eigen gedragingen worden beperkt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien het vertrouwen is gewekt dat het recht of de bevoegdheid niet bestaat of niet zal worden uitgeoefend.⁶¹

Een voorbeeld is het geval van de werknemer die na betwisting van de geldigheid van het hem gegeven ontslag op staande voet uitsluitend loon vordert en pas na de einduitspraak terzake daadwerkelijk hervatting van de overeengekomen arbeid eist. Volgens de Hoge Raad kan dan naar de maatstaf van art. 7:611 BW niet meer van de werkgever worden gevergd dat hij alsnog de maatregelen treft, die nodig zijn om aan deze eis gevolg te

59 HR 23 februari 1923, *NJ* 1923, p. 802 (Hofman/Triezenberg).

60 HR 6 maart 1998, *NJ* 1998, 527, *JAR* 1998/126 (Stokkermans/Kuijken en Asselbergs).

61 Vgl. art. 6:89 BW: de schuldeiser moet binnen bekwame tijd protesteren.

geven.⁶² Dit geval van rechtsverwerking is overigens in feite niet op goed werkgeverschap gebaseerd, maar op goed werknemerschap.

Daarbij kan ook een dwingende wetsbepaling terzijde worden gesteld.⁶³

Ook op punten waar het volgen van de letterlijke wettekst tot onredelijke resultaten leidt, kan de eis van goed werkgeverschap een corrigerende werking hebben. Zo kan mijns inziens een verzoek van de werkgever om een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst te doen vervangen door een afkopsom onder omstandigheden zozeer in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid dat het niet wordt toegewezen, ook al moet dit volgens art. 7:682 BW door de rechter worden gehonoreerd. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een ontslagvergunning is verkregen als gevolg van het door de werkgever verstrekken van onjuiste informatie. Dergelijke mogelijkheden zijn in de praktijk nog weinig verkend.

Maar alvorens kan worden geconcludeerd dat een beroep op een dwingende wetsbepaling terzijde moet worden gesteld op grond van goed werkgeverschap zal aan zware eisen moeten worden voldaan.⁶⁴ Naarmate redelijkheid en billijkheid meer in de wettelijke bepaling zijn verdisconteerd, zal men terughoudender moeten zijn. Dit geldt in het bijzonder in het arbeidsrecht, dat het resultaat is van een maatschappelijke afweging.⁶⁵

Interpretatieve functie. Naast de aanvullende en beperkende werking hebben de redelijkheid en billijkheid een interpretatieve functie. Zij kunnen worden gebruikt voor de beantwoording van de vraag of de

62 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (Chelbi/Klene).

63 De terzijdestelling van een dwingende wetsbepaling op grond van gewoonte is bij hoge uitzondering ook mogelijk, vgl. HR 3 maart 1972, *NJ* 1972, 339 (La Confiance/Maring).

64 Vgl. voor de redelijkheid en billijkheid bij een beroep op huurbescherming: HR 13 november 1987, *NJ* 1988, 245 en HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 322 (Wesselingh/Weisz) en voor de termijnen van het invoeren van nietigheid bij het BBA 1945: HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 250 (Marges/Jeugdhuis Enschede).

65 Eindverslag van de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer, J.W. du Pon & C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 72-73.

voor de toepasselijkheid van een verbintenis geldende voorwaarde is vervuld (art. 6:23 BW). De rechter kan op grond van billijkheid een contractueel overeengekomen boete matigen of aanvullen (art. 6:94 BW) of op grond van onvoorziene omstandigheden de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden (art. 6:258 BW, zie nader par. 4.5). Al deze mogelijkheden zouden ook op goed werkgeverschap kunnen worden gebaseerd.

De jurisprudentie omtrent redelijkheid en billijkheid ten aanzien van in het arbeidsrecht niet specifiek geregelde punten kan inspiratie opleveren voor de interpretatie van art. 7:611 BW. Dit betreft bijvoorbeeld het daaruit wel afgeleide concurrentieverbod,⁶⁶ de verplichting tot het voeren van overleg⁶⁷ en mededelings- en informatieplichten.⁶⁸

Grenzen. Waar art. 7:611 BW wordt opgevat als een concretisering van art. 6:2/248 BW betekent dit niet dat daarom *alle* rechtsgevolgen die aan die artikelen kunnen worden verbonden ook van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomst. De bijzondere regeling van de arbeidsovereenkomst kent immers ook een groot aantal specifieke bepalingen, bijvoorbeeld omtrent opzegging. Deze kunnen voorrang hebben op de eisen van redelijkheid en billijkheid, met name waar het gaat om specifieke regeling van de rechtsgevolgen.⁶⁹ In dit verband zou ik echter willen bepleiten dat de algemene regeling en die van het arbeidsrecht niet in de eerste plaats worden gezien als elkaar *uitsluitend*, maar als elkaar *aanvullend*. Het blijft bijvoorbeeld vreemd dat een rechtshandeling nietig is wegens strijd met de goede zeden, maar een zodanig ontslag niet, omdat de regeling van het ontslag *op andere punten* verder is uitgewerkt. Een gevolg van de wel erg

66 HR 10 februari 1921, *NJ* 1921, p. 409 (Brouwer/De Leeuw en Brouwer). Dit geldt voor gevallen waarin geen concurrentiebeding bestaat, waarbij ook de jurisprudentie over dit beding natuurlijk relevant is.

67 HR 23 februari 1923, *NJ* 1923, p. 802 (Hofman/Triezenberg).

68 HR 16 januari 1959, *NJ* 1960, 46 (Benzol 1); J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

69 Dit gebeurde bijvoorbeeld in de arresten HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven): geen herstel van dienstbetrekking op grond van de goede trouw en HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495, *JAR* 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.): geen nietigheid ontslag in strijd met de goede zeden.

voorzichtige houding van de Hoge Raad in dit opzicht was bijvoorbeeld dat de wetgever in 1994 in art. 8 AWGB de vernietigbaarheid van een discriminatoir ontslag specifiek moest neerleggen, omdat de Hoge Raad in het Nedlloyd-arrest in 1992 had geweigerd om deze voor de hand liggende zaak reeds te laten volgen uit een consequente toepassing van het algemene verbintenissenrecht (art. 3:40 BW).⁷⁰

Vorderingen. Een schending van de norm van goed werkgeverschap kan worden beschouwd als een *tekortkoming in de nakoming*. Als vorderingen zullen als regel het meest voor de hand liggen

- * nakoming (art. 3:296 BW);
- * een verklaring voor recht (art. 3:302-303 BW);
- * vernietiging (of nietigheid op grond van boek 2 BW) van besluiten van de werkgever die een rechtshandeling inhouden;⁷¹
- * schadevergoeding (art. 6:74 BW);⁷²
- * loon.⁷³

De volgende vorderingen zijn in theorie denkbaar, maar zullen meestal op praktische bezwaren stuiten:

- * opschorting (art. 6:52/262 BW) zal meestal niet veel opleveren;⁷⁴
- * een boeteclausule (art. 6:91 BW) zal doorgaans niet bestaan;
- * ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens tekortkoming in de nakoming (art. 6:265 e.v. jo. 7:686 BW) zal als regel niet in het belang van de werknemer zijn. Mocht hiervoor worden gekozen, dan kan daarbij ook schadevergoeding worden verzocht.

70 HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495, *JAR* 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.).

71 Dit zal echter moeilijk zijn ten aanzien van ontslag indien er geen specifieke nietigheid van toepassing is, gelet op de reeds vermelde jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495, *JAR* 1992/11, Nedlloyd/Bras c.s.); vgl. ook Pres. Rb. Amsterdam 19 december 1985, *KG* 1986, 46). In sommige gevallen zal het verschil tussen feitelijke of rechtshandeling niet evident zijn, bijvoorbeeld bij een overplaatsing.

72 Schadevergoeding kan zonodig worden toegekend naast de gefixeerde schadevergoeding van art. 7:677, derde lid BW: HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 451 (Deuss/Motelmaatschappij Holland).

73 Vgl. HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, *Prg.* 1994, nr. 4081 (Agfa/Schoolderman); HR 6 maart 1998, *NJ* 1998, 527, *JAR* 1998/126 (Stokkermans/Kuijken en Asselbergs).

74 Y. Konijn, 'NBW: eigenrichting in het arbeidsrecht?', *SR* 1991, p. 109-117.

Daarnaast is het mogelijk om bij de kantonrechter een verzoek in te dienen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW). Ook hierbij kan een vergoeding worden verzocht. Hier geldt hetzelfde bezwaar dat de werknemer veelal geen belang heeft bij de ontbinding. Het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid of billijkheid of aan hetgeen een goed werkgever behoort te doen of na te laten dient bij ontbinding in beginsel ten volle tot uitdrukking te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter daarbij toekent, zodat er daarnaast voor een aanvullende toetsing aan deze eisen geen plaats is. Alleen in uitzonderlijke gevallen kan hiernaast nog aanleiding zijn voor aanspraken uit goed werkgever-schap.⁷⁵ Anders zou een dergelijke vordering een verkapt appelrecht in ontbindingszaken opleveren.⁷⁶

Een schadevergoeding kan in de eerste plaats in geld worden toegekend, maar daarnaast ook in andere vormen (art. 6:103 BW), zoals:

- * het herstel in de vorige toestand (bijvoorbeeld bij tewerkstelling);
- * de verplichting bepaalde rechtshandelingen te verrichten.⁷⁷

Ook immateriële schade komt binnen zekere grenzen⁷⁸ voor vergoeding in aanmerking (art. 6:106 BW).⁷⁹ De schadevergoeding kan wel worden gematigd (art. 6:109 BW). Schadevergoeding kan worden toegekend, los van eventuele overeengekomen afvloeiingsregelingen.⁸⁰

75 Vgl. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, *JAR* 1997/248 (Bajings/Sarah Lee); HR 5 maart 1999, *RvdW* 1999, 43C (T/FNV).

76 Zie Ktg. Apeldoorn 4 november 1998, *Prg.* 1999, nr. 5105.

77 Vgl. Ktg. Breda 6 maart 1992, *KG* 1992, 394, *JAR* 1992/89: veroordeling tot rechtshandeling, in casu overschrijving zittingsuren ziekenfonds.

78 A.M.P.C. van den Beuken, 'Vergoeding van immateriële schade: is art. 1637w BW overbodig?', *SR* 1992, p. 8-12 en H.J. Vetter, 'De aantasting in de persoon volgens art. 6: 106. Welke persoon?', in: *Te PAS (Stein-bundel)* Deventer: Kluwer & Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 147-152, 150-151. Uit de Memorie van Toelichting bij de Vaststellingswet van titel 7.10 blijkt dat art. 6:106 BW niet beperkter dient te worden uitgelegd dan het vroegere art. 7A:1637w BW.

79 Ook indien reeds bij ontbinding een vergoeding wegens immateriële schade is toegekend: HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499 (Schreuder/Nilsson & Lamon). Voorbeeld ter zuivering van eer en goede naam bij Ktg. Heerlen 9 maart 1989, *Prg.* 1989, nr. 3155.

80 Ktg. Eindhoven 12 mei 1997, *Prg.* 1997, nr. 4792.

Een uitvoerig overzicht van de diverse vormen van schadevergoeding in verband met goed werkgeverschap en de toepasselijke jurisprudentie is te vinden in een artikel van De Laat.⁸¹

1.6 Collectieve aspecten

De afgelopen decennia is de mogelijkheid van bundeling van belangen in toenemende mate benut. Geleidelijk werden daarbij de weerstanden overwonnen die aanvankelijk bestonden, vooral vanuit de sterk overheersende individualistische liberale opvattingen over de toelating tot de rechter.⁸² Daartoe hebben een toenemend besef van de ongelijkwaardige verdeling van macht en invloed tussen individuen en organisaties en van het gevaar van te grote diffuusheid van de verantwoording in grote organisaties bijgedragen.⁸³ Zo kwam art. 3:305a BW tot stand, dat een rechtsingang biedt voor onder meer vakbonden.⁸⁴

Ook de norm van goed werkgeverschap kan worden ingeroepen in collectieve kwesties.⁸⁵ Tegen de toepassing van de norm van goed werkgeverschap in collectieve zaken lijkt in het algemeen geen bezwaar te bestaan. Weliswaar is art. 7:611 BW geplaatst in de titel over de (individuele) arbeidsovereenkomst, in feite gaat het om een algemene norm. Het betreft een concretisering van de eis van redelijkheid en

81 J.J.M. de Laat, 'Goed werkgeverschap en (schade)vergoeding', *SR* 1998, p. 284-289.

82 A.G. Maris, 'Toegang tot de burgerlijke rechter voor organisaties van beroepsgroepen ter behartiging van de collectieve belangen van haar leden of aangeslotenen', in: M.B.W. Biesheuvel e.a., *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 190-213, 211-212.

83 C.J.M. Schuyt, 'De asymmetrische samenleving en collectieve belangen', in: M.B.W. Biesheuvel e.a., *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 52-64.

84 N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1994; N. Frenk, *Rechtshandhaving in het arbeidsrecht door vakbonden*, *ArbeidsRecht* 1995, nr. 16.

85 Zie voor een pleidooi om aan vakorganisaties een collectief vorderingsrecht toe te kennen tegenover de werkgever op basis van beginselen van behoorlijk bestuur en geldende regels reeds G. Hekkelman, *Tekorten van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1967, ook in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer & Alphen aan den Rijn: Samsom 1977, p. 75-102, 92.

billijkheid, toegespitst op de positie van werkgever en werknemer. De argumenten die pleiten voor een specifieke norm voor de werkgever in het individuele arbeidsrecht pleiten ook voor zo'n norm in het collectieve arbeidsrecht.⁸⁶ In veel gevallen gaat het om dezelfde problematiek. De werkgever zal zich willen beroepen op datgene wat onder ondernemers als behoorlijk wordt beschouwd. Het zou ook vreemd zijn om te stellen dat hij tegenover een vakbond of ondernemingsraad niet zou zijn gebonden aan de norm die hij in acht moet nemen tegenover degenen die zij vertegenwoordigen. In veel gevallen zullen deze organen beter zijn toegerust om de norm in te roepen. Dit kan het geval zijn omdat zij geen represailles behoeven te vrezen, maar ook omdat het geschil reeds blijkt in het collectief overleg.

Vakbond. Afgezien van de grondslag van art. 3:305a BW valt ook een andere formele grondslag voor een beroep van een vakbond op goed werkgeverschap wel te construeren. Dikwijls heeft deze via de cao een relatie met de werkgever waarop de normen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn. Goed werkgeverschap werd dan ook enkele malen als argument geaccepteerd in procedures die waren aangespannen door een vakorganisatie.⁸⁷

Ondernemingsraad. De ontvankelijkheid van de ondernemingsraad is iets problematischer, omdat deze niet beschikt over volledige rechtsbevoegdheid en derhalve niet voldoet aan de eisen van art. 3:305a BW om namens werknemers een collectieve actie te voeren.

Wel beschikt de or in elk geval over een rechtsingang wanneer het gaat om de behartiging van de hem in de WOR (en eventueel cao) toevertrouwde belangen. Bovendien is hij ontvankelijk ten aanzien van aanvullende bevoegdheden die zijn overeengekomen in overeenkomsten met de ondernemer (art. 32 WOR). Met een ruime

86 Zie ook P.F. van der Heijden, 'Beginselen van behoorlijk ondernemerschap', *NJB* 1984, p. 1385-1390 die hetzelfde verband legt tussen individuele en collectieve normen en L.J.M. de Leede, 'Toetsingsnormen in het collectieve arbeidsrecht', in: *Goed & Trouw (Van der Grinten-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 19-30, 29.

87 Pres. Rb. Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1982, 179 en Rb. Amsterdam 20 januari 1982, *NJ* 1984, 101 (toelating verzekeringsartsen tot cao-overleg) en Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, *ROR* 1992, 19, *JAR* 1992/22 (Grabowsky, overleg met or over arbeidsvoorwaarden toegestaan).

uitleg van de taken van de or, zoals onder meer genoemd in art. 28 WOR, kan dus al in veel gevallen een rechtsingang voor de or worden gevonden. Zo nodig kan daarbij ook aandacht worden besteed aan de schakelbepaling van art. 6:216 BW, waardoor art. 6:248 BW ook buiten het vermogensrecht van toepassing kan zijn op meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen (bijv. overeenkomsten met de ondernemer). Vervolgens is er een discussie over de vraag of art. 2:8 BW, dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing verklaart 'op de rechtspersoon en degenen die krachtens wet en statuten bij zijn organisatie zijn betrokken', ook op werknemers betrekking heeft. In het vennootschapsrecht wordt in het algemeen aangenomen dat hiermee slechts degenen worden bedoeld die een functie vervullen in de organisatie van de rechtspersoon.⁸⁸ Deze mening is echter niet unaniem.⁸⁹

In een aantal gevallen werd een ondernemingsraad ontvankelijk geacht in een vordering die was gebaseerd op goed werkgeverschap.⁹⁰ Het ging hier soms om uitspraken in kort geding waarin de rechter meestal vrij pragmatisch opereert. Nog niet duidelijk is of deze hier

88 E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, 11e druk, Zwolle 1989, nr. 224.1; L. Timmerman, *Preadvies voor de Vereniging voor Handelsrecht*, 1991, p. 49-51; A. Pitlo/F.J.W. Löwensteyn, *Rechtspersonenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 81 en 169-170. Minder duidelijk is P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem: Gouda Quint 1990, nr. 9.

89 Ruimer oordelen W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1990, p. 81; H.J. de Kluiver, 'De toelating van betrokkenen bij rechtspersonen: een verkenning op de grenslijn tussen rechtspersonen- en verbintenissenrecht', *Stichting en Vereniging* 1991, p. 35-41 en 63-70 en P.F. van der Heijden/A.C.B.W. Doup, *Medezeggenschap per convenant*, 's-Gravenhage: Sdu 1991, p. 97. In deze zin Hof 's-Hertogenbosch 8 april 1992, *NJ* 1992, 701.

90 Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990, 33, *ROR* 1989, 33 (PTT-Telecom): claim ondernemingsraad mede op basis van goed werkgeverschap toegewezen in het kader van gebruik oproepverdelingssysteem. Zie voor de bevoegdheid van de or in kort geding in het algemeen Pres. Rb. Breda 6 maart 1980, *NJ* 1981, 260 (Skol) en Pres. Rb. Almelo 17 juni 1980, *NJ* 1981, 261 (Texas Instruments), alsmede de noot van Maeijer bij Hof Amsterdam (OK) 13 november 1980, *NJ* 1981, 258 (Batco 3).

altijd toe bereid zal zijn. Ook in het kader van het instemmingsrecht kon goed werkgeverschap als argument een rol spelen.⁹¹

Het laatste woord over de mogelijkheid van de or om te procederen omtrent kwesties van goed werkgeverschap is nog niet gesproken. De totstandkoming van art. 3:305a BW maakt geen einde aan de discussie over de wenselijkheid om de ondernemingsraad in procedures toe te laten. De wetgever heeft tot nog toe verzuimd deze een algemene rechtsingang voor de behartiging van werknemersbelangen te bieden.

Een dergelijke toelating zou veel doelmatiger zijn. Zo lijkt de suggestie van Slagter, dat een ondernemingsraad om in algemene zin in rechte te kunnen optreden daartoe een rechtspersoon in het leven zou moeten roepen⁹² nogal gecompliceerd. Wat betreft de keuze tussen vakbond en ondernemingsraad denkt Slagter aan een taakverdeling waarbij de vakbond optreedt inzake de arbeidsvoorwaarden en de ondernemingsraad in andere gevallen. Hoewel dit in beginsel een zinvolle taakverdeling is, dient dit niet te betekenen dat in formele zin de toegang tot de rechter in andere gevallen is uitgesloten. Elke stringente competentieverdeling roept vragen op over waar de grenzen liggen en belemmeringen in geval een betrokken partij niet aanwezig is of zich zijn verantwoordelijkheid onvoldoende ter harte neemt. Daarom meen ik dat de keuze in concrete gevallen door de betrokkenen zelf zal moeten worden gemaakt. Uiteindelijk zal doorslaggevend dienen te zijn of het procederende collectief representatief is voor de belangen die het stelt te vertegenwoordigen (tenzij het een algemeen belang vertegenwoordigt).

Ten slotte zij er op gewezen dat in bepaalde gevallen het raadplegen van de ondernemingsraad wordt gezien als een vorm van zorgvuldig overleg waartoe de werkgever in het kader van goed werkgeverschap verplicht is.⁹³

91 Ktg. 's-Gravenhage 6 december 1990, *NJ* 1991, 570, *Prg.* 1991, nr. 3469 (De Goede Woning): in een procedure over het instemmingsrecht van de ondernemingsraad werd vastgesteld dat de werkgever in strijd handelde met goed werkgeverschap bij de afbouw van een beloningsregeling.

92 W.J. Slagter, 'Collectieve acties en ondernemingsrecht', in: M.B.W. Biesheuvel e.a., *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 159-174, 170.

93 Ktg. Amsterdam 31 december 1996, *JAR* 1997/20; Ktg. Enschede 20 februari 1997, *Prg.* 1997, nr. 4741 (zie ook par. 2.2).

Andere groepsacties. Een groep werknemers kan natuurlijk ook, ieder op eigen titel maar allen gezamenlijk, een procedure voeren op basis van goed werkgeverschap.⁹⁴ Ten aanzien van een personeelsvereniging werd uitgemaakt dat deze mogelijk een beroep zou toekomen op goed werkgeverschap, indien medewerking van de werkgever noodzakelijk is om tot uitbreiding van het ledenbestand te komen.⁹⁵

Tenslotte lijkt er nog ruimte voor een figuur die nog niet gebruikelijk is in het Nederlandse (arbeids)recht, namelijk de zgn. '*class action*'. Het gaat hierbij om vertegenwoordiging door enkelen die zonder last procederen, maar daarbij onder bepaalde voorwaarden de groep kunnen binden.⁹⁶ In de Verenigde Staten van Amerika is deze procedure gangbaar, omdat zij efficiënt is, met name ingeval niet iedere betrokkene in staat is om voor zijn rechten op te komen. In het Nederlandse arbeidsrecht kennen wij iets wat hier op lijkt alleen op vrijwillige basis. Met de wederpartij wordt dan afgesproken dat door één of enkele betrokkenen een proefproces zal worden begonnen en dat de wederpartij de uitspraak ook ten aanzien van andere betrokkenen zal naleven.⁹⁷ Dit duidt er al op dat dit type van afdoening ook voor de werkgever zinvol kan zijn, omdat deze weet waar hij aan toe is en met minder procesrisico wordt belast. Een ruimhartiger toelating van zgn. class actions zou mijns inziens zijn toe te juichen, waarbij ook de rechtspraak het voortouw zou kunnen nemen. Het arbeidsrecht lijkt hiervoor ook een geschikt terrein, kwesties omtrent goed werkgeverschap vormen een geschikt onderwerp. Zo zou een werkgever kunnen worden verplicht een bepaalde maatregel niet alleen ten aanzien van de procederende werknemer, maar ook ten aanzien van diens collega's in te trekken. Het binden van een derde zal ongetwijfeld op formele bezwaren stuiten

94 Pres. Rb. Haarlem 12 februari 1982, *KG* 1982, 38; verzoek van 26 werknemers om verplaatsing machines in het kader van herstructurering te voorkomen afgewezen, omdat werkgever de ontslagprocedure niet hoeft af te wachten.

95 Pres. Rb. Amsterdam 2 december 1988, *KG* 1989, 49 (KLM).

96 C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 310-331; H.J. Bunjes, 'Class action in de Verenigde Staten', in: M.B.W. Biesheuvel e.a., *Verdediging van collectieve belangen via de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 260-271.

97 Bijvoorbeeld de Nederlandse overheid in de zgn. Bopa-zaak, waarbij met de vakbonden werd afgesproken dat enkele ambtenaren in verschillende relevante situaties een proefprocedure zouden voeren om rechterlijke uitspraken te verkrijgen, die vervolgens zouden worden nagekomen ten aanzien van de gehele desbetreffende groep.

van procesrechtelijke aard, doch wanneer het een de werknemers belastend besluit betreft dat moet worden ingetrokken (bijvoorbeeld een ongunstige salarisberekening) kan tegen deze mogelijkheid inhoudelijk geen bezwaar bestaan. Het spreekt vanzelf dat wie niet door de rechterlijke uitspraak wenst te worden gebonden daartegen bezwaar kan aantekenen, zodat aan een dergelijke actie de nodige bekendheid dient te worden gegeven. Men vergelijk de bezwaarregeling die is gegeven in art. 3:305a, vierde en vijfde lid BW.

Doorwerking collectieve regelingen. De werknemer kan via goed werkgeverschap ook individueel een beroep doen op collectief afgesproken regelingen.⁹⁸ De rechter zal het collectief overleg wel in zoverre beschermen, dat dit niet door een beslissing in kort geding nodeloos wordt doorkruist.⁹⁹ De werkgever kan zich niet beroepen op een sociaal plan om zich te onttrekken aan de eisen van goed werkgeverschap en evenmin wordt daardoor de toetsing marginaal van aard.¹⁰⁰ Schending van goed werkgeverschap kan reden zijn om schadevergoeding boven een sociaal plan toe te kennen.¹⁰¹ Een werkgever werd echter niet verplicht om een extra bedrag boven het sociaal plan toe te kennen nu de leden van de bonden dat via hun vakbond gekregen hadden en de werkgever kon aantonen daarvan niet op de hoogte te zijn geweest.¹⁰² Evenmin bracht goed werkgeverschap de verplichting mee een extra vergoeding toe te kennen voor de werknemer die zelf had gekozen voor begeleiding naar ander werk, bij welke keuze het sociaal plan niet in een vergoeding voorzag.¹⁰³

Derden. De werknemer kan op grond van goed werkgeverschap de werkgever houden aan zijn verplichtingen om premie af te dragen voor een ten behoeve van de werknemer afgesloten pensioenverzeke-

98 Bijvoorbeeld een kans op herplaatsing bij ontslag, zoals afgesproken in de richtlijnen voor de herstructurering van het bedrijf: Ktg. Eindhoven 21 juni 1984, *NJ* 1985, 227.

99 Rb. Rotterdam 8 februari 1984 en Hof 's-Gravenhage 9 november 1984, *NJ* 1986, 240.

100 Ktg. Amsterdam 8 september 1992, *JAR* 1992/81.

101 Ktg. Rotterdam 5 december 1996, *Prg.* 1997, nr. 4714.

102 Ktg. Gronlo 23 oktober 1995 en 15 juli 1996, *JAR* 1996/183.

103 Ktg. Rotterdam 10 juni 1999, *JAR* 1999/186.

ringsovereenkomst.¹⁰⁴ Het lijkt daarom zelfs niet uitgesloten dat derden een beroep kunnen doen op goed werkgeverschap om een tegenover de werknemer geldende verplichting van de werkgever te laten nakomen indien deze derde met de behartiging van de afwikkeling is belast. Naast de verplichting om premies voor een pensioenverzekering af te dragen kan het dan bijvoorbeeld ook gaan om een verplichting om de werknemer te verzekeren als vorm van schadevergoeding in een ontslagzaak.¹⁰⁵ Ook de curator in een faillissement is gehouden te handelen als goed werkgever.

Sancties. In beginsel zullen collectieven die zich op goed werkgeverschap beroepen dezelfde *sancties* invoeren als de individuele werknemer. Schadevergoeding in geld zal echter doorgaans minder voor de hand liggen, behalve wanneer - net zoals in het cao-recht - de vakbond zich kan beroepen op een verminderde werfkracht als gevolg van het onrechtmatig handelen van de werkgever. In art. 3:305a, derde lid BW is de schadevergoeding in geld zelfs geheel uitgesloten. Dit lijkt mij minder juist, gezien de op grond van art. 15 Wet cao gegroeide praktijk.

1.7 Door de constructie heen zien

In het arbeidsrecht komt het nogal eens voor dat de door partijen (aanvankelijk) formeel gekozen constructie niet (meer) overeenkomt met de praktijk waarnaar zij zich gedragen. In die gevallen dient zo nodig door de constructie te worden heen gezien. Dat kan zowel de kwalificatie van de arbeidsverhouding betreffen als de vraag wie de werkgever is.

Wijziging arbeidsverhouding. In de loop der tijd kan de basis van de arbeidsovereenkomst veranderen. Een goed voorbeeld daarvan vormt het arrest in de Agfa-zaak. In deze zaak overwoog de Hoge Raad dat het oorspronkelijke karakter van een oproepverhouding verloren was gegaan, waardoor tussen werkgever en werknemer een arbeidsverhou-

104 Hof 's-Gravenhage 24 april 1964, *NJ* 1966, 36.

105 Ktg. Rotterdam 21 april 1988, *Prg.* 1989, nr. 3041.

ding was ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidt van die van vergelijkbaar vast personeel. De arbeidsverhouding van betrokkene moest dan ook op één lijn worden gesteld met een arbeidsverhouding van personeel in vaste dienst, ook al was tussen partijen formeel niet een wekelijks vast aantal arbeidsuren op vastgestelde tijden overeengekomen.¹⁰⁶

Ook in het geval dat een werknemer van meet af aan 40 uur had gewerkt, doch na ziekte werd gesteld dat hij slechts voor een dag per week zou zijn aangenomen en dat de overeenkomst blijkens een door de werknemer ondertekende nadere akte was omgezet in een overeenkomst voor oproepwerk, waarbij de cao niet van toepassing zou zijn en geen aanspraak zou bestaan op tewerkstelling, nam de kantonrechter aan dat van meet af aan een arbeidsduur van 40 uur per week had gegolden en dat de schriftelijke aktes slechts waren opgesteld omdat de werkgever - ten onrechte - meende daardoor bepaalde voor haar nadelig geachte gevolgen van de werkelijke overeenkomst te kunnen ontgaan.¹⁰⁷

Wie is de werkgever? Ook de identiteit van de werkgever kan veranderen. De norm van goed werkgeverschap geldt niet alleen voor de contractuele werkgever. In sommige gevallen werkt de werknemer feitelijk voor een andere rechtspersoon: een inlener of een ander concern-onderdeel. De vraag is dan in hoeverre de norm van goed werkgeverschap ook van toepassing is op die rechtspersoon. Deze toepassing is niet rechtstreeks te baseren op de tekst van art. 7:611 BW. Het gaat hier om analoge toepassing. Dit leerstuk is nog niet erg uitgekristalliseerd.

Zo werd de eis dat door de constructie van de rechtspersoon wordt heen gezien niet gehonoreerd in de zgn. Heidemij-zaak.¹⁰⁸ Wel werd het gebruik van een vennootschappen-constructie om het tantièmerecht van de werknemer illusoir te maken in strijd geacht met de goede

106 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, *Prg.* 1994, nr. 4081 (Agfa/Schoolderman); H. Uhlenbroek, Van nul-urencontract tot vast dienstverband, *ArbeidsRecht* 1994/52. In dezelfde zin Ktg. Amsterdam 20 januari 1994, *NJ* 1995, 364.

107 Ktg. Amsterdam 8 december 1994, *Prg.* 1995, nr. 4235.

108 Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619; *KG* 1982, 189; *Prg.* 1982, nr. 1857 (Heidemij).

trouw.¹⁰⁹ Ook in de rechtspraak over de proeftijd en over uitzendwerk (arbeidsongevallen¹¹⁰ en 'draaideurconstructie') wordt door de formele constructie van de werkgever heen gezien om te voorkomen dat de rechtsbescherming van de werknemer materieel wordt uitgehold. In par. 4.7 zal op deze problematiek van de constructie van de werkgever nader worden ingegaan.

1.8 Pre- en post-contractuele werking

Het goed werkgeverschap kan eventueel ook al van belang zijn in de fase die vooraf gaat aan een arbeidsovereenkomst (pre-contractuele fase) of juist na beëindiging van de arbeidsovereenkomst (post-contractuele fase). Dit is onder meer van belang voor de rechtsingang (een procedure op grond van de arbeidsovereenkomst vangt gewoonlijk aan bij de kantonrechter, een onrechtmatigedaadsprocedure meestal bij de rechtbank). Daarnaast kan dit van belang zijn voor de hoogte van een te vorderen schadevergoeding. Zo kan wellicht op basis van goed werkgeverschap eerder een zogenaamd positief contractsbelang worden gevorderd, dan op basis van onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de *pre-contractuele fase* kan men denken aan vorderingen die betrekking hebben op de sollicitatiefase. In die fase kan ook in het geding zijn of een arbeidsovereenkomst al tot stand was gekomen, dan wel of er een rechtsplicht tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst moet worden aangenomen. Criteria van goed werkgeverschap kunnen dan worden ingebracht, aangezien de (beoogde) werkgever in feite vanuit zijn positie als werkgever optreedt. Een voorbeeld uit de beginfase van de arbeidsovereenkomst betreft de zaak waarin een arbeidsovereenkomst reeds voor de ingang van de proeftijd werd beëindigd. De kantonrechter achtte zich in deze zaak bevoegd en oordeelde dat de werkgever in strijd handelde met de eis van goed

109 Rb. Roermond 9 februari 1984, *Prg.* 1985, nr. 2327 (Douven/Dietz): 'de werkgever had de oplossing dan ook dienen te zoeken in het arbeidsrecht en niet in het vennootschapsrecht'.

110 Vgl. voor materiële gelijkstelling van een inlener met een werkgever overigens ten aanzien van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen: HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 (Stormer/VOC), en voor de proeftijd: HR 13 september 1990, *NJ* 1992, 130.

werkgeverschap.¹¹¹ Juridisch gezien betreft dit overigens niet een pre-contractuele situatie, nu het contract reeds was tot stand gekomen, maar gevoelsmatig voor velen wel nu de arbeid nog niet was aangevangen.

Bij de *post-contractuele fase* kan men denken aan een vordering na afloop van de overeenkomst omtrent het optreden van de werkgever ten tijde van de arbeidsovereenkomst zelf. Maar ook kunnen er in deze fase nog verplichtingen op de werkgever rusten, die voortduren ook al is de arbeidsovereenkomst zelf beëindigd. Voorbeelden betreffen de toetsing van de toekenning van een tantième-regeling na afloop van de arbeidsovereenkomst,¹¹² het wachtgeld,¹¹³ het aanbieden van een nieuw seizoenscontract¹¹⁴ en kosten van bijscholing na ontslag.¹¹⁵

1.9 Drie zijden van goed werkgeverschap

De rechtspraak over goed werkgeverschap zal in de volgende drie hoofdstukken vanuit drie gezichtspunten worden geanalyseerd.

In de *eerste* plaats kan deze norm worden benut als toetsingsmaatstaf voor de beoordeling van het werkgevershandelen. De werkgever heeft een aanwijzingsbevoegdheid die volgt uit de gezagsverhouding die de arbeidsovereenkomst kenmerkt. Net zoals de toetsing van het gebruik dat de overheid maakt van haar discretionaire bevoegdheden kan ook de wijze waarop de werkgever zijn aanwijzingsbevoegdheid gebruikt op rechtmatigheid worden getoetst. In welke mate eist de rechtspraak de laatste jaren dat de werkgever handelt op een wijze die kan worden vergeleken met het naleven van de beginselen van behoorlijk bestuur door de overheid? Deze analyse leidt tot vooral procedurele normen voor het werkgevershandelen (hoofdstuk 2).

111 Ktg. Hilversum 25 februari 1992 en 2 september 1992, *Prg.* 1993, nr. 3835.

112 Ktg. Enschede 15 oktober 1992 en 17 juni 1993, *Prg.* 1993, nr. 3971.

113 Ktg. Rotterdam 31 mei 1990, *Prg.* 1990, nr. 3575; Ktg. Helmond 23 september 1994 en Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 1995, *JAR* 1995/209, *Prg.* 1995, nr. 4396.

114 Ktg. Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998/155.

115 Ktg. Eindhoven 29 september 1993, *Prg.* 1994, nr. 4049.

Vervolgens kan de norm van goed werkgeverschap worden benut om arbeidsrechtelijke onderwerpen te normeren die (nog) geen of onvoldoende regeling in de wet of cao kennen. Bij welke nieuw opgekomen arbeidsrechtelijke kwesties, wordt van de 'goede werkgever' verlangd dat deze meegaat met zijn tijd? Hier gaat het dus meer om nieuw materieel arbeidsrecht (hoofdstuk 3).

Ten slotte speelt het goed werkgeverschap een rol bij wijzigingen in de relatie tussen werkgever en werknemer. Deze kwestie is het laatste decennium actueler geworden bij een toenemende behoefte aan flexibiliteit binnen de onderneming. Hoe wijzigt een goed werkgever de taken, de plaats van werken en de arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming? Hoe behandelt hij het personeel ten aanzien van de gevolgen van het zich voortdurend wijzigende arbeidsproces (hoofdstuk 4)?

Elk hoofdstuk zal eindigen met de vraag welke nieuwe rechtsregels uit de jurisprudentie zijn af te leiden, zodat uiteindelijk in hoofdstuk 5 conclusies kunnen worden getrokken over de vraag of de norm van goed werkgeverschap daadwerkelijk vernieuwing van het arbeidsrecht heeft meegebracht of alsnog zou moeten meebrengen. Daar zal ook worden stilgestaan bij de vraag op welke wijze deze vernieuwing dient te worden vastgelegd.

Toetsing van werkgevershandelen

2.1 Beginselen van goed werkgeverschap

Een belangrijk deel van de uitspraken over goed werkgeverschap heeft (mede) betrekking op de wijze van besluitvorming door de werkgever. Zoals met de opkomst van het bestuursrecht de literatuur door het formuleren van beginselen van behoorlijk bestuur heeft bijgedragen tot het inventariseren van normen van behoorlijke besluitvorming, zo ligt het voor de hand dat dit ook in het arbeidsrecht gebeurt. In het ambtenarenrecht zijn de beginselen van behoorlijk bestuur nuttig gebleken voor de beoordeling van beslissingen in personeelsaangelegenheden. Het lijkt daarom zinvol te onderzoeken in hoeverre de beginselen van behoorlijk bestuur ook voor de privaatrechtelijke arbeidsverhouding een toetsingskader kunnen vormen, en zouden kunnen worden benut om te komen tot 'beginselen van goed werkgeverschap'.

Eventueel kan 'werkgeverschap' worden vervangen door 'ondernemerschap' om ook het collectieve arbeidsrecht daaronder te vatten.¹ Dit leidt echter tot de vraag of dan niet het gehele ondernemingsbestuur en ook de gedragingen tegenover anderen moeten worden inbegrepen.²

Door verschillende auteurs is een dergelijke parallel gesuggereerd. Zo wees Hekkelman op twee fundamentele zwakke plekken in de functionering van het arbeidsrecht binnen de onderneming: de onzekerheid omtrent de precieze ligging van de grenzen van gehoor-

1 Vgl. P.F. van der Heijden, 'Beginselen van behoorlijk ondernemerschap', *NJB* 1984, p. 1385-1390.

2 Dit gebeurde bijvoorbeeld door B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer: Kluwer 1990.

zaamheidsplicht en bevelsbevoegdheid naast de kwetsbaarheid van de werknemer wanneer het er om gaat de rechtsregeling van het arbeidsrecht te handhaven. Deze vragen om een verdergaande rechtsbescherming van de werknemer tegenover het optreden door de werkgever als bestuurder van het samenwerkingsverband van de onderneming. De onderwerpen die zich in dit verband opdrongen waren volgens hem: de ontwikkeling en formulering van algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook voor dat optreden, naast een zelfstandig vorderingsrecht van de vakorganisaties en een intern klachtrecht voor individuele werknemers. De bewerking daarvan zou tot een verdere uitbouw van de rechtsorde van de arbeid kunnen bijdragen.³ En Van Gerven betoogde in meer algemene zin dat de beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht kunnen bijdragen tot de toetsing van vormen van gezagsuitoefening.⁴ Elders heb ik de betekenis van deze beginselen voor het ontslagrecht geanalyseerd.⁵ De rechtspraak over het goed werkgeverschap levert het materiaal voor een soortgelijke studie naar de relevantie van deze beginselen voor andere besluiten van de werkgever in het kader van de arbeidsovereenkomst.⁶

De term 'beginsel' moet worden onderscheiden van de term 'rechtsregel', al is de overgang tussen deze beide vloeiend.⁷ Bij een beginsel gaat het om 'grondgedachten, die in en achter ieder in wetsvoorschriften en rechterlijke uitspraken belichaamd

3 G. Hekkelman, *Tekorten van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1967, herdrukt in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer & Alphen aan den Rijn: Samsom 1977, p. 75-102, 89-92.

4 W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent & Zwolle 1983, p. 6-9.

5 Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 285-317. Hier zijn ook verdere literatuurverwijzingen te vinden.

6 Gezien het complementaire karakter van beide studies is in dit verband in beginsel afgezien van analyse van uitspraken die op basis van ontslagrechtbepalingen zijn gedaan. Regelmatig ontbreekt in ontslagzaken een beroep op goed werkgeverschap hoewel dit wel mogelijk zou zijn. Vgl. de noot van de redactie bij Rb. Rotterdam 3 mei 1991, *Prg.* 1991, nr. 3486.

7 Zie nader Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 214-217.

rechtssysteem liggen en waarvan de bijzondere bepalingen en beslissingen als uitwerking kunnen worden gedacht'.⁸

Tegen het gebruik van beginselen van behoorlijk bestuur voor toetsing van ondernemersbesluiten zijn wel bezwaren naar voren gebracht met verwijzing naar de verschillen tussen overheid en ondernemer.⁹

In dit verband zij gewezen op de waarschuwing van De Kluiver voor een te technisch-economische beschouwing van de onderneming, waarbij vraagstukken van legitimiteit en rechtvaardigheid uit het gezichtsveld verdwijnen. Dit gebeurt onder meer door de aanname dat voor een doelorganisatie, zoals een bedrijf, voor de rechtspositie van de betrokkenen (zoals de werknemers) geheel andere criteria zouden dienen te gelden dan voor hun positie als staatsburgers.¹⁰ Zo hebben de hierboven aangehaalde auteurs Van Leeuwen en Timmerman de neiging om - evenals de Ondernemingskamer waar deze spreekt over 'elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap' - *zakelijke* doelstellingen van de onderneming in de beginselen op te nemen. Kenmerkend voor de beginselen van behoorlijk bestuur is echter juist hun *ethisch* karakter, dat hen tot *rechts*beginselen in de strikte zin maakt.

Aan deze bezwaren kan echter wel tegemoet worden gekomen in die zin, dat de beginselen van behoorlijk bestuur in het arbeidsrecht niet op identieke wijze behoeven te worden toegepast als in het bestuursrecht. Eisen van zakelijke aard kunnen dus wel bij de toepassing van de beginselen worden verdisconteerd, ook al vormen zij geen zelfstandige ethische normen.

8 Paul Scholten, 'Rechtsbeginselen', in: Paul Scholten, *Verzamelde geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 395-412, 402.

9 Terughoudend toonde zich L. Timmerman, 'De concretisering van vage normen in het ondernemingsrecht', in: *Van vennootschappelijk belang (Maeijer-bundel)*, Zwolle 1988, p. 337-347, doch inmiddels blijkt hij positiever, vgl. zijn 'Enkele opmerkingen over normering van het handelen van bestuurders van n.v.'s en b.v.'s', *TVVS* 1992, p. 31-35.

10 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 343-344.

Toetsingsnorm. Hierbij komt het vraagstuk op welke wijze het werkgevershandelen dient te worden getoetst. Betreft het hier slechts een *marginale* toetsing? De Hoge Raad heeft hieromtrent overwogen dat de vraag of de werkgever zich al dan niet heeft gehouden aan de verplichting om zich te gedragen als goed werkgever *in volle omvang* is onderworpen aan toetsing door de rechter. Dat neemt niet weg dat de rechter bij *deze* toetsing 'niet alleen rekening moet houden met de aard van de dienstbetrekking en van de overeengekomen arbeid alsmede met de overige omstandigheden van het geval, maar ook met de beoordelingsvrijheid die de werkgever, gezien de aard van zijn bedrijf en van de daarin te verrichten werkzaamheden, ten aanzien van de organisatie en inrichting van de werkzaamheden toekomt'.¹¹

The proof of the pudding is in the eating. Uit mijn onderzoek bleek dat de belangrijkste voor het goed werkgeverschap relevante beginselen zijn het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Steeds zal bij de behandeling van deze beginselen worden getracht om aan de hand van rechtspraak rechtsregels te formuleren.

2.2 Zorgvuldigheidsbeginsel

Het bestuursrecht kent het materiële en het formele zorgvuldigheidsbeginsel. Het eerste wil zeggen dat een besluit zo min mogelijk schade dient te veroorzaken, eventueel door een financiële tegemoetkoming. Het arbeidsrecht kent dit vooral in het ontslagrecht met betrekking tot afvloeiingsregelingen. Het formele zorgvuldigheidsbeginsel betreft de procedure. Dit is nauwelijks wettelijk geregeld, maar wel in de rechtspraak te herkennen.

Onderzoeksplicht. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt mee dat de werkgever bij het nemen van voor de werknemer belangrijke beslissingen in de eerste plaats de nodige kennis dient te verzamelen omtrent de

11 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, JAR 1993/195 (Haaglanden Nuts/Hofman).

relevante feiten en de af te wegen belangen. Gestelde feiten dienen te worden onderzocht, indien zij onduidelijk zijn of verschillende conclusies mogelijk maken.

Klassiek is de onderzoeksplicht die werd aangenomen bij instemming met beëindiging van de arbeidsovereenkomst door een buitenlandse werknemer.¹² Datzelfde gebeurde bij een werknemer die een geestelijke stoornis ondervond in verband met een dubbel-functie.¹³ Ook al heeft de werkgever redenen om de werknemer te verdenken van strafbare feiten, het als schuldig behandelen zonder voldoende bewijs kan onzorgvuldig zijn en derhalve tot vergoeding van immateriële schade leiden.¹⁴ Met de plicht om zaken zorgvuldig te onderzoeken, hangt samen dat gedurende een onderzoek naar onregelmatigheden van ernstige aard schorsing geoorloofd kan zijn.¹⁵

De werkgever dient zich daarbij aan geldende procedures te houden.

Zo zal een door de cao voorgeschreven procedure moeten worden gevolgd,¹⁶ al kan de rechter leemten daarin aanvullen.¹⁷ Een goed werkgever is gehouden om een ontslag op staande voet zonder ontslagvergunning zorgvuldig en nauwgezet te overwegen.¹⁸ Een werkgever die de werknemer tot drie maal toe kennelijk lichtvaardig met een nietig ontslag trof had zijn plicht terzake grovelijk veronachtzaamd.¹⁹ Bij ontslag van de directeur van een BV werden notulen van de aandeelhoudersvergadering niet noodzakelijk geacht,²⁰ maar wel naleving van de statutaire

12 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457, hierbij werd niet verwezen naar goed werkgeverschap.

13 Ktg. Rotterdam 2 september 1992, *JAR* 1992/80.

14 Ktg. Rotterdam 29 augustus 1984, *Prg.* 1984, nr. 2185 (bedrijfsspionage); Ktg. Amsterdam 28 mei 1998, *JAR* 1998/145 (kastekorten).

15 Pres. Rb. Amsterdam 5 februari 1981, *Prg.* 1981, nr. 1605.

16 Hof Amsterdam 10 februari 1983, *NJ* 1984, 116.

17 Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 1984, *KG* 1984, 325; Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 juli 1992, *KG* 1992, 288.

18 Vgl. ook Rechtbank Utrecht 8 december 1976 en 20 juli 1977, *Prg.* 1977, nr. 1210, met noot L.H. van den Heuvel.

19 Ktg. Assen 1 juni 1961, *NJ* 1962, 172, *Prg.* 1976, nr. 1063.

20 Rb. Zwolle 21 april 1982 en 30 maart 1983, *Prg.* 1983, nr. 1996.

bevoegdheid van de ava met de mogelijkheid voor de directeur om zich te verweren. Dit leidde tot vernietiging van het besluit van de ava op grond van art. 2:11-13 BW(oud), wegens strijd met de goede trouw.²¹

Tot de geldende procedures behoren in beginsel ook regelingen voor functioneringsgesprekken en begeleidingsprocedures. Indien de werknemer disfunctioneert dient een goed werkgever deze door beoordelings- en functioneringsgesprekken de gelegenheid te bieden om beter te gaan werken.²² In bijzondere omstandigheden, zoals ernstig tekortschieten mag van zulk beleid echter worden afgeweken.²³

Tot dit onderdeel kan ook worden gerekend dat men een werknemer een behoorlijke kans moet geven. Zo kan men niet iemand binnen twee weken na overname van het bedrijf zonder gegronde redenen als mislukt beschouwen.²⁴ Een werkgever dient ook hulp te verschaffen om aan de eisen te kunnen voldoen.²⁵ En een werknemer moet ook nadat de kantonrechter een ontbindingsverzoek heeft afgewezen een faire kans krijgen om met een schone lei te beginnen.²⁶

Hoorplicht/recht op verweer. Een eerste eis bij het volgen van een correcte procedure is het voeren van *overleg*. Dit geeft de werknemer de gelegenheid om zich tegen eventuele verwijten te verweren en zelf bezwaren naar voren te brengen.

In zijn proefschrift over onderhandelen concludeert De Kluiver dat een 'recht' op overleg en onderhandeling binnen organisaties zich nog geen plaats heeft verworven in het klassieke juridische denken met betrekkingen tot de verhoudingen in ondernemingen of in het arbeidsrecht. Wel signaleert hij de ontwikkeling dat kantonrechters

21 Rb. Amsterdam 30 september 1992, *JAR* 1992/98. Interessant is dat een ontslag werd nietig verklaard op grond van een bepaling uit het algemeen deel van het BW, anders dan in HR 20 maart 1992, *JAR* 1992/11 (Nedlloyd 3), waarin dit in strijd werd geacht met het systeem van het ontslagrecht.

22 Ktg. Zevenbergen 22 november 1995, *Prg.* 1996, nr. 4487.

23 Ktg. Middelburg 18 mei 1998, *JAR* 1998/133.

24 Ktg. Apeldoorn 21 februari 1997, *Prg.* 1997, nr. 4733.

25 Ktg. Wageningen 5 maart 1997, *Prg.* 1997, nr. 4744.

26 Ktg. Eindhoven 31 januari 1995, *Prg.* 1995, nr. 4408.

bij de beoordeling van een ontslag mede in de beschouwing betrekken in hoeverre er sprake is geweest van overleg tussen werkgever en werknemer.²⁷ Nader onderzoek wijst uit dat het 'recht op overleg' wel degelijk op meer arbeidsrechtelijke onderwerpen betrekkingen heeft. Deze eis werd bijvoorbeeld gesteld voorafgaand aan een degradatie,²⁸ bij schorsing van een directeur door de Raad van Commissarissen²⁹ en bij wijziging in de werkzaamheden,³⁰ ingrijpende overplaatsing³¹ en op non-actiefstelling.³² Elders werd overwogen dat bezwaren tegen het functioneren van een werknemer niet van enige importantie zullen zijn als deze daarover niet is benaderd.³³ Het overleg kan ook inhouden het gezamenlijk zoeken naar alternatieven.³⁴ De werkgever dient te onderzoeken of verstoorde verhoudingen zijn te verbeteren en de werknemer kans te bieden op verweer tegen aantijgingen.³⁵

Betreft het een beleidsmatige kwestie voor de ondernemer, dan wordt het overleg soms niet met de individuele werknemers gevoerd, maar met de ondernemingsraad. Zo was het raadplegen van een ondernemingsraad voor oproepkrachten over de aard van de overeenkomsten een reden waarom het beleid van een werkgever niet in strijd was met goed werkgeverschap.³⁶

In een ander geval had de werkgever de instemming verkregen van de ondernemingsraad voor het besluit om eens per vier weken op zaterdag te werken. Nu deze instemming was gegeven en blijkens de gedingstukken na uitvoerig overleg, had de werkgever het zorgvuldigheidsbeginsel vervat in het vereiste van goed werkgeverschap volgens de kantonrechter naar behoren in acht genomen. Het bedrijfsbelang weegt zwaarder dan persoonlijke bezwaren van een

27 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer 1992, p. 341-343.

28 Ktg. Rotterdam 12 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3627, *KG* 1992, 383.

29 Pres. Rb. Assen 7 oktober 1992, *KG* 1992, 365.

30 Hof 's-Gravenhage 6 maart 1981, *NJ* 1982, 447. Terughoudend ten aanzien van waarborgen bij overplaatsing en functieverlaging: Rb. Alkmaar 27 januari 1983, *NJ* 1984, 194.

31 Ktg. Rotterdam 17 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3723 (naar Joegoslavië); Rb. Haarlem 28 september 1993, *JAR* 1994/43.

32 Hof 's-Gravenhage 6 maart 1981, *NJ* 1982, 447; Pres. Rb. Utrecht 27 mei 1983, *Prg.* 1983, nr. 1977; Pres. Rb. Haarlem 14 april 1989, *KG* 1989, 241.

33 Ktg. Enschede 19 november 1990, *Prg.* 1990, nr. 3361.

34 Ktg. Apeldoorn 28 augustus 1996, *Prg.* 1997, nr. 4696.

35 Ktg. Gouda 7 december 1995, *Prg.* 1996, nr. 4538.

36 Ktg. Amsterdam 31 december 1996, *JAR* 1997/20.

individuele werknemer.³⁷ Ik merk hierbij op, dat het niet is uitgesloten dat een besluit dat de instemming van de or geniet, toch zodanig onredelijk gevolgen heeft voor een individuele werknemer dat toepassing op die werknemer toch in strijd zou komen met goed werkgeverschap. Deze norm biedt ook de mogelijkheid om het collectieve belang te corrigeren.

Indien de werkgever van mening is dat de werknemer na arbeidsongeschiktheid en reorganisatie zijn werk niet meer aankan ligt het op de weg van de werkgever om dit zorgvuldig met de werknemer en de verzekerings- en bedrijfsarts te bespreken.³⁸

Ook tegenover *derden* dient de werkgever zich zorgvuldig te uiten over zijn werknemer.

Een universiteitsbestuur handelde in strijd met goed werkgeverschap door zonder voldoende voorafgaand overleg met de betrokken docent aan de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen een individuele beoordeling te verstrekken, welke ook nog in strijd met de waarheid bleek.³⁹ Het zonder goede grond verstrekken van negatieve informatie over de werknemer aan andere potentiële werkgevers en het niet tegenspreken van onjuiste geruchten over frauduleus handelen van de werknemer werd beschouwd als het niet gedragen als goed werkgever.⁴⁰ Het direct naar buiten brengen van een aangekondigd ontslag kan in strijd zijn met goed werkgeverschap.⁴¹ Een werkgever werd verplicht tot rectificatie van een per brief aan relaties gedane onjuiste mededeling over de werknemer die de suggestie inhield dat deze zich aan een ernstig vergrijp schuldig had gemaakt.⁴² Het 'zwart maken' van werknemers tegenover derden in het kader van een onterechte non-actiefstelling moest per brief of e-mail

37 Ktg. Enschede 20 februari 1997, *Prg.* 1997, nr. 4741.

38 Ktg. Terborg 25 maart 1993, *JAR* 1993/141.

39 Ktg. Tilburg 7 december 1989, *Prg.* 1990, nr. 3253.

40 Ktg. Amsterdam 19 mei 1992, *JAR* 1992/36.

41 Ktg. Eindhoven 12 mei 1997, *Prg.* 1997, nr. 4792; Pres. Rb. Utrecht 4 december 1997 en Ktg. Utrecht 20 januari 1998, *JAR* 1998/64.

42 Pres. Rb. Utrecht 21 juli 1994, *Prg.* 1994, nr. 4159.

aan alle werknemers en zakenrelaties worden gerectificeerd.⁴³ Ook mogen collega-werknemers niet onjuist worden geïnformeerd over een degradatie.⁴⁴ Evenmin is het geoorloofd een psychologisch rapport over werknemer ter inzage te geven aan collega's, terwijl dat hemzelf verboden was.⁴⁵

In verband met de mogelijkheid van beïnvloeding dient de rechter voorzichtig te zijn met door de werkgever ingeroepen getuigenissen van collega-werknemers. Schriftelijke verklaringen van nog in dienst zijnde werknemers dienen met de nodige terughoudendheid te worden gezien.⁴⁶ Het belasten van de werkverhouding door collega's een verklaring te laten tekenen dat zij niet meer willen samenwerken is onzorgvuldig.⁴⁷ Daarentegen werd het niet *onzorgvuldig geacht dat de werkgever een ontbindingsverzoek* indiende omdat de werknemer de boekhouding had vervalst. Weliswaar was daartoe opdracht gegeven door een leidinggevende, maar de werknemer had moeten begrijpen dat hij deze opdracht moest weigeren.⁴⁸ Van een standpunt van een werkgever in een ontbindingsprocedure dat door een rechter onjuist is bevonden, kan ook niet *in het algemeen* worden gesteld dat de onjuistheid van de gestelde feiten en/of beweringen meebrengt dat de desbetreffende werkgever heeft gehandeld in strijd met wat een goed werkgever betaamt. Hetzelfde geldt voor een werknemer. Wel zijn omstandigheden denkbaar waaronder het uiten van verwijten in strijd komt met goed werkgeverschap, bijvoorbeeld vanwege het nodeloos grievende karakter daarvan. Voor het overige is denkbaar dat uitlatingen die niet lichtvaardig zijn gedaan onder omstandigheden toch in strijd komen met de norm van goed werkgeverschap. In aansluiting bij de rechtspraak over onrechtmatige daad kunnen zulke omstandigheden zijn gelegen in: de aard van de verdenkingen (de mate waarin zij kwetsend zijn e.d.), de gevolgen van de publicatie voor de benadeelde (is

43 Ktg. Delft 8 april 1999, *Prg.* 1999, nr. 5166.

44 Ktg. Rotterdam 12 februari 1992, *KG* 1992, 383, *Prg.* 1992, nr. 3627.

45 Ktg. Eindhoven 8 april 1998, *Prg.* 1998, nr. 4980.

46 Ktg. Enschede 19 november 1990, *Prg.* 1990, nr. 3361; Ktg. Eindhoven 12 mei 1997, *Prg.* 1997, nr. 4792.

47 Ktg. Rotterdam 2 juni 1998, *Prg.* 1998, nr. 5008.

48 Ktg. Rotterdam 4 mei 1990 en 25 januari 1991, *Prg.* 1991, nr. 3490.

er grote bekendheid aan gegeven, wat voor schade heeft de betrokkene ervan ondervonden? e.d.), de inkleding van de verdenkingen (zakelijk of suggestief e.d.), de mate waarin de verdenkingen steun vonden in het ten tijde van de openbaarmaking beschikbare bronnenmateriaal, de mogelijkheden om het doel te bereiken langs minder belastende wegen etc.⁴⁹

In het geval dat een werknemer door een klant niet als trainer werd geaccepteerd en de werkgever wel bemiddelde, maar de zaak niet op de spits heeft willen drijven, werd geconcludeerd dat de werkgever niet in strijd had gehandeld met goed werkgeverschap, maar bij ontbinding wel een vergoeding moest betalen omdat het risico niet alleen bij werknemer lag.⁵⁰

Waarschuwingsplicht. Bij wangedrag of onvoldoende uitvoering van het werk ligt het voor de hand dat de werknemer wordt gewaarschuwd, voordat maatregelen worden genomen.

Zo werd geëist dat bezwaren schriftelijk kenbaar werden gemaakt vóór op non-actiefstelling, zodat de werknemer de gelegenheid had om zijn functioneren te herzien. Een behoorlijk werkgever hanteert als uitgangspunt dat een werknemer zich tegen klachten op aanvaardbare wijze moet kunnen verdedigen en bij gebleken juistheid van de klachten de tijd krijgt zijn prestaties te verbeteren.⁵¹ Ook werd het niet waarschuwen voor het geven van ontslag in strijd geacht met goed werkgeverschap.⁵² De werkgever mag bovendien niet zelf tekort schieten in een toereikende controle.⁵³ Voordat disciplinaire maatregelen worden getroffen ligt het op de weg van de werkgever om door overleg of formele functioneringsbegeleiding tot een wijziging van eventueel verkeerd gedrag van de werknemer te komen.⁵⁴ Indien een voorstel als een laatste

49 HR 25 september 1998, *JAR* 1998/214 (Tribulet/Albert Heijn).

50 Ktg. Amsterdam 7 juni 1993, *JAR* 1993/166.

51 Ktg. Amsterdam 10 februari 1986, *Prg.* 1986, nr. 2502; Ktg. Eindhoven 13 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3643; Ktg. Eindhoven 8 april 1998, *Prg.* 1998, nr. 4980.

52 Ktg. 's-Gravenhage 26 mei 1993, *JAR* 1993/163.

53 Ktg. Alkmaar 6 april 1994, *JAR* 1994/124.

54 Ktg. Amsterdam 23 december 1997, *JAR* 1998/75.

kans wordt beschouwd, dient dit tevoren aan de werknemer kenbaar te worden gemaakt.⁵⁵

De zorgvuldigheid brengt ook mee dat elk jaar het tegoed aan vakantierechten aan de werknemer wordt kenbaar gemaakt. In casu was bij gebreke daaraan verrekening van te veel opgenomen vakantiedagen bij het einde van de arbeidsovereenkomst in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁵⁶

Zorg voor de werksfeer. De werkgever draagt verantwoordelijkheid voor de sfeer op de plek waar de werknemer werkt. Uiteraard kan hij niet alle werknemers in de hand hebben. Maar wel kan hij datgene ondernemen en trachten te verbeteren wat op zijn weg als werkgever ligt.

Zo moet de werkgever het nodige ondernemen tegen het pesten van de werknemer (in casu wegens homofiele geaardheid) als hij dat kan. De kantonrechter aanvaarde niet het betoog dat een scheiding moet worden aangebracht tussen de relatie werknemer-werkgever en de relatie werknemer-collega's en directe chefs.⁵⁷

Als onzorgvuldig werd ook beschouwd het geval waarin een werkgever de werknemer voor de keuze stelde tussen schorsing en ziekteverlof, al liet de Hoge Raad dat weer over aan de omstandigheden van het geval.⁵⁸ Niet onzorgvuldig was het indienen van een verzoek om een ontslagvergunning, ook al achtte de werknemer het ontslag bij voorbaat kennelijk onredelijk. Er zou sprake zijn van strijd met het wettelijk systeem dat dit na afloop laat toetsen.⁵⁹ De werkgever was de verstoring van de arbeidsrelatie te verwijten met een werkneemster die, nadat zij de bij een hogere functie te verkrijgen arbeidsvoorwaarden niet direct had geaccepteerd, te horen kreeg dat de functie aan een ander was toebedeeld.⁶⁰ De werkgever mag verder niet onnodig

55 Pres. Rb. Utrecht 24 april 1997, *JAR* 1997/102.

56 Ktg. Brielle 24 februari 1998, *Prg.* 1998, nr. 4948.

57 Ktg. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg.* 1992, nr. 3614.

58 HR 21 april 1989, *NJ* 1989, 572 (Epping/St. Jan).

59 Ktg. Delft 9 januari 1986, *NJ* 1987, 455.

60 Ktg. Roermond 19 oktober 1993, *Prg.* 1994, nr. 4039.

grievend optreden tegen een met het HIV-virus besmette werknemer.⁶¹ Hij schiet ernstig tekort in zijn verplichtingen door een werknemer te ontheffen van zijn functie en later op onvoldoende gronden ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.⁶²

Van een werkgever mag indien een strafrechtelijk onderzoek tegen en veroordeling van een werknemer tot onrust leidt op de werkvloer worden verwacht dat deze een bemiddelende en voorlichtende rol speelt teneinde veroordelen tegen te gaan.⁶³

Ingeval van non-actiefstelling wordt nog wel eens gesteld dat de betrokken werknemer niet terug kan komen omdat collega's dit niet zouden willen. In een concreet geval werden zodanige verklaringen van collega's overgelegd. Geoordeeld werd dat niet aannemelijk was dat er opeens, terwijl er eerst ook werd samengewerkt, zodanige animositeit is ontstaan dat de terugkeer van de werknemer de stillegging van het bedrijf zal veroorzaken. Het is aan de werkgever om een en ander in goede banen te leiden.⁶⁴

In een gespannen verhouding kunnen emoties de overhand krijgen en een goede werkgever dient aan emotioneel getinte uitlatingen (in casu gebruik van het woord 'klootzak') niet onmiddellijk consequenties in de vorm van ontslag te verbinden. Hierbij kwam dat betrokkene zich bereid had verklaard excuses aan te bieden, zodat ook hij inzag te ver te zijn gegaan.⁶⁵ Bij oplaaierende gemoederen kan men niet van elkaar verwachten dat men zijn woorden op een goudschaaltje weegt.⁶⁶ Maar ook als de werknemer reden heeft voor verwijten tegen de werkgever wil dat niet zeggen dat hij genoodzaakt is de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Hij kan zich wenden tot de kantonrechter met het verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden en daarbij een vergoeding

61 Ktg. Utrecht 9 augustus 1993, *Prg.* 1993, nr. 3939.

62 Ktg. Eindhoven 25 februari 1993, *Prg.* 1993, nr. 3874.

63 Ktg. Breda 6 en 10 juli 1997, *Prg.* 1997, nr. 4814.

64 Pres. Rb. Utrecht 24 april 1997, *JAR* 1997/102.

65 Ktg. Enschede 28 november 1996, *Prg.* 1997, nr. 4688.

66 Ktg. Almelo 18 juni 1997, *Prg.* 1997, nr. 4806.

toe te kennen.⁶⁷ Bij onvoldoende reden voor ontbinding kan de werknemer schadevergoeding vorderen wegens schending van de norm van goed werkgeverschap.⁶⁸

Een advocaat dient ten opzichte van stagiaires tact, geduld en respect op te brengen.⁶⁹ Kennelijk in navolging van de reden voor het ontslagverbod bij ziekte werd geoordeeld dat een ingrijpende verandering in de rechtspositie, zoals functieverlaging, behoudens zeer dringende gevallen niet tijdens ziekte dient te worden doorgevoerd, om de werknemer van de daarmee gepaard gaande psychische druk te vrijwaren.⁷⁰

Belangenafweging. Als laatste onderdeel van het zorgvuldigheidsbeginsel dienen de wederzijds in aanmerking te nemen belangen zorgvuldig tegen elkaar te worden afgewogen (vgl. art. 3:4 Awb). Dit wordt als laatste behandeld, omdat in het arbeidsrecht vele belangenafwegingen al door concretere rechtsregels worden gemaakt.

Een voorbeeld waarin de belangenafweging door de rechter correct werd bevonden was de uitspraak waarin het eisen van een doktersverklaring voorafgaand aan verlof niet strijdig met goed werkgeverschap werd geacht indien op andere wijze moeilijk controle mogelijk is.⁷¹

In het kader van een voorlopige voorziening behoefde de werkgever van een vrachtauto-chauffeur ook niet de tachograafschijven te overleggen waarmee een aanspraak op overwerk zou kunnen worden vastgesteld.⁷²

De werkgever behoefde de werknemer niet toe te staan op de gebruikelijke wijze afscheid te nemen van oud-collega's en bewoners van het dagverblijf omdat daardoor hun belangen in het gedrang zouden kunnen komen.⁷³

67 Rb. 's-Gravenhage 24 februari 1993, *JAR* 1993/60. Het werd hier overigens niet duidelijk waarom niet los daarvan schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen of strijd met goed werkgeverschap kon worden toegekend.

68 Ktg. Hoorn 9 augustus 1993, *JAR* 1993/220.

69 Ktg. Utrecht 2 april 1997, *Prg.* 1997, nr. 4766.

70 Ktg. Amersfoort 3 december 1997, *JAR* 1998/10.

71 HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 453.

72 Ktg. Bergen op Zoom 25 mei 1988, *Prg.* 1989, nr. 3164.

73 Pres. Rb. Haarlem 14 augustus 1990, *KG* 1990, 299.

Evenmin behoefde de werkgever een verlof toe te staan aan een werknemster die haar man naar Curaçao wilde volgen.⁷⁴

Bij overlijden van een schepeling komen de kosten van overlijden aan boord en transportkosten van de persoonlijke bezittingen ook in geval van zelfdoding ten laste van de werkgever.⁷⁵

De werkgever is verplicht om mee te werken aan het aanmelden bij ziekte bij de sociale verzekeringen.⁷⁶

De werkgever handelt in strijd met goed werkgeverschap door de werknemer te wijzen op een niet-geldig concurrentiebeding, waardoor deze wordt weerhouden van het aanvaarden van een veel beter gehonoreerde betrekking.⁷⁷

De werknemer mocht een dienstwoning blijven bewonen zolang de werkgever achterstallige vergoedingen niet betaalde.⁷⁸ De werkgever was niet verplicht tot het betalen van een overwerkvergoeding, waar jarenlang zonder vergoeding overwerk was verricht en evenmin tot gratificatie nu hij zich de mogelijkheid van weigering daarvan duidelijk had voorbehouden.⁷⁹

Kritiek van de werkgever op het functioneren van een werknemer tijdens arbeidstherapie kan niet juist zijn en de geringe weerstand van betrokkene breken, waardoor de arbeidstherapie mede mislukt. Een en ander was aanleiding voor een kleine vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁸⁰

2.3 Zuiverheid van oogmerk

Het beginsel van zuiverheid van oogmerk houdt in dat bevoegdheden dienen te worden uitgeoefend overeenkomstig het doel waarvoor zij zijn gegeven (vgl. art. 3:3 Awb). Onderscheiden kunnen worden

74 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 28 juni 1988, *KG* 1988, 287.

75 Ktg. Rotterdam 13 maart 1986, *Prg.* 1986, nr. 2565. Ingevolge art. 397 WvK is de eis van goed werkgeverschap ook in de relatie tussen zeewerkgever en schepeling van toepassing.

76 Ktg. Groningen 8 november 1972, *Prg.* 1973, nr. 813.

77 Ktg. Schiedam 15 maart 1994, *Prg.* 1994, nr. 4145.

78 Ktg. 's-Hertogenbosch 14 april 1994, *Prg.* 1994, nr. 4113.

79 Ktg. Amsterdam 3 maart 1992, *Prg.* 1993, nr. 3797.

80 Ktg. Enschede 27 november 1998, *Prg.* 1999, nr. 5092.

misbruik van bevoegdheid (*détournement de pouvoir*), misbruik van procedure (*détournement de procédure*) en het vereiste van eerlijk spel (*fair play*).

Misbruik van bevoegdheid. Hierbij kan in de eerste plaats worden verwezen naar de concrete uitwerking van deze norm in art. 3:13 BW, dat reeds in par. 1.3 aan de orde kwam.

Een voorbeeld van een beroep op dit criterium was het geval waarin de werkgever een pers van de ene fabriek naar de andere overbracht, terwijl de aanvraag van een ontslagvergunning voor de betrokken werknemers nog aanhangig was. De rechter achtte dit echter niet in strijd met goed werkgeverschap.⁸¹

In deze categorie kan ook worden gezien de uitspraak waarin het jarenlang volharden in het ten onrechte aan de gewezen werknemer onthouden van wachtgeld in strijd werd geacht met de goede trouw, welke de werkgever ook tegenover zijn gewezen werknemer in acht heeft te nemen.⁸²

Ook in het kader van de proeftijd kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid. Zie hiervoor nader par. 3.6.

Draaideurconstructie. Een in het arbeidsrecht belangrijke vorm van misbruik van bevoegdheid vormt het gebruik maken van de 'mazen in de wet' om de bedoeling van de wet te omzeilen. Bij de zogeheten 'draaideurconstructie', ging het om het ontwijken van de bescherming die de wet tot 1999 de werknemer bood tegen een voortdurende onzekerheid door telkens verlengde contracten voor bepaalde tijd. De werkgever liet in deze constructie de werknemer afwisselend werken op tijdelijke contracten en via een uitzendbureau, om te voorkomen dat voor hem een opzegverplichting ontstond. De Hoge Raad verwierp een jarenlang gebruik van deze constructie in het befaamde Campina-arrest.⁸³ Men kan deze uitspraak van de Hoge Raad zien als gebaseerd

81 Pres. Rb. Haarlem 12 februari 1982, *KG* 1982, 38.

82 Ktg. Rotterdam 31 mei 1990, *Prg.* 1990, nr. 3575.

83 HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 (Campina), anders in lagere instantie Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 februari 1989, *KG* 1989, 103 en Hof 's-Hertogenbosch 19 december 1989, *KG* 1990, 55. In dezelfde zin als de Hoge Raad: Rb.

op strijd met goed werkgeverschap. Op soortgelijke wijze kon de rechter constructies doorprikken die er op gericht waren om een werknemers voortdurend op contracten voor bepaalde tijd te doen werken, ofschoon de cao dit alleen toeliet voor werkzaamheden 'kennelijk van tijdelijke aard'.⁸⁴

Sinds de invoering van de wet Flexibiliteit en zekerheid zal minder behoefte bestaan aan deze constructie omdat een keten van drie aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd binnen drie jaar steeds zal kunnen worden afgesloten zonder dat opzegging wordt vereist. Anderzijds is de onderbrekingsperiode voordat een nieuwe keten ingaat verlengd van 31 dagen tot drie maanden. Ten slotte is in het nieuwe artikel 7:668a BW bepaald dat een periode waarin hetzelfde werk als uitzendkracht wordt verricht, meetelt. Alleen voor het uitzendbureau zelf geldt deze regel de eerste 26 weken waarin uitzendwerk wordt verricht niet (art. 7:691, eerste lid BW-nieuw, verlengd tot een jaar door de Uitzendcao). De formulering luidt dat arbeidsovereenkomsten worden geacht te zijn voortgezet, indien zij zijn overeengekomen tussen de werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkaanders opvolgers zijn te beschouwen. Ten opzichte van vroeger laat de wet dus thans meer ruimte voor flexibiliteit, maar de draaideurconstructie is nog strakker ingeperkt dan in de rechtspraak van de Hoge Raad het geval was.

Onderbrekingstermijn. Inmiddels ging de lagere rechtspraak verder, door ook andere pogingen tot het omzeilen van de onderbrekingstermijn (destijds 31 dagen) te verwerpen.⁸⁵

In één uitspraak werd wel het vast patroon van opvolgende contracten voor bepaalde tijd met tussenpozen van 31 dagen, waarmee de cao werd omzeild, onaanvaardbaar geacht. Het werd ervoor gehouden dat de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd waren aangegaan. Voorts was niet gebleken dat de

's-Hertogenbosch 18 mei 1990, *NJ* 1991, 283 en Ktg. Amsterdam 3 november 1989, *NJ* 1990, 283.

84 Ktg. Alkmaar 31 augustus 1994, *Prg.* 1994, nr. 4204.

85 Kritisch over deze rechtspraak P.W. van Oosterom, Voortgezette dienstbetrekking; de 31-dagen-termijn ex art. 7A:1639f lid 4 BW, *ArbeidsRecht* 1995/2.

werkzaamheden waarvoor de werknemers waren ingeschakeld zo onzeker en onbepaald waren, dat niet duidelijk was of er na afloop van de tijdelijke contracten nog voldoende werkzaamheden zouden zijn.⁸⁶

In een ander geval werd een nieuwe dienstbetrekking toch als voortgezet aangemerkt, ook al ving deze niet aan binnen 32 dagen na de oude. Gezien de strekking van de desbetreffende cao-bepaling was het oogmerk om aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te ontkomen in strijd met goed werkgeverschap.⁸⁷

In een derde uitspraak werd de intentie van het telkens voor een bepaalde tijd aangaan van arbeidsovereenkomsten met tussentijdse onderbrekingen teneinde de ontslagbescherming te ontgaan een misbruik van recht genoemd en van de positie van de werkgever tegenover werkneemster die zeer afhankelijk wordt gehouden van de welwillendheid van de maatschap om haar telkens een nieuwe contractsperiode aan te bieden.⁸⁸

Zwakkere banden. Terughoudender was de rechtspraak wanneer er nog geen sprake was van een sterke band met de werkgever.

Bijvoorbeeld omdat de banden tussen uitzendbureau en inlener niet sterk waren,⁸⁹ een functie via een banenplan niet gelijk was te stellen met uitzendwerk⁹⁰ of de werknemer andere werkzaamheden verrichtte.⁹¹ Evenmin werd aanvaard het ontstaan van een arbeidsovereenkomst met de inlener door het overschrijden van de maximaal toegelaten duur van het ter beschikking stellen van een uitzendkracht.⁹² De Hoge Raad stond terughoudend tegenover de zgn. 'halve draaideur' (eenmaal voor het uitzendbureau werken, gevolg door een tijdelijk contract).⁹³

Een werkneemster die een min-maxcontract had geweigerd,

86 Vaste Commissie voor het Boekenuitgeverijbedrijf 8 oktober 1992, *JAR* 1992/103.

87 Ktg. Amsterdam 18 mei 1993, *JAR* 1993/161.

88 Ktg. Leeuwarden 20 september 1994, *Prg.* 1994, nr. 4185.

89 Rb. Zwolle 18 maart 1992, *JAR* 1992/31.

90 Ktg. Bergen op Zoom 2 september 1992, *JAR* 1992/79.

91 Ktg. Utrecht 14 oktober 1992, *JAR* 1992/124.

92 Ktg. Amsterdam 25 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3662, *JAR* 1992/15.

93 HR 17 november 1992, *JAR* 1992/148 (Volvo Car).

omdat zij voorheen via het uitzendbureau meer uren werkte, kon niet worden ontvangen door de kantonrechter omdat zij geen arbeidsovereenkomst met de inlener had gesloten. De kantonrechter adviseerde haar een onrechtmatiggedaadsprocedure en wees erop, dat zij beter het min-maxcontract had kunnen aanvaarden om zich vervolgens op goed werkgeverschap te kunnen beroepen.⁹⁴

Verlenging contract. Het ligt voor de hand de vraag te stellen of ook het niet verlengen van een contract voor bepaalde tijd onder omstandigheden een vorm van misbruik van bevoegdheid kan vormen. Het klassieke uitgangspunt van het Nederlandse arbeidsrecht is dat de werkgever hierin volledig vrij is (met inachtneming van de gevolgen die de wet - thans in artikel 7:668a BW - verbindt aan voortgezette contracten). Het toegenomen gebruik van flexibele arbeidsrelaties zou deze vraag echter actueler kunnen maken. Men kan zich voorstellen dat sprake is van een misbruik van bevoegdheid indien verlenging wordt geweigerd in strijd met een gebruik tot verlenging of indien de werknemer willekeurig geen verlenging wordt gegund, terwijl dit aan anderen in dezelfde positie wel wordt verleend.

De verplichting tot het aanbieden van een nieuw contract werd aangenomen omdat verhuizing onvoldoende grond vormt voor een weigering daarvan.⁹⁵ Daarentegen was toelating tot seizoenarbeid geen verplichting alleen omdat dit in voorgaande jaren steeds werd verricht.⁹⁶ In een ander geval had de werkgever tegenover een werknemer die gedurende 20 jaar hetzelfde seizoenwerk deed de vrijheid verloren om naar believen te beslissen om de werknemer al dan niet opnieuw een opnieuw een tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te bieden. Die vrijheid had zij alleen indien zij een goede reden had om geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. De gestelde disloyaliteit tegenover de directie kon echter niet als juist worden aanvaard.⁹⁷

94 Ktg. Apeldoorn 23 mei 1997, *Prg.* 1997, nr. 4819.

95 Ktg. Utrecht 13 mei 1993 en 23 september 1993, *JAR* 1994/51, *Prg.* 1994, nr. 4024.

96 Pres. Rb. Amsterdam 2 juli 1987, *KG* 1987, 311.

97 Ktg. Heerenveen 20 november 1996, *JAR* 1997/17.

In een ander geval werd de werkgever veroordeeld tot het aanbieden van een nieuw seizoencontract, omdat de werknemers na een ongeval nog in staat was om dit werk voor 50% te doen en niet was gesteld dat zonder het ongeval geen nieuwe arbeidsovereenkomst zou zijn aangeboden.⁹⁸ Een werknemers was weer niet gediscrimineerd toen er tijdens haar zwangerschap een nieuw contract voor minder uren was aangeboden, omdat zij geen feiten had gesteld waaruit volgt dat haar een arbeidscontract voor 40 uur zou zijn aangeboden indien zij niet zwanger was geweest.⁹⁹

Andere uitspraken. Enkele andere gevallen kunnen onder het hoofdjde 'misbruik van bevoegdheid' worden geplaatst:

- * Een werkgever werd verplicht om de werknemer gedurende een jaar lang de kans te geven zich te bewijzen in de positie van penningmeester.¹⁰⁰
- * Aangifte bij de politie bij verdenking van diefstal/verduistering was geoorloofd. Van een valse aanklacht is pas sprake indien degene die aangifte doet redelijkerwijze moet begrijpen dat de door hem aangewezen verdachte geen schuld treft.¹⁰¹
- * Het stoppen met de loonbetaling per giro, kennelijk er op gericht om de arbeidsongeschikte werknemer te dwingen op zijn werk en/of in het kantoor van zijn werkgever te verschijnen, is in strijd met goed werkgeverschap.¹⁰²
- * Het opdringen van een voor werknemer onredelijk bezwarend wijzigingsvoorstel van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd.¹⁰³
- * Het gebruik maken van toestemming van de RDA tot opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het niet beschikken over een verblijfsvergunning, terwijl nog tijdens de opzegtermijn wordt aangetoond dat de verblijfsvergunning zal worden verleend en werknemer reeds 14 jaar in dienst was.¹⁰⁴

98 Ktg. Amsterdam 26 maart 1998, *JAR* 1998/155.

99 Ktg. Utrecht 7 januari 1998, *JAR* 1998/142.

100 Ktg. Utrecht 20 september 1994, *JAR* 1994/223, *Prg.* 1994, nr. 4194.

101 Rb. Arnhem 25 juni 1992, *NJ* 1994, 205, *Prg.* 1993, nr. 3899.

102 Ktg. Alphen aan den Rijn 24 december 1993, *JAR* 1994/26.

103 Ktg. Dordrecht 17 november 1994 en 2 maart 1995, *Prg.* 1995, nr. 4300.

104 Ktg. Amsterdam 14 oktober 1994, *Prg.* 1995, nr. 4390.

Misbruik van procedure. Ook in procedures kunnen manipulaties van partijen worden beschouwd als handelen in strijd met goed werkgever/werknemerschap.

Als een beroep hierop kan worden beschouwd de stelling dat de werkgever moet meewerken aan het aanhouden van een ontbindingsprocedure totdat de kantonrechter kennis heeft kunnen nemen van de zienswijze van de Commissie Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen. Deze handelwijze werd echter niet in strijd met goed werkgeverschap geacht.¹⁰⁵ Ook werd het niet in strijd geacht met goed werkgeverschap indien de werkgever in een ontbindingsprocedure de zwangerschap van de werknemster verzwijgt, nu het aan werknemster is om dit in te brengen.¹⁰⁶ Evenmin werd strijd met goed werkgeverschap aangenomen bij het inbrengen van een omstreden stuk in de ontbindingsprocedure, waarbij de juistheid van de inhoud van het stuk in het midden werd gelaten.¹⁰⁷

Wel handelde een werkgever in strijd met de goede trouw en goed werkgeverschap door zijn werknemer te houden aan een niet-ontvankelijkverklaring door de geschilleninstantie voor het grafisch bedrijf, waardoor de weg naar de gewone rechter zou zijn afgesneden. Hij had de werknemer moeten wijzen op de in casu uiterst beperkte en van het gemene arbeidsrecht wel zeer afwijkende mogelijkheden om tegen ontslag op te komen.¹⁰⁸ Ook mocht een werkgever een werknemer niet houden aan zijn akkoordverklaring met de beëindiging van een arbeidsovereenkomst, nadat hij hem niet had ingelicht over de gevolgen welke die voor hem zouden kunnen meebrengen.¹⁰⁹

Eerlijk spel. Dit beginsel houdt in dat het bestuur de bestuurde geen mogelijkheden om voor zijn belang op te komen mag ontnemen door een overigens correcte handelwijze.

105 Pres. Rb. Rotterdam 22 mei 1984, *KG* 1984, 184.

106 Ktg. Amsterdam 21 juni 1994, *JAR* 1994/174.

107 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499.

108 Ktg. Amsterdam 25 november 1983, *Prg.* 1984, nr. 2186.

109 Ktg. Zuidbroek 17 augustus 1995, *Prg.* 1995, nr. 4440.

Klassiek voorbeeld hiervan was het geval waarin de werkgever de werknemer niet op de hoogte stelde voor zijn vakantie van de inmiddels ingediende ontslagaanvraag bij het arbeidsbureau, wetende dat de werknemer voor een groot aantal weken niet in Nederland zou zijn. Hierdoor kon de werknemer geen gebruik maken van zijn recht op wederhoor. Het beroep op goed werkgeverschap kon echter niet leiden tot nietigheid.¹¹⁰

Ook het tijdens ziekte van de werknemer beleggen van een vergadering over en zonder deze is strijdig met het beginsel van fair play.¹¹¹

Ten slotte werd het gebruik van een vennootschappenconstructie om het tantième-recht van een werknemer illusoir te maken in strijd geacht met de goede trouw.¹¹²

2.4 Motiveringsbeginsel

Het motiveringsbeginsel houdt in dat een besluit dient te berusten op een kenbare motivering die op feitelijk juiste gronden berust en het besluit kan dragen. In het bestuursrecht brengt dit onder meer mee dat de motivering dient te worden verstrekt, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat. Volstaan kan worden met een verwijzing naar een advies, indien dit de motivering bevat en van het advies kennis wordt gegeven. Wordt van een advies afgeweken dan moet ook dit worden gemotiveerd (vgl. art. 4:16 e.v. Awb).

Aanwezigheid kenbare motivering. In de eerste plaats dient een voor de werknemer ingrijpend besluit voorzien te worden van een opgave van de redenen. Zo is de eis van een redelijke grond veelvuldig gesteld bij disciplinaire maatregelen, zoals schorsing.¹¹³ Door het duidelijk kenbaar maken van de grond door de werkgever kan de werknemer eventueel de onwaarheid van de reden aantonen, dan wel kan blijken

110 Pres. Rb. Amsterdam 24 december 1985, *KG* 1986, 46.

111 Ktg. Enschede 19 november 1990, *Prg.* 1990, nr. 3361.

112 Rb. Roermond 9 februari 1984, *Prg.* 1985, nr. 2327.

113 Pres. Rb. Amsterdam 26 september 1973 en Hof Amsterdam 8 maart 1974, *NJ* 1974, 487.

dat de aangevoerde grond niet redelijk is.¹¹⁴ Het zonder redelijke grond aanzeggen dat de werknemer naar ander werk dient uit te zien gaf bijvoorbeeld aanleiding tot smartengeld.¹¹⁵ De reden mag evenmin vaag en onbegrijpelijk zijn.¹¹⁶

Wat betreft de eis van kenbaarheid werd de werkgever die naliel aan een gehandicapte werknemer informatie te verschaffen die nodig was om een duidelijk inzicht te krijgen in de juistheid en deugdelijkheid van de gronden voor de weigering om aangepast werk te verschaffen veroordeeld tot betaling van loon gedurende vier maanden.¹¹⁷ Het stelselmatig weigeren van nadere uitleg door de werkgever na een kritisch beoordelingsgesprek aan een werknemer die al bijna 25 jaar in dienst was leidde tot arbeidsongeschiktheid. Dit was aanleiding tot toekenning van materiële en immateriële schadevergoeding.¹¹⁸

Feitelijk juiste grondslag. De feitelijke grondslag ontbreekt als de aangevoerde reden niet de werkelijke is (zgn. 'valse reden').¹¹⁹ Dit was bijvoorbeeld het geval toen de werkgever zich beriep op een verstoorde arbeidsverhouding, terwijl hij geen maatregelen nam en nog wel sprak over een nieuwe opzet voor de toekomst.¹²⁰ Berust de motivering op een lopende ontslagprocedure (bijvoorbeeld in verband met vrees voor desinteresse en ongeconcentreerd werken) dan vervalt deze grond indien de ontslagprocedure is beëindigd.¹²¹ Een ander voorbeeld betrof de werkgever die een functieverlaging toepaste, terwijl hij het onvoldoende functioneren van werknemer niet aannemelijk kon maken, en de indruk niet kon wegnemen dat de werkelijke aanleiding werd gevormd door het feit dat werknemer een actie van medewerkers tegen een voorman had ondersteund.¹²² Een werkgever

114 Pres. Rb. Amsterdam 27 februari 1975, *Prg.* 1975, nr. 1034 (voor schorsing); Pres. Rb. Haarlem 14 april 1989, *KG* 1989, 241 (voor non-actiefstelling).

115 Ktg. Amsterdam 19 september 1986, *Prg.* 1986, nr. 2593.

116 Ktg. Apeldoorn 8 oktober 1997, *Prg.* 1998, nr. 4912.

117 Ktg. Rotterdam 30 juli 1986, *Prg.* 1986, nr. 2580.

118 Rb. 's-Gravenhage 26 februari 1992, *JAR* 1992/18; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, *JAR* 1993, 195 (Haaglanden Nuts/Hofman).

119 Voorbeeld bij Pres. Rb. Amsterdam 28 december 1979, *NJ* 1980, 458 (werkelijke reden voor schorsing was verstoorde onderlinge relatie binnen de directie).

120 Pres. Rb. Amsterdam 27 februari 1975, *Prg.* 1975, nr. 1034.

121 Ktg. Rotterdam 20 april 1984, *Prg.* 1984, nr. 2141.

122 Ktg. Amersfoort 3 december 1997, *JAR* 1998/10.

die al jaren doende was een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst op gronden die de beëindiging niet konden dragen, namelijk niet aannemelijk gemaakt disfunctioneren, terwijl het er voor moest worden gehouden dat de werkelijke reden reorganisatie was, werd veroordeeld tot vergoeding van f 40.000 netto aan immateriële schade.¹²³ Een werknemer was ziekte door overspannenheid wegens de vijandige houding van de werkgever. Hij werkte in die tijd bij een ander bedrijf en werd daarom op staande voet ontslagen. Dit was - hoewel laakbaar - slechts de stok om de hond te slaan, terwijl de werkgever zich niet voldoende heeft ingespannen om er nog iets van te maken.¹²⁴

Draagkrachtige motivering. Een aangevoerde reden heeft soms onvoldoende gewicht om een besluit te kunnen dragen ('voorgewende reden'). In feite komt deze toetsing het dichtst in de buurt van een inhoudelijke toetsing van het ondernemingsbeleid. In diverse uitspraken in de volgende hoofdstukken werd de eis gesteld dat de motivering van een besluit dit besluit kan dragen en soms wordt deze ontoereikend geacht.

Een voorbeeld vormen de aanwijzingen van de ANP-hoofdredacteur aan de chef ANP-redactie buitenland die werden beschouwd als onnodig betuttelend en gedetailleerd. Zij stonden derhalve op gespannen voet met de inhoud van een chefsfunctie welke ruimte voor eigen verantwoordelijkheid moet laten.¹²⁵ Een ander voorbeeld betrof de bediende van een studentensociëteit wie dronkenschap tijdens werktijd werd verweten. Dit verwijt was vaag en niet concreet onderbouwd, maar gezien de zwaarte van de taken en de leeftijd van de werknemer werd de arbeidsovereenkomst wel ontbonden met toepassing van correctiefactor 1,75.¹²⁶

123 Ktg. Deventer 1 mei 1995, *Prg.* 1995, nr. 4331.

124 Ktg. Zaandam 23 september 1993 en Rb. Haarlem 31 januari 1995, *JAR* 1995/154.

125 Raad van uitvoering CAO voor Dagbladjournalisten 15 mei 1991, *Prg.* 1991, nr. 3511.

126 Ktg. Rotterdam 9 juni 1997, *Prg.* 1997, nr. 4813.

2.5 Vertrouwensbeginsel

Dit is het beginsel dat gewekte verwachtingen niet mogen worden beschaamd. Rechten die de werknemer op goede gronden meende te bezitten, moeten zo mogelijk worden ontzien. De werkgever kan zulke verwachtingen wekken door

* het geven van inlichtingen

Een schorsing was onrechtmatig wegens de bij brief gewekte verwachting dat het ondernemen van andere stappen achterwege zou blijven, indien de werknemer voortaan tijdig op het werk zou verschijnen.¹²⁷

* het gedogen van een situatie

Wellicht valt hier het geval onder te brengen waarin een verplichting werd aangenomen om een gratificatie te betalen omdat dit ook in vroeger jaren gebeurde¹²⁸ en een verbod om een vast toegekend winstaandeel plotseling in te trekken.¹²⁹ Het laten toedienen van injecties door verpleegster die de praktijktoets daarvoor nog niet had gehaald, maakte het onduidelijk voor betrokkene dat zij het niet slagen voor dit examen moest melden.¹³⁰

* het doen van toezeggingen

Dit kan ook impliciet: zo mocht een werknemer op grond van maandenlange onderhandelingen over een regeling voor vervroegd afscheid verwachten dat een regeling tot stand zou komen.¹³¹

Een voorwaardelijk gedane toezegging tot hogere inschaling dient ook te worden nagekomen indien de gestelde voorwaarde pas meer dan 10 jaar later wordt vervuld.¹³²

Een werknemer die werd weggekocht na een 27-jarig dienstverband elders met een 'dienstverband-garantie' tot de 62e verjaardag, werd op 57-jarige leeftijd wegens reorganisatie buitenspel gezet. Overwogen werd dat de garantie slechts kon worden doorbroken indien zich onvoorziene wijzigingen in omstandigheden voordoen,

127 Hof Amsterdam 10 februari 1983, *NJ* 1984, 116.

128 Ktg. 's-Gravenhage 17 maart 1954, *Prg.* 1954, nr. 462.

129 Ktg. Haarlem 28 mei 1954, *NJ* 1955, 130.

130 Ktg. Arnhem 23 januari 1995, *Prg.* 1995, nr. 4272.

131 Pres. Rb. Utrecht 14 maart 1989, *KG* 1989, 171.

132 Rb. 's-Hertogenbosch 28 mei 1993, *Prg.* 1993, nr. 3920.

terwijl de werkgever de gevoelens van de werknemer nodeloos had gebruuskeerd door de gevolgen van de reorganisatie niet met belanghebbende personeelsleden te bespreken en hun mening te vragen. In verband met deze niet vlekkeloze en niet tactvolle aanpak werd werknemer een vergoeding bij ontbinding toegekend van f 450.000,--.¹³³

Als de werkgever de werknemer een gelijkwaardige functie toezegt met behoud van arbeidsvoorwaarden komt het feit dat geen gelijkwaardige functie kan worden gevonden voor zijn rekening.¹³⁴

In een ander geval werd vastgesteld dat de werkgever geen startsubsidie had toegezegd aan een werknemster om een galerie te beginnen, maar werd wel f 5.000,-- toegekend wegens immateriële schade als gevolg van een onvoldoende zorgvuldige besluitvorming als gevolg waarvan zij arbeidsongeschikt was geworden.¹³⁵

Zie voorts par. 3.7 voor pensioentoezeggingen.

* het maken van afspraken

Zo werd schadevergoeding toegekend aan een in het kader van een herstructurering ontslagen werknemer, omdat de werkgever anoniem nieuw personeel wierf, zonder de ontslagen werknemer daarbij te betrekken. Het herstructureringsplan hield in dat aanvulling van het personeel uit de ontslagenen moest gebeuren.¹³⁶

De werkgever kan zich niet aan een op grond van een overeengekomen sociaal plan verplichte betalingen onttrekken op grond van nader eenzijdig aan werknemer gestelde voorwaarden.¹³⁷

Indien een auto ter beschikking wordt gesteld aan de werknemer, dan kan het eenzijdig beëindigen hiervan worden beschouwd als een eenzijdige korting op het loon.¹³⁸ Ook tijdens de (destijds korte) tijd gedurende welke tijdens ziekte wettelijk het loon moet

133 Ktg. Harderwijk 15 mei 1996, *Prg.* 1996, nr. 4546.

134 Ktg. Utrecht 5 februari 1997, *JAR* 1997/73. Vgl. ook Ktg. Enschede 5 december 1996, *JAR* 1997/18, *Prg.* 1997, nr. 4695.

135 Ktg. Amsterdam 7 mei 1996, *JAR* 1996/134.

136 Ktg. Eindhoven 21 juni 1984, *NJ* 1985, 227.

137 Ktg. Terneuzen 5 juni 1987, *Prg.* 1987, nr. 2743.

138 Pres. Rb. Utrecht 15 februari 1990, *Prg.* 1990, nr. 3304.

worden doorbetaald behoudt de werknemer derhalve het recht de auto te gebruiken.¹³⁹

Intrekken van een jarenlang door de werkgever toegepaste premiecompensatieregeling was regelrecht in strijd met hetgeen met werknemers is overeengekomen, zodat geen sprake meer is van goed werkgeverschap. Een beroep op cao-bepalingen daartegen is in strijd met de goede trouw.¹⁴⁰

* de inhoud van andere besluiten

De werkgever dient zich te houden aan gewekte verwachtingen bij de verzelfstandiging van een functie, zodat deze niet binnen korte tijd wegvalt.¹⁴¹

Hij behoort rekening te houden met de verwachting dat de werknemer zijn werk langere tijd kan voortzetten, in plaats van nog geen jaar.¹⁴²

De werkgever die veel gewicht hecht aan handhaving van de bedrijfscultuur, zal bij het voor onbepaalde tijd in dienst nemen van een werknemer zich er zo zorgvuldig van dienen te overtuigen dat deze volledig in de bedrijfscultuur past, dat niet reeds na korte tijd ontbinding behoeft te worden gezocht van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die niet zelden elders een goede baan zal hebben opgegeven.¹⁴³

Indien reeds jarenlang een bonus wordt uitgekeerd, is de werkgever gehouden om eventuele wijzigingen in die praktijk op goede gronden en in redelijkheid aan te brengen.¹⁴⁴

Maar toelating tot seizoenarbeid was geen verplichting alleen omdat dit in voorgaande jaren steeds werd verricht.¹⁴⁵

Het toepassen van een nieuwe cao die op de onderneming van toepassing is geworden in plaats van de oude, was niet in strijd met goed werkgeverschap, omdat het personeel voldoende was

139 Ktg. Brielle 15 mei 1990, *Prg.* 1990, nr. 3284; vgl. voor behoud auto tijdens ziekte Ktg. Eindhoven 10 december 1992, *Prg.* 1993, nr. 3876.

140 Ktg. 's-Gravenhage 6 december 1990, *NJ* 1991, 570, *Prg.* 1991, nr. 3469. Zie voor andere rechtspraak over auto's: K.W.M. Bodewes, *De dienstauto: een heilige koe*, *ArbeidsRecht* 1994, nr. 61.

141 Ktg. Utrecht 30 juni 1993, *JAR* 1993/186.

142 Rb. Utrecht 29 juni 1994, *JAR* 1994/182.

143 Ktg. Nijmegen 24 juni 1994, *Prg.* 1994, nr. 4202.

144 Ktg. Amsterdam 30 juli 1998, *JAR* 1998/231.

145 Pres. Rb. Amsterdam 2 juli 1987, *KG* 1987, 311.

ingelicht, overleg was gevoerd met de or en ook de nieuwe cao een evenwichtige regeling van de arbeidsvoorwaarden bevatte.¹⁴⁶

Correctie fouten werkgever. Een bijzondere problematiek in het arbeidsrecht is de vraag in hoeverre de werkgever fouten die in het verleden zijn gemaakt, bijvoorbeeld in de salarisberekening, mag corrigeren. De salarisadministratie is tegenwoordig dusdanig ingewikkeld, dat het zo nu en dan voorkomen van fouten onvermijdelijk lijkt. Wel mag worden verwacht dat de werkgever de nodige zorgvuldigheid betracht om zulke fouten te voorkomen. In wezen gaat het hier ook om het beginsel van de rechtszekerheid. Wanneer mag de werknemer nu aannemen, dat van het salaris niet meer zal worden teruggevorderd?

Principieel tegenover elkaar staan daarbij uitspraken waarbij in het ene geval de fout mocht worden hersteld:

Hoewel de werknemer mag vertrouwen dat de loonadministratie van de werkgever correct is en hij de omrekening van bruto naar netto niet hoeft na te rekenen, verplicht het vertrouwen tussen partijen ook de werknemer mee te werken aan herstel van fouten (in casu ging het om een teveel betaald bedrag van f 1229,23) die door de werkgever te goeder trouw zijn gemaakt. Uitzonderingen zijn denkbaar:

- * indien enige jaren zijn verstreken
- * bij aanmerkelijke nalatigheid van de werkgever
- * indien de werknemer geen brood meer op de plank heeft.¹⁴⁷

maar in het andere geval niet:

In dat geval liet de goede trouw niet toe dat de werkgever van het als gevolg van een computerfout te veel betaalde bedrag van f 1268,26 meer terugvorderde dan f 250,-, ook al zou de werknemer hebben beseft dat hij te veel ontving.

¹⁴⁶ Ktg. Rotterdam 23 juli 1992, *JAR* 1992/121.

¹⁴⁷ Ktg. Dordrecht 17 oktober 1985, *Prg.* 1986, nr. 2430.

De werkgever is verantwoordelijk voor zijn computer, terwijl de rechter *vermoedt* dat bij de werknemer Schraalhans keukenmeester is.¹⁴⁸

En wat te denken van de uitspraak die terugvordering niet, maar verrekening wel toeliet?

Terugvordering van een suppletie van het ziekingeld die voor werknemer niet kenbaar was, was in strijd met goed werkgeverschap. Compensatie met een vordering van de werknemer werd echter wel toegestaan. Als argument werd gegeven dat gedane bestedingen in het dagelijks levensonderhoud een beletsel vormen voor toewijzing. Dit geldt bij verrekening niet.¹⁴⁹

Nader beschouwd liggen deze uitspraken echter minder ver uit elkaar dan het lijkt. De rechter maakt in deze gevallen steeds een afweging van de mate waarin terugvordering belastend is voor de werknemer. Relevante factoren zijn de goede trouw aan de kant van de werkgever, de tijdsduur van de fout en de sindsdien verstreken tijd, het inkomen van de werknemer en de omvang van het bedrag. Een langduriger fout met grotere gevolgen voor de werknemer zal een langduriger aanpassingsperiode vergen.

Een docent had meer dan vijf jaren salaris ontvangen volgens een hogere schaal dan die vermeld was in zijn akte van benoeming. Hoewel de werkgever terecht had afgezien van terugvordering van het teveel betaalde, werd de termijn van twee maanden waarop deze de salarisverlaging wilde doen ingaan te kort geacht. De redelijkheid gebood dit pas na zeven maanden te doen, gelet op de lange duur van de gemaakte fout.¹⁵⁰

148 Ktg. Rotterdam 3 juni 1985 en 9 september 1985, *Prg.* 1986, nr. 2411. In dezelfde zin Ktg. Heerenveen 20 november 1979, *Prg.* 1980, nr. 1948. Anders noot P. Abas, verwijzend naar HR 11 november 1960, *NJ* 1960, 599, waarbij het echter niet ging om de verhouding tussen een sterkere en zwakkere partij.

149 Rb. Breda 3 april 1990, *NJ* 1991, 282.

150 Ktg. Nijmegen 20 februari 1987, *Prg.* 1987, nr. 2673.

Samenvattend valt als regel te formuleren, dat de werkgever een ten voordele van de werknemer gemaakte fout bij de salarisberekening mag herstellen, ook indien de werknemer deze fout niet heeft kunnen herkennen. In het laatste geval dient het echter te gaan om een betrekkelijk recent gemaakte fout, waarbij de werkgever geen ernstig verwijt valt te maken en voor zover het inkomen van de werknemer hierdoor geen grote schokken ondergaat.

Procesrechtelijke aspecten. Ook in het procesrecht kan sprake zijn van handelen in strijd met goed werkgeverschap. De Hoge Raad acht het uitgangspunt evenwel terecht dat een beroep door de werkgever op verjaring slechts onder uitzonderlijke omstandigheden in strijd met redelijkheid en billijkheid kan komen.¹⁵¹

In het geval van een talmende proceshouding waardoor werknemer nodeloos lang in het onzekere werd gelaten, kon werkgever het onverschuldigd betaalde loon niet volledig terugvorderen.¹⁵²

De door de werkgever betaalde bedragen in verband met de overhevelingstoelage ten behoeve van premiebetaling volksverzekeringen kon niet worden teruggevorderd ook al bleek de werknemer niet verzekerd voor de volksverzekeringen. Door deze uitleg komen partijen in de situatie die zij bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden, te weten dat de werkgever een gedeelte van de premielast draagt (gelijk aan de overhevelingstoelage) en de werknemer voor het overige. De wijze waarop de dekking van deze risico's geschiedt gaat uitsluitend de werknemer aan.¹⁵³

2.6 Evenredigheidsbeginsel

De voor de werknemer nadelige gevolgen van een besluit van de werkgever mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (vgl. art. 3:4 Awb).

151 HR 5 maart 1999, *RvdW* 1999, 43C (T/FNV).

152 Ktg. Harderwijk 15 april 1998, *Prg.* 1998, nr. 4972.

153 HR 8 november 1996, *NJ* 1997, 84, *JAR* 1996/250 (Topmen/Hinrichsen); Rb. Alkmaar 20 juni 1996, *JAR* 1996/147 en HR 13 februari 1998, *NJ* 1998, 460 en 461, *JAR* 1998/71 (Inter-Services/Borst e.a.).

Dit beginsel speelt met name bij het treffen van disciplinaire maatregelen. Zo volgt onder meer uit het beginsel van goed werkgeverschap dat ontslag op staande voet in evenredigheid moet zijn met de ernst van het verwijtbaar gedrag.¹⁵⁴ In veel geschillen over de toepassing van disciplinaire maatregelen toetst de rechter impliciet aan dit beginsel. Wel is geoorloofd dat een disciplinaire maatregel minder streng is dan naar evenredigheid tot de verwijtbaarheid van het gedrag zou mogen.

Dit valt bijvoorbeeld op te maken uit de uitspraak waarin de rechter die de door de Vervoersbond FNV georganiseerde wegblokkades in december 1985 dermate evident en grof onrechtmatig achtte dat deze voldoende reden voor ontslag op staande voet opleverden. De werkgever was daarom ook gerechtigd de (minder vergaande) disciplinaire maatregel toe te passen van degradatie door indeling bij de reserve-chauffeurs.¹⁵⁵ Dat het oordeel van de rechter in deze zaak omstreden was, doet niet af aan de juistheid van zijn standpunt in abstracto op dit punt.

Andere voorbeelden van toepassing van het evenredigheidsbeginsel:

- * Incorrect gedrag rechtvaardigde geen onthouding van periodieke salarisverhogingen.¹⁵⁶
- * Toelating tot werkzaamheden kan verplicht zijn indien ontslag op staande voet een onevenredig zware maatregel is.¹⁵⁷
- * Ontslag vijf jaar na een fraude onder verontschuldigende omstandigheden is niet meer geoorloofd.¹⁵⁸
- * Een vordering tot tewerkstelling werd toegewezen, omdat de werknemer zich weliswaar had misdragen (mishandeling van een collega), maar gelet op de lange en onberispelijke staat van dienst had volstaan

154 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Utrecht 8 december 1976 en 20 juli 1977, *Prg.* 1977, nr. 1210.

155 Pres. Rb. Almelo 12 februari 1986, *Prg.* 1986, nr. 2482.

156 Ktg. Eindhoven 12 maart 1992, *Prg.* 1993, nr. 3948.

157 Ktg. 's-Gravenhage 26 mei 1993, *JAR* 1993/163; Ktg. Amsterdam 10 juni 1993, *JAR* 1993/199; Ktg. Deventer 26 mei 1994, *JAR* 1994/128.

158 Ktg. Amsterdam 2 juni 1993, *JAR* 1993/213.

kunnen worden met een disciplinaire staf als een waarschuwing met schorsing.¹⁵⁹

- * Niet-frauduleuze schending van interne regels van de bank inzake overboeking naar eigen rekening was geen dringende reden voor ontslag na 25-jarig dienstverband waarin werknemster goed functioneerde.¹⁶⁰
- * Nonchalant declaratiegedrag rechtvaardigt wel een correctie, maar geen ontslag op staande voet.¹⁶¹
- * Werkgever moet werknemer eerst attenderen op regel van het afrekenen van goederen voor eigen gebruik indien die regel vaker, ook door anderen, is overtreden.¹⁶²
- * Het geven van een kus door verwarmingsmonteur aan cliënte was onder omstandigheden niet verstandig, maar niet van zodanig gewicht dat dit een dringende reden voor ontslag opleverde, waardoor eis van wedertewerkstelling toewijsbaar is.¹⁶³
- * Ontslag van een werknemster die in een psychose verkeerde was buitenproportioneel; waarschuwing met looninhouding had meer voor de hand gelegen. Een beroep op een ontbrekend deskundigenoordeel kon werkgever niet baten, omdat hij door het ontslag de toepassing van artikel 7:629a BW onmogelijk had gemaakt.¹⁶⁴
- * Op eigen pas laten bijschrijven van 'air miles' voor klanten bij wijze van fooi was niet voldoende zwaarwegend voor ontslag op staande voet.¹⁶⁵

2.7 Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen naar evenredigheid ongelijk (gebod van differentiatie). Toegespitst tot een verbod van discriminatie, waarbij bepaalde criteria (zoals ras en geslacht) in het algemeen niet mogen

159 Ktg. Arnhem 5 juli en 25 oktober 1993 en 28 februari 1994, *JAR* 1994/67.

160 Ktg. Rotterdam 22 december 1997, *Prg.* 1998, nr. 4907.

161 Ktg. Amsterdam 22 december 1994, *Prg.* 1995, nr. 4280.

162 Ktg. Apeldoorn 14 augustus 1996, *Prg.* 1996, nr. 4665.

163 Ktg. 's-Hertogenbosch 27 mei 1999, *Prg.* 1999, nr. 5208.

164 Ktg. Zutphen 22 september 1998, *Prg.* 1999, nr. 5091.

165 Ktg. Alkmaar 29 december 1998, *JAR* 1999/37.

worden gebruikt om onderscheid te maken komt dit beginsel apart aan de orde in par. 3.8.

Het gebod van differentiatie kwam aan de orde in een zaak rond controle van de ziekte van een buitenlandse werknemer. A-G Koopmans stelde dat goed werkgeverschap een 'grondhouding' impliceert om buitenlandse werknemers net zo te behandelen als Nederlandse.

Waar het in de desbetreffende zaak echter ging om ongelijke controlemogelijkheden bij ziekte van familie in Marokko, bracht volgens Koopmans goed werkgeverschap juist differentiatie mee.¹⁶⁶

Het is vaak moeilijk aan te tonen dat sprake is van gelijke gevallen, om welke reden schending van het gelijkheidsbeginsel - hoezeer dit ook voor velen één van de meest aansprekende beginselen is - niet eenvoudig is aan te tonen. Toch is ook op dit gebied een aantal uitspraken gedaan waarin het beginsel werd bevestigd. Het gaat daarbij met name om het willekeurig uitsluiten van één werknemer van een algemene regeling.

Indien voor het gehele personeel looncompensatie wordt toegepast, behoort daarvan niet één werknemer naar willekeur te worden uitgesloten.¹⁶⁷

Indien het in het bedrijf gebruikelijk is aan alle werknemers die in december van enig jaar in dienst zijn hetzelfde cadeau of hetzelfde bedrag als kerstgratificatie te geven, staat het werkgever niet vrij om daarvoor ten aanzien van één personeelslid (in casu wegens langdurige ziekte) een uitzondering te maken. Het argument dat de desbetreffende uitkering een beloning voor inzet is, moet worden gepasseerd. Het is immers onaannemelijk dat alle andere werknemers precies gelijke inzet hebben getoond.¹⁶⁸

Een werknemer met langdurig dienstverband op aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werd voor de toepassing van een sociaal plan gelijkgesteld met werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst waren.¹⁶⁹

166 Conclusie bij HR 19 april 1991, *NJ* 1991, 453, welk college zich er zelf niet over uitlaat.

167 Ktg. Amsterdam 13 februari 1974, *Prg.* 1975, nr. 975.

168 Ktg. Utrecht 21 april 1992, *Prg.* 1992, nr. 3736.

169 Ktg. Rotterdam 19 februari 1991 en 10 december 1991, *Prg.* 1993, nr. 3986.

Opmerkelijk is ook de uitspraak waarin van de zeer hoge kosten van een Amerikaanse hoogleraar-getuige-deskundige slechts voor een gering deel ten laste van de werknemer (die het proces verloor) werd gebracht om ongelijkheid in financiële mogelijkheden met de werkgever (Philips in betere dagen) te compenseren. Het recht op een eerlijke behandeling bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen verzet zich er tegen dat een burger bij het geldend maken van een civiele aanspraak het risico loopt om te worden veroordeeld in exorbitant hoge proceskosten, alleen omdat de financiële mogelijkheden van de wederpartij nauwelijks zijn begrensd.¹⁷⁰

Gelijke beloning voor gelijke arbeid. Een werkelijke vernieuwing in het arbeidsrecht bracht de uitspraak van de Hoge Raad in de Agfa-zaak.¹⁷¹ Hierin erkende hij het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat. Dit rechtsbeginsel dient bij de toepassing van het goed werkgeverschap ingevolge art. 3:12 BW in acht te worden genomen.¹⁷² Als goed werkgever is de werkgever daarom verplicht ook ten aanzien van een jarenlang in dienst zijnde oproepkracht de arbeidsvoorwaarden met betrekking tot het personeel in vaste dienst in acht te nemen. Ter motivering van dit beginsel verwees de Rechtbank Arnhem in lagere instantie naar de erkenning van dit beginsel in geschreven en ongeschreven recht, zowel in algemene zin als toegespitst op de verhouding tussen mannen en vrouwen.¹⁷³ Verwezen werd naar de artikelen 23 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, 7 aanhef en onder a onder (i) IVESCR, 119 EEG-Verdrag,

170 Ktg. Eindhoven 18 april 1985, *Prg.* 1985, nr. 2344.

171 De uitspraak werd niet voor niets door de jury van het tijdschrift *Jurisprudentie Arbeidsrecht* uitgeroepen tot de meest baanbrekende uitspraak uit de periode 1992-1997.

172 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94, *Prg.* 1994, nr. 4081 (Agfa/Schoolderman).

173 Vgl. in dit opzicht de opmerking van P.A. Stein in zijn noot bij HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 689 (KLM), die het onrechtvaardig acht dat de norm van gelijke beloning wettelijk alleen tussen mannen en vrouwen geldt.

4 ESH, diverse EG-Richtlijnen, par. 2 WGB jo. art. 7:646 BW.¹⁷⁴ Wat de reikwijdte van dit beginsel van gelijk loon voor gelijk werk is, zal in de toekomst moeten worden beproefd. Zo stelt P.A. Stein in zijn noot bij het Agfa-arrest in de Nederlandse Jurisprudentie het niet als een gunstige ontwikkeling te beschouwen als de bevoegdheid zou worden erkend dat werknemers die menen dat zij te laag zijn ingeschaald in alle gevallen een eis tot verhoging van het loon bij de kantonrechter aanhangig kunnen maken op grond van dit rechtsbeginsel. Dat is volgens hem ook niet het oogmerk van het Agfa-arrest. Niettemin meen ik dat zeker gevallen van structurele ongelijke beloning voor hetzelfde werk zich wel lenen voor procedures waarin op dit rechtsbeginsel een beroep wordt gedaan. Daarbij laat overigens de formulering nog alle mogelijkheid tot differentiatie op grond van verschillende omstandigheden, zoals grotere ervaring, anciënniteit en arbeidsmarktpositie.

2.8 Conclusie

Samenvattend leiden de beginselen van goed werkgeverschap in hoofdzaak tot de volgende rechtsregels.

a. *Zorgvuldigheidsbeginsel*

Bij het nemen van beslissingen die de werknemer raken dient de werkgever zorgvuldig te handelen. Dit houdt in dat de werkgever

- * de nodige kennis verzamelt omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (onderzoeksplicht);
- * overleg voert met de werknemer en deze de gelegenheid geeft om zich tegen eventuele verwijten te verweren en zelf bezwaren naar voren te brengen;
- * bij wangedrag of onvoldoende uitvoering van het werk de werknemer waarschuwt, voordat maatregelen worden genomen;
- * zich inspant voor een goede werksfeer en
- * de wederzijds in aanmerking te nemen belangen zorgvuldig tegen elkaar afweegt.

¹⁷⁴ Ktg. Arnhem 20 januari 1992 en Rechtbank Arnhem 22 oktober 1992, *Prg.* 1992, nr. 3763.

- b. *Zuiverheid van oogmerk*. De werkgever dient bevoegdheden uit te oefenen overeenkomstig het doel waarvoor zij zijn gegeven.
- c. *Motiveringsbeginsel*. De werkgever dient besluiten die de werknemer raken te voorzien van een kenbare motivering, die op feitelijk juiste gronden berust en het besluit kan dragen.
- d. *Vertrouwensbeginsel*. De werkgever mag door hem gewekte verwachtingen niet beschamen.

De werkgever mag een ten voordele van de werknemer gemaakte fout bij de salarisberekening herstellen, ook indien de werknemer deze fout niet heeft kunnen herkennen. In het laatste geval kunnen slechts fouten worden hersteld die van recente datum zijn en waarbij de werkgever geen ernstig verwijt valt te maken. Bij het herstel mag het inkomen van de werknemer geen grote schokken ondergaan.

- e. *Evenredigheidsbeginsel*. Indien de werkgever een disciplinaire maatregel neemt mag deze niet zwaarder zijn dan in evenredigheid is met de ernst van het verwijt aan de werknemer.
- f. *Gelijkheidsbeginsel*. De werkgever dient werknemers in gelijke gevallen gelijk te behandelen en in ongelijke gevallen naar evenredigheid ongelijk (gebod van differentiatie).

Gelijke arbeid moet in gelijke omstandigheden op gelijke wijze worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat.

Nieuwe arbeidsrechtelijke onderwerpen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zullen arbeidsrechtelijke onderwerpen worden geïnventariseerd waarop de norm van goed werkgeverschap materieelrechtelijk vernieuwing heeft gebracht. Aan de orde komen het recht op tewerkstelling, de combinatie van werkgeverschap en ouderschap, de arbeidsomstandigheden, seksuele intimidatie, de proeftijd, pensioen, grondrechten, functiewaardering en klachtrecht.

3.2 Recht op tewerkstelling

Dit recht is reeds een discussiepunt geweest ten tijde van de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907. In het ontwerp van 1901 was een artikel opgenomen dat de werkgever zou verplichten de werknemer in voldoende mate de bedongen arbeid te verschaffen. In het wetsontwerp uit 1904 was deze verplichting echter verdwenen, met als argument dat dit niet, zoals het loon, een bestanddeel van de arbeidsovereenkomst vormde. Voorts werd er op gewezen dat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet valt te vrezen dat de werkgever de werknemer lichtelijk zonder voldoende arbeid zal laten en dat zo de praktijk al zulke gevallen zal aanwijzen, de werkgever in strijd zal handelen met de algemene verplichting van goed werkgeverschap. In de loop van het debat werden als voorbeelden genoemd werknemers die geoefend moeten blijven in hun werk, die op stukloon werken of die er belang bij hebben dat het publiek hen blijft zien.

De Hoge Raad concludeerde in 1965 dat deze wetsgeschiedenis 'geen andere conclusie toelaat dan dat de wetgever ten aanzien van de vraag of de werkgever verplicht is de arbeider in staat

te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, geen algemene regel heeft willen stellen, doch het antwoord op die vraag in het kader van de in art. 1638z [thans: 7:611, GHvV] omschreven algemene verplichting van de werkgever zich als 'goed werkgever' te gedragen, van de aard van de dienstbetrekking en van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden van elk geval heeft willen doen afhangen.'¹

Dat geen andere conclusie zou zijn toegelaten, is op zichzelf niet juist. Hoewel een uitspraak van minister Van Raalte tijdens de parlementaire behandeling *op zichzelf bezien* aanleiding zou kunnen geven tot deze conclusie, geeft de wetsgeschiedenis *als geheel beschouwd* meer aanleiding voor de conclusie dat de werkgever die de werknemer zonder voldoende grond geen arbeid verschaft niet als goed werkgever handelt.² Dat is iets anders dan het 'per geval beoordelen' waartoe het arrest van de Hoge Raad leidt.

Daarnaast zijn sinds 1907 de opvattingen veranderd over het belang bij arbeid van de werknemer. In die tijd was de arbeid vaker zwaar en onaangenaam. De werknemer had er slechts in bepaalde, met name genoemde gevallen een specifiek belang bij daadwerkelijk te kunnen arbeiden. Dit waren gevallen waarin de werknemer zijn loon dreigde te verliezen. Het paste in de tijd waarin de wet tot stand kwam dat de nadruk werd gelegd op het behoud van loon.

Tegenwoordig is het uitoefenen van arbeid voor een veel grotere groep werknemers ook een zelfstandig belang geworden, al was het maar omdat het moeilijker is naar een andere baan te solliciteren indien men geen betrekking heeft. Daarnaast spelen ook immateriële aspecten mee, zoals de mogelijkheid van zelfontplooiing, ontwikkeling van capaciteiten en participatie in de samenleving. Door niet te mogen

1 HR 26 maart 1965, *NJ* 1965, 163 (Walsweer/Acmesa).

2 Ook S.G. Canes, *Critische Systematische Commentaar op de wet op het Arbeidscontract*, Groningen: P. Noordhoff 1908, p. 240 rekent de verplichting om werk te verschaffen kennelijk op basis hiervan tot die van de goede werkgever. Vgl. ook de weergave van B. Hes, *Het arbeidscontract*, Groningen: J.B. Wolters 1909, p. 97-98. De oudere rechtspraak was verdeeld, zie P. Zonderland, 'De verplichting van de werkgever om de arbeider feitelijk te werk te stellen', *SMA* 1959, p. 75-87, 77.

werken kan een werknemer zich in zijn persoonlijkheid aangetast voelen. Däubler brengt dit laatste, principiële aspect als volgt indringend onder woorden:

'Weiter kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer die Arbeit braucht, um seine Qualifikation zum Beispiel als Pilot, Schauspieler, Wissenschaftler usw. zu erhalten, sondern entscheidend ist allein das existentielle Interesse, nicht als 'nutzlos' in die Ecke gestellt und von sinnvoller Arbeit ausgeschlossen zu werden.'³

Dit belang is ook tot uitdrukking gebracht in de diverse grondrechtenbepalingen over het recht op arbeid. In feite gaat het hier om een vorm van horizontale werking van dat recht.⁴ Niet in de zin dat de werkgever *te allen tijde* gehouden zou zijn werk aan te bieden, maar wel dat hij voor het onthouden van zo'n aanbod een redelijke grond moet hebben, gelegen in hetzij het gedrag van de werknemer hetzij de hoeveelheid werk die voorhanden is of de organisatie van de onderneming. Vervolgt de Hoge Raad het genoemde arrest terecht met de overweging dat

'de vraag wat ten opzichte van de verschaffing van voldoende arbeid van een goed werkgever in de zin van art. 1638z [thans: 7:611, GHvV] mag worden verwacht, haar antwoord [zal] moeten vinden in de thans heersende opvattingen en al mogen die opvattingen ten opzichte van die welke golden, in de tijd waarin de Wet op de arbeidsovereenkomst tot stand kwam, wijziging hebben ondergaan',

teleurstellend is het vervolg, dat

'ook thans voor de beantwoording van die vraag geen algemene regel valt te stellen, ook niet die welke ten grondslag ligt aan het tweede onderdeel van het middel, volgens hetwelk thans in algemene zin zou gelden dat de werkgever steeds gehouden is

3 Wolfgang Däubler, *Das Arbeitsrecht 2, Leitfaden für Arbeitnehmer*, 5. Auflage, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt 1988, p. 280.

4 Zie hierover uitvoerig Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 223-227.

de werknemer in voldoende mate arbeid te verschaffen, tenzij het van hem om redenen, hetzij van persoonlijke, hetzij van zakelijke aard, niet zou kunnen worden gevergd de werknemer de bedongen arbeid te doen verrichten.⁵

In de literatuur is het standpunt van de Hoge Raad bestreden en de lagere rechtspraak heeft het sindsdien in feite verlaten.⁶ Met name in de vele kort geding-procedures omtrent schorsing en 'non-actiefstelling' pleegt de rechter sinds de jaren zeventig wel uit te gaan van de regel dat de werkgever een geldige reden moet hebben om de werknemer toelating tot het werk te weigeren.⁷

Het getuigt daarom van weinig oog voor de rechtsontwikkeling op dit punt dat de Hoge Raad zijn standpunt uit 1965 in latere arresten ongemotiveerd heeft herhaald.⁸ Wel werd dit in zoverre genuanceerd, dat de werkgever er in beginsel rekening mee moet houden, dat de werknemer aanspraak zal maken op hervatting van zijn arbeid of eventueel andere passende arbeid. Met het oog op een mogelijke gegrondheid van een dergelijke aanspraak mag in beginsel worden verwacht dat hij in zijn bedrijf de mogelijkheid daartoe openhoudt.

5 HR 26 maart 1965, *NJ* 1965, 163 (Walsweer/Acmesa).

6 Vgl. M. Brink, 'Schorsing en onvrijwillige non-activiteit van werknemers', in: *Onverwijldde Spoed, het kort geding en andere spoedprocedures in het Nederlandse recht (Jonge Balie-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 61-68; R.A.A. Duk, 'Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling; een voorbeeld van rechtsvinding in het arbeidsrecht', in: *Recht op Scherp (W. Duk-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 495-506.

7 Zie bijv. hoe de zelfde Haarlemse rechtbankpresident in 1984 nog voorop stelt dat een werknemer in het algemeen geen recht op arbeid heeft en slechts in bijzondere gevallen tewerkstelling kan vorderen (Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 1984, *KG* 1984, 325), maar ruim twee jaar later overweegt dat de werknemer in overeenstemming met de heersende beginsel-opvatting recht heeft op toelating tot het werk (Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1987, *KG* 1987, 110).

8 HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264 (Possemis/Hoogenboom); HR 27 mei 1983, *NJ* 1983, 758; HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (Chelbi/Klene).

Dit zal minder kunnen worden verwacht naarmate de werknemer - zonder goede grond zoals arbeidsongeschiktheid - langer met zijn eis wacht.⁹

Met de aarzeling van de Hoge Raad om het recht op tewerkstelling te erkennen loopt onze hoogste rechtspraak ook achter op Duitsland, waar de theorie dat een plicht tot tewerkstelling slechts in bijzondere gevallen zou gelden reeds decennia geleden heeft moeten wijken voor de grondrechtstheorie. Het Bundesarbeitsgericht ziet het recht op tewerkstelling als onderdeel van het recht op ontplooiing van de persoonlijkheid van de werknemer, dat ook zijn waardigheid betreft. De werkgever mag slechts op grond van een gewichtige reden tewerkstelling weigeren. Alleen over het recht op tewerkstelling gedurende de opzegtermijn zijn de meningen verdeeld.¹⁰

De lagere rechtspraak heeft zich van deze houding van de Hoge Raad weinig aangetrokken, waarschijnlijk omdat het belang van de werknemer bij voortzetting van zijn arbeid jarenlang gezien de grote werkloosheid evident was. Daarmee zien we echter wel een betrekkelijk zeldzaam voorbeeld van het negeren door de lagere rechter van de rechtspraak van de Hoge Raad. De lagere rechtspraak heeft ruime ondersteuning gevonden in de literatuur.

In de rechtspraak van de Hoge Raad zijn twee uitzonderingen te onderkennen. De werkgever is wel verplicht om de gehandicapte werknemer in staat te stellen arbeid te verrichten welke voor

9 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (Chelbi/Klene). Vgl. voor een soortgelijke vorm van rechtsverwerking bij herstel van dienstbetrekking HR 10 april 1987, *NJ* 1988, 5. Zie voorts voor het later opnieuw kunnen vorderen van tewerkstelling Ktg. Rotterdam 12 januari 1996, *JAR* 1996/36.

10 Vgl. afgezien van de reeds aangehaalde Daübler ook Hans Brox, *Arbeitsrecht*, Stuttgart: Kohlhammer 1989, p. 72 en 111; Manfred Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Deventer: Kluwer Law International 1987, p. 64; ook reeds P. Zonderland, 'De verplichting van de werkgever om de arbeider feitelijk te werk te stellen', *SMA* 1959, p. 75-87, die voorzichtig hetzelfde over Frankrijk concludeert. Voor een aan Duitsland identieke situatie in Zwitserland Manfred Reh binder, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern: Stämpfli 1986, p. 75-76.

zijn krachten en bekwaamheden is berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kan worden opgedragen, zulks tenzij op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden moet worden geoordeeld dat dit redelijkerwijze niet valt te vergen (zie nader par. 4.6).¹¹ De Hoge Raad heeft ook een verplichting tot het oproepen van oproepkrachten aangenomen, indien er werk beschikbaar is en het contract die verplichting meebrengt.¹²

Door de weigering een algemene regel te geven komt de Hoge Raad ook niet toe aan het leveren van bijdragen aan de rechtseenheid. Aangezien het hier meestal gaat om vonnissen in kort geding,¹³ die een acuut probleem moesten oplossen, is er dikwijls toch al geen aanleiding om hoger beroep in te stellen. Een poging tot samenvatting van de rechtspraak levert het volgende op.¹⁴

Zelfde regels voor schorsing en non-actiefstelling. Theoretisch kan een onderscheid worden gemaakt tussen een schorsing en andere vormen van non-actiefstelling. Schorsing is een disciplinaire maatregel die volgt op verwijtbaar gedrag van de werknemer. Andere redenen voor non-actiefstelling zijn het ontbreken van voldoende werk, overtolligheid als gevolg van reorganisaties en conflicten op het werk waarbij de schuldvraag in het midden ligt. Voor de rechtsregels op dit punt lijkt dit overigens weinig verschil te maken, zoals blijkt uit de overweging van sommige rechters dat 'non-actiefstelling rechtens het zelfde begrip omvat als schorsing'.

11 HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309, *Prg.* 1985, nr. 2391 (Van Haaren/Cehave).

12 HR 25 januari 1980, *NJ* 1980, 264, (Possemis/Hoogenboom).

13 Een kort geding is hiervoor overigens niet noodzakelijk. De kantonrechter kan ook op grond van art. 116 Rv een voorlopige voorziening treffen. Vgl. Ktg. 's-Hertogenbosch 3 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3628.

14 Ik sluit hierbij aan op de vuistregels die zijn geformuleerd door R.A.A. Duk, 'Over de goede werkgever en het recht op feitelijke tewerkstelling; een voorbeeld van rechtsvinding in het arbeidsrecht', in: *Recht op Scherp (W. Duk-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 495-506, 505.

Geldige reden. Allereerst wordt geëist dat voor de niet-tewerkstelling een grond wordt aangevoerd die voldoende zwaar weegt om dit ingrijpende middel te rechtvaardigen.¹⁵ Een enkele rechter gaat nog iets verder en overweegt dat art. 7:611 BW de werkgever verplicht tot het zoveel mogelijk verschaffen van de overeengekomen of daarmee vergelijkbare arbeid.¹⁶

In één geval werd overwogen dat bij een limitatieve opsomming van de schorsingsgronden in de arbeidsovereenkomst een schorsing op een andere grond nietig is.¹⁷ Men kan zich afvragen of dit een verstandige uitspraak is. Aangezien schorsing geldt als minder vergaand middel dan ontslag op staande voet waarvoor zo'n beperking niet geldt, zou de werkgever in dit geval (ontuchtige handelingen van een hoofd van een kinderbeschermingstehuis, tegen wie ook strafvervolgning was ingesteld) licht tot het zwaardere middel kunnen overgaan. In het geval van een schorsingsgrond die buiten de in de cao genoemde valt, zou ik daarom bepleiten dat de werkgever redenen moet aanvoeren voor de schorsing die ook zouden kunnen gelden als een dringende reden voor ontslag.

Een soortgelijke problematiek geldt met betrekking tot de volgens de cao te volgen procedure. Minder sterk acht ik de motivering dat een non-actiestelling langer dan de cao toelaat wordt geaccepteerd op grond van 'doelmatigheid' wegens het wegvallen van het vertrouwen in de werknemer.¹⁸ Op deze wijze verliest een dergelijke regeling in de cao haar betekenis. Een schorsing van de hoofdredacteur van het Friesch Dagblad in strijd met de procedure van het redactiestatuut werd wel opgeheven.¹⁹

- 15 Bijvoorbeeld Pres. Rb. Amsterdam 26 september 1973 en Hof Amsterdam 8 maart 1974, *NJ* 1974, 487; Pres. Rb. Amsterdam 27 februari 1975, *Prg.* 1975, nr. 1030; Pres. Rb. Amsterdam 28 december 1979, *NJ* 1980, 458; Ktg. Rotterdam 2 september 1992, *JAR* 1992/80.
- 16 Ktg. Rotterdam 11 juni 1986, *Prg.* 1986, nr. 2583.
- 17 Pres. Rb. Amsterdam 10 maart 1977, *NJ* 1977, 405.
- 18 Pres. Rb. Middelburg 1 december 1993, *KG* 1994, 9.
- 19 Pres. Rb. Leeuwarden 29 december 1993, *KG* 1994, 151.

Schorsing als disciplinaire maatregel. Wanneer de aanleiding tot de schorsing bij de werknemer ligt zijn veelal de eer en goede naam van de werknemer in het geding en is de schorsing diffamerend. Daarom moeten er sterke redenen aanwezig zijn, temeer wanneer het werk een levensvervulling betekent en de functie belangrijk is.²⁰ Bijvoorbeeld gold dit voor een werknemer die een zware verantwoordelijkheid voor de computer had verzaakt.²¹ Of voor een werknemer die gefraudeerd had met een kloksysteem om en eigen onderneming in stand te houden.²² Bepaalde redenen zijn evident onvoldoende, bijvoorbeeld het niet-instemmen door de werknemer met een salarisverlaging²³ of het door de werkgever aansturen op ontslag in verband met het opnemen van ouderschapsverlof.²⁴ Ook kan een schorsing onrechtmatig zijn omdat de duur ervan bij benadering niet te schatten is.²⁵ Terugzetting van een voetballer van de klasse van Arie Haan van de A- naar de C-selectie door Ajax was gelijk te stellen met schorsing voor onbepaalde tijd. Voor voetballers werd daarbij het recht op arbeid in beginsel erkend.²⁶ Wangedrag kan schorsing rechtvaardigen, indien dit ernstig genoeg en niet incidenteel is.²⁷

Ook voor onderzoek naar onregelmatigheden van ernstige aard kan een schorsing aanvaardbaar zijn.²⁸ Een nog niet gegrond gebleken verdenking van fraude vormde echter in een bepaald geval onvoldoende grond voor non-actiefstelling, ook al was de werknemer onzorgvuldig omgesprongen met financiële verantwoordelijkheden. Tewerkstelling bracht daar echter geen onaanvaardbare risico's mee.²⁹

20 Hof 's-Hertogenbosch 24 juni 1981, *NJ* 1982, 49.

21 Pres. Rb. Amsterdam 3 december 1981, *KG* 1982, 1.

22 Ktg. Deventer 16 augustus 1994 en 23 september 1994 en Pres. Rb. Zutphen 22 november 1994, *Prg.* 1995, 4222.

23 Pres. Rb. Utrecht 28 juli 1994, *JAR* 1994/183.

24 Amsterdam 30 augustus en 15 september 1994, *JAR* 1994/222, *Prg.* 1994, nr. 4187.

25 Hof Amsterdam 10 februari 1983, *NJ* 1984, 116.

26 Pres. Rb. Amsterdam 3 april 1975, *NJ* 1975, 285, *Prg.* 1975, nr. 1022, met kritische noot P. Abas.

27 Pres. Rb. Breda 20 december 1985, *KG* 1986, 62 (vertrouwenondermijnend gedrag).

28 Pres. Rb. Amsterdam 5 februari 1981, *Prg.* 1981, nr. 1605.

29 Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 juni 1994, *Prg.* 1994, nr. 4126.

Twee ongevallen in het internationale vrachtvervoer die de chauffeur ernstig te verwijten waren, rechtvaardigden een schorsing.³⁰

Non-actiefstelling kan ook de suggestie wekken van een ontslag op staande voet wegens ernstige redenen en dit diffamerende karakter kan een reden zijn om opheffing te gebiedten.³¹ De werkgever faalt ook wanneer deze na ziekte van de werknemer geruime tijd niets laat horen op een verzoek om weer te mogen werken.³²

Non-actiefstelling zonder verwijtbaarheid. In geval van conflicten op het werk kan ingrijpen door schorsing nodig zijn; in dat geval speelt de schuldvraag een rol. Deze zal niet altijd doorslaggevend zijn. In sommige gevallen is ook zonder schuld van de werknemer ingrijpen noodzakelijk door non-actiefstelling. Gezien het ontbreken van verwijtbaarheid dient de grond voor non-actiefstelling dan te berusten op objectieve omstandigheden bij de werkgever.

De criteria voor toelating van non-actiefstelling verschillen per rechter, maar meestal wordt in verschillende bewoordingen terughoudend geoordeeld. Daarbij wordt soms gewezen op het diffamerende karakter ervan (waarbij wordt gewezen op het moeilijker kunnen vinden van ander werk) en op de benadeling van de positie van de werknemer in de ontbindingsprocedure. Zo overwoog de ene rechter dat voor non-actiefstelling slechts in uitzonderingsgevallen plaats is,³³ waarbij van de werkgever in redelijkheid toelating tot het werk niet langer kan worden gevergd.³⁴ Een andere rechter overwoog dat een op non-actiefstelling slechts is geoorloofd, indien hiervoor zwaarwegende en aan de werknemer medegedeelde redelijke gronden zijn.³⁵ Weer een andere rechter acht non-actiefstelling slechts dan redelijk en toelaatbaar indien slechts op deze wijze een einde kan worden gemaakt aan een onhoudbare situatie binnen een bedrijf of

30 Ktg. Rotterdam 8 oktober 1993, *KG* 1993, 412.

31 Pres. Rb. Utrecht, 21 juli 1994, *Prg.* 1994, nr. 4159.

32 Ktg. Eindhoven 29 september 1993, *Prg.* 1994, nr. 4049.

33 Ktg. Nijmegen 28 november 1997, *JAR* 1998/25.

34 Pres. Rb. Amsterdam 23 december 1997, *JAR* 1998/181; Pres. Rb. Amsterdam 6 oktober 1994, *KGK* 1994, 1342.

35 Pres. Rb. Utrecht 2 februari 1996, *JAR* 1996/61; Pres. Rb. Utrecht 24 april 1997, *JAR* 1997/102.

daarmee zo'n situatie kan worden voorkomen.³⁶ Dit kan bijvoorbeeld een ruzie tussen twee werknemers betreffen, waardoor zij niet meer kunnen samenwerken en de organisatie van het werk daaraan niet kan worden aangepast.³⁷ Gaat het om reorganisatie dan wordt de werkgever iets meer beleidsruimte gelaten dan bij schorsing als disciplinaire maatregel,³⁸ maar ook in dat geval moet er voldoende reden aanwezig zijn.³⁹ Ook indien een sociaal plan voorziet in de mogelijkheid van non-actiefstelling, is daarvoor eerst plaats indien van de werkgever in redelijkheid niet langer kan worden gevergd dat hij de werknemer tot de bedongen arbeid toelaat.⁴⁰ Ten aanzien van directeuren krijgt de werkgever soms meer beleidsvrijheid,⁴¹ waarschijnlijk om te garanderen dat de aandeelhouders zeggenschap houden over de onderneming. Ook bij het ontbreken van zwaarwegende gronden voor non-actiefstelling werd bijvoorbeeld geen toelating tot het werk bevolen wegens de inmiddels ontstane vertrouwensbreuk en verschillende beleidsinzichten.⁴²

Gaat het om gebrek aan werk, dan zal aangetoond moeten worden dat geen enkel werk meer voorhanden is, zeker als een heel collectief op non-actief wordt gesteld.⁴³ Wijziging van de functie-inhoud als reden voor non-activiteit dient aannemelijk te zijn.⁴⁴ Bij een ongemotiveerd terreinverbod door een opdrachtgever moet de werkgever

36 Pres. Rb. Utrecht 27 mei 1983, *Prg.* 1983, nr. 1977; Pres. Rb. Utrecht 14 oktober 1983, *Prg.* 1984, nr. 2044.

37 Ktg. Rotterdam 5 februari 1998, *Prg.* 1998, nr. 4928.

38 Hof 's-Gravenhage 6 maart 1981, *NJ* 1982, 447: functie na reorganisatie vervallen, in afwachting van ontslagvergunning op non-actief gesteld; Pres. Rb. Zutphen 18 augustus 1981, *KG* 1981, 128: geen onrechtmatige non-actiefstelling bedrijfsleider; Pres. Rb. Rotterdam 8 februari 1984, *NJ* 1986, 240 en Hof 's-Gravenhage 9 november 1984, *NJ* 1986, 240: sociaal plan bij inkrimping personeelsbestand; op non-actiefstelling niet onrechtmatig.

39 Pres. Rb. Leeuwarden 24 september 1985, *NJ* 1986, 502: non-actiefstelling zonder gegronde redenen onrechtmatig.

40 Pres. Rb. Amsterdam 6 november 1997, *JAR* 1998/63.

41 Pres. Rb. Zwolle 26 augustus 1988, *KG* 1988, 372.

42 Pres. Rb. Utrecht 4 december 1997 en Ktg. Utrecht 20 januari 1998, *JAR* 1998/64. Hier volgde ontbinding met correctiefactor 4.

43 Pres. Rb. Utrecht 6 juni 1984, *KG* 1984, 191. Minder kritisch is Pres. Rb. Roermond 16 maart 1987, *KG* 1987, 165, die de leer van de Hoge Raad volgt.

44 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 23 december 1991, *Prg.* 1992, nr. 3774.

zich inspannen om de werknemer aan het werk te houden.⁴⁵ Ook een verstoorde arbeidsverhouding kan aanleiding zijn om geen toelating tot het werk te gelasten.⁴⁶ Na een bevel tot tewerkstelling als voorlopige voorziening door de rechter is de werkgever niet bevoegd tot non-actiefstelling zonder enig nieuw, niet bij het treffen van de voorziening in aanmerking genomen feit.⁴⁷ Het argument dat de betrokken functies reeds zijn vervuld werd niet gehonoreerd omdat betrokkenen steeds hadden geprotesteerd tegen non-actiefstelling.⁴⁸ Het terugvorderen van een auto door de werkgever wegens non-actiefstelling tijdens de ziekte van de werknemer werd niet geoorloofd geacht.⁴⁹ Het niet toelaten na een non-actiefstelling tot de oude werkzaamheden met de mogelijkheid om het gewone inkomen te verdienen en alleen nemen van stappen onder dreiging met een kort geding werd beschouwd als 'in flagrante strijd met goed werkgeverschap'.⁵⁰ Het mislukken van onderhandelingen over overname van een bedrijfsonderdeel door werknemers kan geen reden zijn voor non-actiefstelling.⁵¹

Na een non-actiefstelling van een groepsleider na onbewezen beschuldigingen van seksueel misbruik van kinderen had de werkgever zich voldoende zorgvuldig opgesteld en had betrokkene zelf de terugkeer verhinderd door het stellen van voorwaarden.⁵² Een andere werkgeefster had zich als goed werkgeefster opgesteld door niet onmiddellijk nadat een agogisch werker in verband was gebracht met ontucht met minderjarigen en ook niet nadat hij door de strafrechter was veroordeeld om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken, maar hem een andere functie toe te wijzen. Na zodanige negatieve signalen dat het voortbestaan van de organisatie in gevaar zou worden gebracht was ontbinding van de arbeidsovereenkomst wel gerechtvaardigd.⁵³

45 Ktg. Apeldoorn 20 maart 1996, *Prg.* 1996, nr. 4531.

46 Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 november 1985, *Prg.* 1986, nr. 2561; Pres. Rb. Amsterdam 18 juni 1992, *KG* 1992, 226.

47 Pres. Rb. Middelburg 11 september 1992, *KG* 1992, 326.

48 Pres. Rb. Amsterdam 17 september 1992, *KG* 1992, 329.

49 Ktg. Eindhoven 10 december 1992, *Prg.* 1993, nr. 3876.

50 Ktg. Breda 3 november 1997, *Prg.* 1998, nr. 5007.

51 Ktg. Delft 8 april 1999, *Prg.* 1999, nr. 5166.

52 Ktg. Amsterdam 21 september 1995, *Prg.* 1996, nr. 4476.

53 Ktg. Nijmegen 18 december 1998, *Prg.* 1999, nr. 5133.

Niet vooruitlopen op ontslag. Het nastreven van ontslag rechtvaardigt niet zonder meer schorsing. De bezwaren tegen de werknemer moeten daarvoor voldoende zwaarwegend zijn.⁵⁴ Zo kan het verloop van de ontslagprocedure meestal worden afgewacht.⁵⁵ Schorsing alleen op grond van een reorganisatieplan en de verwachting dat in verband daarmee een ontslagvergunning zou worden verkregen, werd ongeoorloofd geacht.⁵⁶ Ook non-actiefstelling op grond van een reorganisatieplan dat alleen in geheim overleg met de or is besproken, terwijl niet duidelijk is waarom twee jongere collega's zouden mogen blijven werd niet in overeenstemming geacht met de normen van goed werkgeverschap.⁵⁷

In elk geval zal het wegvallen van de noodzaak van ontslag de grond voor schorsing doen vervallen.⁵⁸ Hetzelfde geldt bij weigering van de ontslagvergunning, ook al wordt een nieuwe aanvraag gedaan,⁵⁹ en bij intrekking van een ontbindingsverzoek.⁶⁰

De rechter overweegt bij schorsingen gedurende ontslagprocedures dikwijls hoe groot de kans is dat de ontslagprocedure succes zal hebben: bijvoorbeeld werd tewerkstelling toegewezen omdat een ontbindingsverzoek wegens een verband met het or-lidmaatschap mogelijk niet zou worden toegewezen,⁶¹ omdat er vermoedelijk sprake was van kennelijk onredelijk ontslag⁶² en omdat vermoedelijk ten onrechte op staande voet is ontslagen.⁶³ Een iets terughoudender formule heeft de Haarlemse President: bij de verwachting dat de rechter de dringende redenen voor een ontslag op staande voet niet aanwezig zal achten dient

54 Pres. Rb. Amsterdam 11 maart 1982, *KG* 1983, 73.

55 Pres. Rb. Amsterdam 28 december 1979, *NJ* 1980, 458 (aandeelhoudersvergadering afwachten); Pres. Rb. 's-Gravenhage 24 januari 1984, *KG* 1984, 58; Hof Amsterdam 10 februari 1983, *NJ* 1984, 116; Ktg. Utrecht 11 oktober 1994, *JAR* 1994/228, *Prg.* 1994, nr. 4200.

56 Ktg. Zaandam 16 april 1993, *JAR* 1993/212, *Prg.* 1993, nr. 3973.

57 Ktg. Eindhoven 11 juni 1996, *JAR* 1996/158.

58 Ktg. Rotterdam 20 april 1984, *Prg.* 1984, nr. 2141.

59 Pres. Rb. Amsterdam 5 augustus 1976, *NJ* 1977, 294.

60 Ktg. Rotterdam 11 juni 1986, *Prg.* 1986, nr. 2583.

61 Ktg. Amsterdam 4 februari 1994, *JAR* 1994/56.

62 Ktg. Rotterdam 18 maart 1994, *JAR* 1994/81.

63 Pres. Rb. Haarlem 21 oktober 1986, *KG* 1987, 10; Pres. Rb. Haarlem 30 januari 1987, *KG* 1987, 110; Ktg. 's-Gravenhage 26 mei 1993, *JAR* 1993/163; Ktg. Amsterdam 10 juni 1993, *JAR* 1993/199; voor collectief ontslag op staande voet: Ktg. Harderwijk 6 mei 1992, *JAR* 1993/159.

de werknemer te worden tewerkgesteld, tenzij handhaving in het bedrijf de belangen van de werkgever en de verhoudingen binnen het bedrijf onevenredig zwaar zou treffen.⁶⁴

Ook een non-actiefstelling mag niet prejudiciëren op een komende ontslagprocedure.⁶⁵ Hetzelfde geldt voor een detachering bij een transfer-afdeling.⁶⁶ Indien de omstandigheden welke volgens de werkgever non-actiefstelling nodig maakten lang hebben voortgeduurd voordat tot het opleggen van non-activiteit werd overgegaan, valt niet in te zien waarom tewerkstelling hangende een ontslagprocedure niet kan worden voortgezet.⁶⁷ Ook werd een verplichting tot tewerkstelling aangenomen omdat geen sprake was van overdracht van de afdeling waar de werknemer was aangesteld.⁶⁸ De werknemer kan belang hebben bij opheffing van de non-actiefstelling omdat deze zijn positie in een lopende ontbindingsprocedure nadelig kan beïnvloeden.⁶⁹

Wel kan het feit dat binnenkort uitspraak te verwachten is in de ontbindingsprocedure of wordt beslist over de aanvraag van een ontslagvergunning een grond zijn om de vordering van wedertewerkstelling voorshands af te wijzen.⁷⁰ Hierbij kan meespelen dat de werknemer langdurig door ziekte en vrijwillige non-activiteit afwezig was geweest.⁷¹ Na een periode van conflict, gevolgd door ziekteverlof, is het echter nog steeds aan de werkgever om duidelijk te maken

64 Pres. Rb. Haarlem 24 november 1992, *Prg.* 1993, nr. 3787; Pres. Rb. Haarlem 2 juli 1993, *Prg.* 1993, nr. 3935.

65 Pres. Rb. Zutphen 10 maart 1982, *KG* 1982, 53; Pres. Rb. Utrecht 27 mei 1983, *Prg.* 1983, nr. 1977; Pres. Rb. Amsterdam 26 juli 1984, *KG* 1984, 227; Ktg. Eindhoven 20 oktober 1994, *JAR* 1994/241. Ten aanzien van ontbinding: Pres. Rb. Amsterdam 19 december 1991, *KG* 1992, 49; Pres. Rb. Haarlem 11 mei 1993, *JAR* 1993/188, *KG* 1993, 278.

66 Pres. Rb. Amsterdam 17 september 1992, *KG* 1992, 329.

67 Pres. Rb. 's-Gravenhage 24 juli 1990, *Prg.* 1990, nr. 3316.

68 Pres. Rb. Assen 26 januari 1993, *KG* 1993, 92.

69 Ktg. Amsterdam 3 december 1992, *KG* 1993, 80.

70 HR 18 maart 1988, *NJ* 1988, 510 (*Sigma Coatings*); Pres. Rb. Amsterdam 18 juni 1992, *KG* 1992, 49; Pres. Rb. Leeuwarden 7 maart 1996, *JAR* 1996/191; Ktg. Boxmeer 16 december 1997, *JAR* 1998/31; Pres. Rb. Assen 28 januari 1999, *JAR* 1999/43. Over deze problematiek S.F. Schütz, 'Non-activiteit voor of tijdens een ontslagprocedure', in: M. Orkin-Vos e.a., *Goed werkgeverschap, Vier visies*, Amsterdam: Dossier Arbeid & Recht 1994, p. 31-34.

71 Pres. Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 1992, *KG* 1992, 289; Pres. Rb. Zwolle 20 mei 1996, *Prg.* 1996, nr. 4618.

waarom een werknemer zijn oude functie niet kan hervatten.⁷² In één geval werd aangenomen dat geen recht bestaat op tewerkstelling na een rechtsgeldige opzegging.⁷³ Een non-actiefstelling hangende de ontbindingsprocedure werd aanvaard, omdat de werknemer (analist/programmeur) in staat zou zijn grote schade toe te brengen aan het geautomatiseerde systeem van de werkgever.⁷⁴

Een werknemer is niet verplicht aan sollicitaties mee te werken indien hij betwijfelt of de werkgever de juiste keus heeft gemaakt om hem voor afvloeiing in aanmerking te brengen.⁷⁵ Ook het op non-actief stellen als gevolg van het toepassen van onjuiste selectiecriteria voor ontslag is in strijd met goed werkgeverschap.⁷⁶ Bij verschil van mening over arbeidsongeschiktheid en steun voor de werknemer van één of meer artsen dient niet te snel ontslag (en dus non-actiefstelling) te volgen.⁷⁷

Bij een vernietigd ontslag waarbij een loonvordering is toegewezen, zal niet na verloop van tijd alsnog ook tewerkstelling kunnen worden gevorderd. De Hoge Raad sprak in deze situatie van een 'krachteloze' overeenkomst.⁷⁸ Alleen bij bijzondere omstandigheden kan bij een krachteloze overeenkomst weer een tewerkstellingsvordering worden toegewezen. Het dreigende verlies van een verblijfsvergunning is daarvoor onvoldoende.⁷⁹ Een dergelijke overeenkomst kan door ontbinding ten einde komen. Relevante factoren voor een vergoeding zijn dan de loonsom toegekend in het eerdere vonnis, ontvangen uitkeringen, wettelijke verhoging, rente, immateriële schadevergoeding.⁸⁰ Het langdurig achterwege blijven van actie van de werknemer tegen een non-actiefstelling kan aanleiding zijn om een voorziening

72 Ktg. Utrecht 28 augustus 1992, *JAR* 1992/91.

73 Ktg. Boxmeer 9 februari 1988, *Prg.* 1988, nr. 2866. Zoals hierboven opgemerkt is de Duitse rechtsleer hierover verdeeld.

74 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 3 maart 1994, *KG* 1994, 108.

75 Ktg. Utrecht 25 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3640.

76 Ktg. Schiedam 27 oktober 1998, *JAR* 1998/243.

77 Ktg. Amsterdam 28 maart 1997, *KG* 1997, 162; zie over de arbeidsongeschiktheid in deze zaak Ktg. Amsterdam 17 januari 1997, *KG* 1997, 161.

78 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (Chelbi/Klene).

79 Rb. Amsterdam 26 juni 1996, *JAR* 1996/162.

80 Ktg. Amsterdam 21 oktober 1993, *NJ* 1994, 285 *JAR* 1994/18 1993, *NJ* 1994, 285 *JAR* 1994/18, die spreekt van een 'slapende' arbeidsovereenkomst.

te weigeren.⁸¹ Zo had een werknemer zijn recht op tewerkstelling na ongeveer zeven maanden stilzitten verwerkt, ook was er onvoldoende grond voor de non-actiefstelling.⁸² Wanneer de werkgever vergeefs een ontslagvergunning heeft verzocht en ontbinding is geweigerd kan echter wederom tewerkstelling worden gevorderd.⁸³

Aanvechten ontslag. Een vordering tot tewerkstelling kan door de werknemer worden benut om een ontslag op staande voet direct aan te vechten,⁸⁴ of een schorsing gedurende een door de werkgever aangespannen hoger beroep tegen de in eerste instantie door de werknemer gewonnen ontslagprocedure.⁸⁵ Bij terugkeer na ziekte kan de werknemer via een tewerkstellingsprocedure bereiken dat hij zijn oude taken weer krijgt toegewezen.⁸⁶ Hetzelfde geldt na een non-actiefstelling tijdens een vergeefs verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.⁸⁷ Ook kan in gevallen waarin onduidelijkheid bestaat over de vraag of een arbeidsovereenkomst aanwezig is hierover een voorlopige uitspraak worden verkregen, bijvoorbeeld:

* bij oproeparbeid;⁸⁸

81 Ktg. Rotterdam 31 maart 1995, *Prg.* 1995, nr. 4305; Ktg. Gorinchem 9 oktober 1995, *JAR* 1995/241.

82 Ktg. Utrecht 3 januari 1996, *JAR* 1996/49.

83 Ktg. Rotterdam 12 januari 1996, *JAR* 1996/36.

84 Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 4 maart 1982, *KG* 1982, 77; Pres. Rb. Amsterdam 11 maart 1982, *KG* 1982, 73; Ktg. Amsterdam 16 april 1992, *KG* 1992, 368; Ktg. Deventer 26 mei 1994, *JAR* 1994/128; Ktg. Apeldoorn 6 juli 1995, *JAR* 1995/186.

85 Pres. Rb. Amsterdam 30 december 1982, *KG* 1983, 44.

86 Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 april 1984, *KG* 1984, 132.

87 Ktg. 's-Gravenhage 1 september 1994, *Prg.* 1995, nr. 4264.

88 Ktg. Groningen 25 januari 1983, *Prg.* 1983, nr. 1997; Pres. Rb. Utrecht 15 mei 1986, *Prg.* 1986, nr. 2529; Rb. Amsterdam 25 maart 1992, *JAR* 1992/8 (geen arbeidsovereenkomst en dus geen recht op tewerkstelling voor stand by-stewardessen KLM); Ktg. Zwolle 21 juli 1992, *JAR* 1992/60 (afroepcontract in feite arbeidsovereenkomst, tewerkstelling verplicht); Ktg. Almelo 24 maart 1994, *JAR* 1994/201 en Rb. Almelo 21 december 1994, *JAR* 1995/147 (werkgever mag niet slechts minimaal oproepen, maar hoeft ook niet al het beschikbare werk aan te bieden).

- * bij een zogeheten 'vakantiecontract' met een buitenlandse werknemer;⁸⁹
- * over de vraag of sprake is van een verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, waarbij voor beëindiging opzegging nodig is;⁹⁰
- * bij onduidelijkheid over de afloop van een overeenkomst voor bepaalde tijd;⁹¹
- * bij onduidelijkheid over de rechtsgeldigheid van een proeftijd en het daarin gegeven ontslag⁹² of
- * bij onduidelijkheid over de vraag of is ingestemd met ontslag.⁹³

Naast wedertewerkstelling kan de rechter ingeval van een onrechtmatige non-actiefstelling ook andere voorzieningen treffen, zoals

- * het toewijzen van tijdelijke andere werkzaamheden;⁹⁴
- * een loonvordering toewijzen⁹⁵ of
- * vergoeding van gemist inkomen uit structureel overwerk.⁹⁶

De betaling van een dwangsom is overigens geen alternatief voor het nakoming van de verplichting tot toelating tot het werk. Indien de prikkel niet sterk genoeg is, kan de dwangsom nog worden verhoogd.⁹⁷

Belangenafweging. De beoordeling van de vraag of een goede grond aanwezig is, brengt dikwijls een belangenafweging mee. Het kan hier betreffen

- * belangen van de werknemer

Zo werd in een bepaald geval bij wedertewerkstelling voor korte

89 Ktg. Bergen op Zoom 23 december 1987, *Prg.* 1989, nr. 3163; P.A. Stein merkt zelfs op dat de kans op het eindigen van de arbeidsovereenkomst door het verlies van de vordering tot werkhervatting misschien als een 'bijzondere omstandigheid' zal kunnen leiden tot toewijzing van de vordering, noot bij HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 801 (Chelbi/Klene), p. 3176 rechterkolom.

90 Ktg. Apeldoorn 26 januari 1994, *Prg.* 1994, nr. 4114.

91 Ktg. Utrecht 24 mei 1995, *JAR* 1995/201.

92 Ktg. Haarlem 11 januari 1995, *Prg.* 1995, nr. 4287.

93 Ktg. Den Helder 27 juni 1995, *JAR* 1995/170.

94 Pres. Rb. Utrecht 21 januari 1993, *Prg.* 1993, nr. 3801.

95 Ktg. 's-Gravenhage 12 oktober 1992, *Prg.* 1993, nr. 3813.

96 Ktg. Middelburg 20 december 1993, *JAR* 1994/186, *Prg.* 1994, nr. 4160.

97 Ktg. Amsterdam 2 februari 1999 en 19 april 1999, *Prg.* 1999, nr. 5220.

tijd in Italië te weinig belang aanwezig geacht.⁹⁸

Daarentegen moest een in Portugal wonende Portugese zeeman wel worden tewerkgesteld, omdat op hem op grond van gelijkberechtiging met Nederlandse zeelieden naar voorlopig oordeel het BBA van toepassing en het zonder vergunning gegeven ontslag derhalve nietig was.⁹⁹ In een ander geval werd wedertewerkstelling gelast uit de overweging dat de werknemer er als vreemdeling belang bij had in het arbeidsproces ingeschakeld te blijven.¹⁰⁰

Als immaterieel belang werd erkend het als trainer mogen bijwonen van de kampioenswedstrijd van het door hem getrainde elftal.¹⁰¹ Een hoboïste werd geacht belang te hebben bij oefening in orkestverband.¹⁰² Curieus was het geval waarin de werkgever werd veroordeeld om de werknemer een dag arbeid te laten verrichten om aanspraak te kunnen maken op gunstiger bepalingen van de sociale zekerheidswetgeving.¹⁰³

Een goed werkgever is verplicht rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van een werknemer, ook als deze beperkt inzetbaar is omdat een voormalige werkgever hem niet op zijn bedrijfsterreinen toelaat en hij met de auto van de werkgever aan een collectieve actie heeft deelgenomen.¹⁰⁴

* belangen van de werkgever

In de eerste plaats kan de werknemer na de aanvraag van een ontslagvergunning zo ongeïnteresseerd en negatief zijn en getuigen van zo weinig inzet, dat de vereiste samenwerking in het bedrijf onmogelijk wordt. Het belang van de werkgever bij het direct beëindigen van een hoogst onwenselijke situatie kan dan zwaarder worden geacht dan het belang van werknemer om zijn werk voorlopig te blijven doen.¹⁰⁵

98 Pres. Rb. Amsterdam 27 februari 1975, *Prg.* 1975, nr. 1030.

99 Pres. Rb. Amsterdam 16 november 1983, *Prg.* 1985, nr. 2292.

100 Pres. Rb. Amsterdam 10 mei 1979, *Prg.* 1980, nr. 1453.

101 Arbitrage-commissie KNVB 18 augustus 1982, *Prg.* 1983, nr. 2000.

102 Ktg. Hilversum 1 februari 1989, *Prg.* 1989, nr. 3048.

103 Pres. Rb. Arnhem 22 mei 1987, *KG* 1987, 356.

104 Ktg. Zaandam 13 juli 1989, *Prg.* 1989, nr. 3165.

105 Pres. Rb. Utrecht 15 november 1983, *Prg.* 1984, nr. 2220.

Indien de arbeidsverhouding te zeer is verstoord, kan ondanks een onvoldoende gegronde schorsing en het niet aannemelijk zijn dat er geen werk is voor de werknemer toch tot ontbinding worden besloten, waarbij dan eerder aanleiding is voor een vergoeding.¹⁰⁶

Het advies uitbrengen op het briefpapier van de werkgever (GAK) in een omstreden kwestie aan een vaste commissie van de Tweede Kamer werd voldoende grond geacht voor op non-actiefstelling en het aanbieden van een andere functie, niet voor ontbinding.¹⁰⁷

* vrees voor concurrentie

In sommige gevallen wil de werkgever een non-actiefstelling handhaven omdat hij bevreesd is dat de werknemer naar de concurrent zal vertrekken met medeneming van bedrijfsgeheimen. In één geval werd dit bezwaar ondervangen doordat de werknemer zich bereid verklaarde om bij terugkeer op het werk een concurrentiebeding te tekenen.¹⁰⁸ In een ander geval werd het bezwaar verworpen omdat het risico van het niet bedingen van een concurrentiebeding voor risico van de werkgever komt.¹⁰⁹

3.3 Combinatie werknemerschap/ouderschap

De toeneming van de participatie van vrouwen op de arbeidsmarkt heeft meegebracht dat de problematiek van de combinatie van werknemerschap en ouderschap de laatste jaren toenemende aandacht heeft gekregen.¹¹⁰ Ten dele is aan deze problematiek tegemoet gekomen door de toeneming van deeltijdarbeid en andere vormen van

106 Ktg. Utrecht 23 juli 1991, *Prg.* 1991, nr. 3550.

107 Ktg. Amsterdam 22 november 1996, *KG* 1996, 391.

108 Pres. Rb. Zwolle 3 augustus 1983, *KG* 1983, 261.

109 Pres. Rb. Amsterdam 28 december 1979, *NJ* 1981, 19.

110 Vgl. *Nota Combinatie Ouderschap-Betaalde arbeid*, TK 1985-1986, 19 368; W.C. Monster & M.P. Timmers-de Vin, *Positierecht, Rechtspositie van zwangere en pas bevallen werkneemsters*, Alphen aan den Rijn 1989; R. Holtmaat & T. Loenen, *Inleiding vrouw en recht*, Alphen aan den Rijn 1989, hoofdstuk 11; K. Wentholt, *Arbeid en zorg*, Amsterdam 1990.

flexibele arbeid. Daarnaast is ook geleidelijk de kinderopvang uitgebreid, maar deze voldoet nog niet aan de behoefte. De erkenning van het recht op arbeid en het recht op gelijke behandeling van man en vrouw brengt mee dat ook de werkgever geconfronteerd wordt met de behoefte aan inspanning van zijn kant om de combinatie mogelijk te maken. Ondernemingen kunnen dit niet als een probleem van particuliere aard beschouwen.¹¹¹ Art. 4:1 Arbeidstijdenwet bepaalt dan ook dat de werkgever in zijn beleid moet rekening houden met de persoonlijke belangen van de werknemers. Geschillen over wat goed werkgeverschap op dit gebied meebrengt, betreffen vooral de vraag of de werkneemster het kind op het werk mag laten verblijven en of de werkgever moet meewerken aan terugbrenging van het aantal arbeidsuren.

Kind op het werk. Art. 4:8 Arbeidstijdenwet verplicht de werkgever de vrouwelijke werknemer die te kennen geeft een borstkind te hebben behoorlijk gelegenheid te geven om haar kind te zogen of de borstvoeding af te kolven. Dit houdt in het ter beschikking stellen van tijd en waar nodig ook in het bieden van een geschikte, af te sluiten besloten ruimte in de onderneming. De rechtspraak is terughoudend over het verblijf van het borstkind onder werktijd op het werk. Dit hangt af van de beoordeling van de concrete werksituatie, waarbij de werkgever een grote mate van vrijheid moet worden gegund.¹¹²

Tenslotte zijn mij geen uitspraken bekend over de vraag of de werkgever in bepaalde andere gevallen kan worden verplicht om kinderopvang te verschaffen of bij te dragen aan de kosten daarvan. Gezien het toegenomen aantal regelingen op dit gebied zou men dit mogelijk kunnen beschouwen als een recht in wording. De werkgever zou hiertoe op basis van goed werkgeverschap verplicht kunnen worden geacht indien hij werk verlangt op onregelmatige uren.

111 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, 'Het kind in het sociaal recht, of: het kind voor wiens rekening?', in: A.J.A. de Bie & C.J.C.M. Oomen (red.), *Kind van de rekening?*, Lelystad: Vermande 1992, p. 85-103, 87-91.

112 Positief Pres. Rb. Amsterdam 27 september 1979, *NJ* 1980, 236, maar negatief Hof Amsterdam 30 mei 1980, *NJ* 1981, 136; Hof Amsterdam 5 juli 1984, *NJ* 1985, 119; CRvB 17 juli 1984, *RSV* 1984/241.

Aanpassing werktijden. Hoewel in veel gevallen de werkgever wel bereid zal zijn om de volledige aanstelling van een werkneemster die daarom verzoekt om te zetten in een deeltijdbaai, bestaan daartegen soms bezwaren. Wettelijk is de regeling van ouderschapsverlof ingevoerd, die het terugbrengen van het aantal uren na de geboorte van een kind gedurende zes maanden mogelijk maakt (art. 7:644 BW). De bedoeling van de wetgever is dat deze periode wordt gebruikt om te bezien of omzetting in een deeltijdfunctie gewenst is.

In cao's is het onderwerp slechts in beperkte mate geregeld. Volgens Olbers en Wentholt kan de werkgever een verzoek om in deeltijd te mogen werken van een werknemer met de zorg voor een kind voor wie geen adequate of betaalbare kinderopvang ter beschikking staat slechts weigeren indien het in deeltijd laten werken in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.¹¹³ Volgens Ktg. Rotterdam mag een werkgever een dergelijk verzoek slechts afwijzen op grond van zwaarwegende bedrijfsbelangen.¹¹⁴

In op goed werkgeverschap gebaseerde uitspraken hebben verschillende rechters zich begeven in de vraag of de weigering van de werkgever redelijk was. Zo werd een werkgever veroordeeld om een proefperiode in deeltijd toe te laten.¹¹⁵ In een ander geval werd echter geoordeeld dat het bedrijfsbelang moest prevaleren tegen de noodzaak van voortgang van de werkzaamheden en de bereikbaarheid voor klanten.¹¹⁶ Ook de vliegveiligheid, die een groot aantal vliegreuen noodzakelijk maakt, was een doorslaggevend argument tegen een verzoek van een vrouwelijke vliegre van KLM die 50% wilde gaan werken in verband met de zorg voor haar astmatische kinderen.¹¹⁷

De werkneemster kan ook de rechter verzoeken om een partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW,

113 M.M. Olbers, *Recht op een deeltijdbetrekking in verband met zorgtaken voor kinderen*, SR 1992, p. 332-336, 333.

114 Ktg. Rotterdam 18 maart 1994, JAR 1994/70.

115 Ktg. Apeldoorn 16 december 1996, Prg. 1997, nr. 4724; Ktg. Venlo 8 april 1998, JAR 1998/102, Prg. 1998, nr. 4979; Ktg. Amsterdam 28 augustus 1995, JAR 1995/191, Prg. 1995, nr. 4385.

116 Ktg. Tilburg 23 januari 1997 en 24 april 1997, Prg. 1997, nr. 4868.

117 Pres. Rb. Amsterdam 27 juli 1995, JAR 1995/176 (vermindering tot 80% werd wel geaccepteerd).

hoewel dit leerstuk omstreden is.¹¹⁸ Ook een verzoek op grond van art. 6:258 BW is denkbaar. Een hierop gebaseerd verzoek om de werkweek tot vier te dagen bekorten aansluitend op ouderschapsverlof werd echter door een rechter niet gehonoreerd omdat er geen sprake zou zijn van een onvoorziene omstandigheid. Bovendien was gebleken dat de onderneming een te respecteren belang had bij het handhaven van het volledige dienstverband, hetgeen tevoren met werkneemster was besproken en door haar was aanvaard.¹¹⁹ Vaker is het de werkgever die de ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt. In een aantal gevallen zag de kantonrechter in een onredelijke weigering van de werkgever tot medewerking aanleiding om bij ontbinding een (hogere) vergoeding toe te kennen.¹²⁰

In één geval kreeg de werkneemster ongelijk, omdat de oorzaak van de verstoorde arbeidsverhouding haar verlangen was om haar arbeid in deeltijd als thuiswerk te verrichten, nadat een overeengekomen experiment - werken gedurende halve dagen met de baby op de werkplek - was mislukt.¹²¹

In twee gevallen kreeg de werkneemster in principe geen gelijk. De ene rechter verwees naar het ontbreken van een wettelijke verplichting voor de werkgever om in deeltijd te laten werken en naar de mogelijkheid van partiële ontbinding op grond van art. 6:258 BW,¹²² de andere rechter wees het verzoek om partiële ontbinding van de hand en ging over tot volledige ontbinding zonder schadevergoeding.¹²³

In een andere uitspraak werden de beide onderwerpen van deze paragraaf gecombineerd. In dit geval handelde de werkgever niet als goed werkgever door te weigeren aan werkneemster op kantoor gelegenheid te verschaffen tot het geven van borstvoeding aan haar

118 Toewijzing in Ktg. Almelo 22 november 1995, *Prg.* 1995, nr. 4441; afwijzing in Ktg. Rotterdam 22 oktober 1997, *JAR* 1998/4, maar niet op principiële gronden, maar wegens bedrijfsbelang. Hierop volgde wel toewijzing van het subsidiaire verzoek van werkneemster tot volledige ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

119 Ktg. Amsterdam 29 oktober 1996, *JAR* 1996/236.

120 Ktg. Rotterdam 7 februari 1990, *Prg.* 1990, nr. 3237; Ktg. Breda 22 augustus 1990, *Prg.* 1990, nr. 3353; Ktg. Zevenbergen 2 mei 1991, *Prg.* 1991, nr. 3488.

121 Ktg. Schiedam 2 juni 1987, *Prg.* 1988, nr. 2881.

122 Ktg. Arnhem 8 oktober 1993, *JAR* 1994/7.

123 Ktg. Utrecht 18 juli 1994, *JAR* 1994/164.

baby, danwel de arbeidstijden te wijzigen in die zin dat de werknemster daartoe thuis op vrijdagmiddagen de gelegenheid zou hebben.¹²⁴

Daarnaast kan nog worden gewezen op de noodzaak van incidenteel verlof in geval van ziekte van kinderen (zgn. calamiteitenverlof). In sommige cao's is hierin voorzien. In bijzondere gevallen kan van de werkgever medewerking op dit punt worden verwacht, mits de werknemer het nodige doet om een beroep hierop zo min mogelijk noodzakelijk te maken.¹²⁵

Ook de voortzetting van deeltijdarbeid kan door de rechter worden getoetst aan praktische problemen binnen de onderneming.¹²⁶

In de vorige druk van dit preadvies werd het standpunt verdedigd dat de werkgever de terugbrenging van het aantal uren van werknemers met een verantwoordelijkheid voor de verzorging van kinderen alleen dan kan weigeren, indien hij daarvoor een redelijke grond heeft. Dit standpunt heeft in de afgelopen jaren een ruime bevestiging gekregen, zowel in de rechtspraak,¹²⁷ als in de wetgeving. Het genoemde initiatief-wetsvoorstel van het Tweede-Kamerlid Rosenmöller dat een wettelijk recht hiertoe wilde invoeren werd weliswaar verworpen, maar juist de tegenstanders beriepen zich hierbij onder meer op de reeds gevestigde rechtspraak. Daarnaast is thans de Europese richtlijn inzake deeltijdwerk tot stand gekomen. Deze verklaart de raamovereenkomst tussen de Europese sociale partners van 6 juni 1997 verbindend, welke in artikel 5, derde lid bepaalt dat werkgevers verzoeken van voltijdswerknemers om in deeltijd te mogen werken zo veel mogelijk in overweging moeten nemen.¹²⁸ Ten slotte is na twee nieuwe initiatieven uit de kamer (afkomstig van Groen Links, Partij van de

124 Ktg. Maastricht 4 januari 1991, *Prg.* 1991, nr. 3440.

125 Vgl. Y. Berkelson & E. Schermerhorn, 'Extra verlof voor een kind met de bof', *AA* 1980, p. 410. Zie de recente nota Arbeid en zorg inzake de voorstellen voor een wettelijk (al dan niet betaald) zorgverlof.

126 Ktg. Maastricht 15 mei 1997, *Prg.* 1997, nr. 4812.

127 Zie H. Uhlenbroek, 'Recht op deeltijdarbeid', *ArbeidsRecht* 1994/58; Th.P. ten Brink, 'Deeltijdwerk: de stand van zaken', *ArbeidsRecht* 1995/20; C.H.J. van Leeuwen & M.G. van der Werf, 'Recht op deeltijdarbeid revisited', *ArbeidsRecht* 1998/19.

128 Richtlijn van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, nr. 97/81/EG, *Pb. EG* 20 januari 1998, L 14, p. 9.

Arbeid en D66¹²⁹ en het CDA¹³⁰), nu ook de regering gekomen met een wetsvoorstel Aanpassing arbeidsduur, dat deze kwestie wil regelen.¹³¹

Bij de beoordeling van de vraag of een afwijzing van een verzoek om in deeltijd te mogen werken redelijk is, zal natuurlijk een rol kunnen spelen of dezelfde functie door anderen in de onderneming reeds in deeltijd wordt verricht. Daarnaast geeft het wetsvoorstel van de regering een aantal criteria waaraan het verzoek kan worden getoetst. Zowel de EG-Richtlijn als het regeringsvoorstel voorzien ook in de mogelijkheid om een uitbreiding van het aantal uren te vragen. In de rechtspraak werd een zodanige uitbreiding al eens gehonoreerd op grond van goed werkgeverschap in het geval dat de vordering was gebaseerd op een structurele overschrijding van het aantal overeengekomen uren.¹³² Deze vordering zou tegenwoordig te baseren zijn op art. 7:610b Burgerlijk Wetboek (rechtsvermoeden arbeidsomvang). Omgekeerd werd overigens een beroep op art. 7:610b BW om tot een hoger uren-aantal te komen door de rechter afgewezen en werd de eis wel gehonoreerd op grond van goed werkgeverschap, zodat de referteperiode niet behoefde te worden beperkt tot de afgelopen drie maanden.¹³³ Mijns inziens was deze 'omweg' overigens niet nodig. Van de in de bepalingen over het rechtsvermoeden genoemde referteperiode kan onder omstandigheden ook direct worden afgeweken. Het gaat hier immers slechts om rechtsvermoedens.

In strijd met goed werkgeverschap werd verder geoordeeld het onvoldoende trachten tegemoet te komen aan de wens van de werknemers om in verband met gewijzigde gezinsomstandigheden niet langer te worden ingeroosterd voor de vroege van de twee ploegdiensten,¹³⁴

129 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 902, nrs. 1-4, Voorstel van wet van de leden Rosenmöller, Van Nieuwenhoven en Bakker houdende wijziging van de Arbeidstijdenwet in verband met de wenselijkheid deeltijdarbeid en differentiatie van arbeidsduurpatronen te bevorderen (wet bevordering deeltijdarbeid en differentiatie arbeidsduur).

130 *Kamerstukken II* 1997/98, 26009 nrs. 1-6, Voorstel van wet van het lid Bijleveld-Schouten houdende wijziging van het BW en andere wetten in verband met regels inzake combineren arbeid en zorg.

131 *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 538, nrs. 1-6, Regels inzake het recht op aanpassing van de arbeidsduur (Wet aanpassing arbeidsduur).

132 Ktg. Zwolle 24 januari 1996, *JAR* 1996/52.

133 Ktg. Hilversum 15 maart 1999, *JAR* 1999/91.

134 Ktg. Groenlo 15 maart 1995, *Prg.* 1995, nr. 4302.

de uitbreiding van het aantal uren wegens automatisering voor een werknemer die voor die uren geen kinderopvang kon krijgen,¹³⁵ het niet terugplaatsen in dezelfde functie na terugkeer uit het ouderschapsverlof¹³⁶ en het niet opschorten van het ouderschapsverlof tijdens ziekte.¹³⁷

3.4 Arbeidsomstandigheden

De verantwoordelijkheid van de werkgever voor de veiligheid op het werk vormt van oudsher één van de belangrijkste wettelijke uitwerkingen van de eis van goed werkgeverschap (art. 7:658 BW). Ondanks de regeling van de schadevergoeding die dit artikel ook kent, wordt regelmatig in procedures rond arbeidsongevallen nog een bijkomend beroep gedaan op goed werkgeverschap.¹³⁸ De Hoge Raad heeft wat dit betreft overwogen dat, wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in artikel 7:658, eerste lid BW neergelegde verplichtingen er geen plaats is voor een op 'gebruik en billijkheid' dan wel op goed werkgeverschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer, die als gevolg van een hem in de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen. Een dergelijke verplichting is met name onaanvaardbaar, omdat daardoor, in strijd met de strekking van artikel 7:658 BW op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.¹³⁹ Onduidelijkheid bestaat daarbij nog over de vraag in hoeverre psychische schade onder art. 7:658 BW valt te brengen. Voor zover dit niet het geval is, wint art. 7:611 BW weer aan betekenis.¹⁴⁰

135 Ktg. Zevenbergen 11 maart 1998, *Prg.* 1998, nr. 4947.

136 Ktg. Nijmegen 6 december 1996, *JAR* 1997/4.

137 Ktg. 's-Gravenhage 10 februari 1993, *JAR* 1993/124.

138 Bijvoorbeeld bij HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948 (Sweegers/Van der Hout).

139 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572. Vgl ook HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420, Ktg. Rotterdam 18 maart 1992, *JAR* 1992/25. Zo'n vergoeding was nog wel toegekend in Ktg. Rotterdam 10 januari 1984, *Prg.* 1985, nr. 2314.

140 Vgl. HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476, *JAR* 1998/82 (Chubbs Lips/Jansen) en de conclusie daarbij van A-G Langemeijer.

In kwesties rond arbeidsongevallen werd vergeefs een beroep gedaan op goed werkgeverschap om de werkgever te verplichten de WA-assuradeur tot een andere opstelling te bewegen,¹⁴¹ de werkgever te verplichten een actiever beleid te voeren dan de afwachende branchegenoten¹⁴² of te verwijten dat collega's de beveiliging hadden vergeten te benutten.¹⁴³ Wel kon de werkgever worden verweten tekort te schieten in zijn zorgplicht door onvoldoende toezicht uit te oefenen.¹⁴⁴

De verplichtingen van de werkgever op het gebied van de veiligheid en gezondheid zijn uitvoerig geregeld in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet). Deze publiekrechtelijke wet regelt echter niet de rechtspositie van de individuele werknemer. Geers heeft gewezen op het feit dat deze in individuele gevallen aangewezen is op de eis van goed werkgeverschap om de eisen op het gebied van de veiligheid, gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid tegenover de werkgever kracht bij te zetten.¹⁴⁵ Met name artikel 3 Arbowet dat de algemene zorg voor veiligheid, gezondheid en welzijn in verband met de arbeid als verplichting van de werkgever concretiseert, kan hierbij van pas komen. De stelling dat dit een te vage bepaling zou zijn om te kunnen worden toegepast wordt nogal eens te gemakkelijk geponcerd. De in dit artikel uitgewerkte grondbeginselen kunnen worden gezien als een nadere concretisering van de eis van goed werkgeverschap, die er zich zeer wel toe leent om in concrete gevallen door individuele werknemers te worden ingeroepen. Ik kan me wel voorstellen dat het strafrechtelijk vervolgen van een overtreding van deze bepalingen door het globale karakter van de normen licht in strijd komt met het legaliteitsbeginsel (*lex certa-vereiste*). Maar civielrechtelijk is er geen enkel bezwaar tegen dat de burgerlijke rechter deze normen ook in individuele of collectieve zaken toepast. Het feit dat de normen betrekkelijk vaag zijn is geen reden om ze niet te gebruiken in een juridische procedure, maar juist om dit wel te doen teneinde tot nadere toespitsing te kunnen komen. Als voorbeeld kan dienen het geval dat de werkgever de werknemer als represaille zonder goede gronden

141 HR 15 oktober 1982, *NJ* 1984, 21.

142 HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573.

143 Rb. 's-Hertogenbosch 3 maart 1989, *Prg.* 1989, nr. 3047.

144 Ktg. Boxmeer 21 maart 1989, 16 mei 1989 en 6 februari 1990, *Prg.* 1990, nr. 3322.

145 A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid*, Deventer: Kluwer 1988, p. 300-307.

afzondert van andere werknemers.¹⁴⁶ Isolatie en degradatie door een nieuwe directeur na bedrijfsovername, waarbij de werknemer werkzaamheden diende te verrichten in een lege werkplaats zonder verwarming leidend tot arbeidsongeschiktheid, was aanleiding tot een hoge vergoeding bij ontbinding.¹⁴⁷

Ook diverse andere problemen rond de arbeidsomstandigheden kunnen op basis van goed werkgeverschap worden beslist. Dit geldt bijvoorbeeld voor een hoge werkdruk¹⁴⁸ of geluidsoverlast. Geoordeeld werd dat van een werkgever niet kon worden verlangd het gebruik van radio's te verbieden, die de arbeidsvreugde van werknemers collega's verhoogden.¹⁴⁹ Een bediende bij een pompstation aanvaardt dat aan dit beroep het risico van overvallen is verbonden en kan de consequenties daarvan niet op de werkgever afschuiven, die ten aanzien van veiligheidsmaatregelen en nazorg niet is tekortgeschoten.¹⁵⁰

Ook de verplichting van art. 9 en 10 Arbowet tot het opstellen van een rapport over arbeidsongevallen is van belang. Volgens de Hoge Raad brengen de artikelen over aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en over goed werkgeverschap in onderling verband overigens al zonder die artikelen mee dat in geval van een aan een werknemer overkomen bedrijfsongeval op de werkgever de verplichting rust ervoor te zorgen dat ter zake een rapport wordt opgemaakt waarin de toedracht van het ongeval zodanig wordt vastgelegd dat daaruit met een redelijke mate van zekerheid kan worden opgemaakt of en in hoeverre het ongeval het gevolg is van het feit dat onvoldoende maatregelen waren genomen ter voorkoming van ongevallen als waarom het in het gegeven geval gaat.¹⁵¹

146 Pres. Rb. Breda 9 december 1985, *KG* 1986, 28 die overigens goed werkgeverschap niet noemt, wel het destijds nog niet in werking getreden art. 3 Arbeidsomstandighedenwet.

147 Ktg. Utrecht 18 juli 1995, *Prg.* 1996, nr. 4486.

148 Ktg. Terneuzen 9 juli 1997, *Prg.* 1998, nr. 4921.

149 Ktg. Groenlo 14 april 1997, *JAR* 1997/112; Rb. Zutphen 23 april 1998, *JAR* 1998/122.

150 Ktg. Enschede 9 november 1993, *Prg.* 1993, nr. 4001. Zie voor de verplichting van de werkgever om een veiligheidsbeleid te voeren tegen agressie en geweld tegenwoordig artikel 3, tweede lid onder b en vierde lid Arbeidsomstandighedenwet.

151 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687, *JAR* 1993/194; HR 18 september 1998, *JAR* 1998/213 (Van Doorn/NBM).

Werkgevers werden verder veroordeeld tot

- * schadevergoeding in verband met niet gedragen als goed werkgever in het geval van maltrakteren waardoor de werknemer psychisch en lichamelijk was aangetast (immateriële schadevergoeding van f 65.000);¹⁵²
- * vergoeding van een boete, omdat hij de werknemer in Duitsland liet rijden zonder de daar vereiste tachograafschijven. Van de werknemer kon niet worden gevergd dat hij de opdracht weigerde, gezien het risico van ontslag op staande voet;¹⁵³
- * tot de kosten van een procedure waarin hij zich bij het standpunt van de werknemer over de arbeidstijd neerlegde. Eenzijdige en niet noodzakelijke wijziging van de arbeidstijd was strijdig met goed werkgeverschap;¹⁵⁴
- * betaling van loon over de periode na 52 weken ziekte tot datum ontbinding arbeidsovereenkomst, omdat oorzaak ziekte te wijten was aan werkgever.¹⁵⁵

Een goed werkgever dient secundaire arbeidsvoorwaarden, en in het bijzonder een ongevalverzekering, behoorlijk onder de aandacht van zijn werknemers te brengen. Dit geldt met name waar het werknemers betreft die de Nederlandse taal onvoldoende beheersen. Nu de werkgever niet kon aantonen dat de werknemer ook mondeling was geïnformeerd, werd hij veroordeeld tot betaling van het bedrag aan schadevergoeding dat de werknemer uit de verzekering zou hebben ontvangen na het verlies van zijn rechterhand als hij zich had verzekerd.¹⁵⁶

Bij uitkering uit een sommenverzekering werd geoordeeld dat deze (onder de daarbij geldende omstandigheden) niet in mindering kwam op de schadevergoeding uit een arbeidsongeval.¹⁵⁷

In geval van verzoeken van werknemer om informatie in verband met arbeidsongeschiktheid dient de werkgever te reageren.¹⁵⁸ Anderzijds kan hoewel het voeren van een functioneringsgesprek op

152 Ktg. Amsterdam 24 januari 1986, *Prg.* 1986, nr. 2461.

153 Ktg. Sittard 14 oktober 1988, *Prg.* 1988, nr. 3003.

154 Ktg. Utrecht 18 juli 1991, *Prg.* 1991, nr. 3530.

155 Ktg. Grono 26 februari 1998, *Prg.* 1998, nr. 4937.

156 Ktg. Zaandam 21 december 1995 en 18 juli 1996, *JAR* 1996/172.

157 Rb. Breda 1 november 1994, *NJ* 1995, 507.

158 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, *JAR* 1993/195 (Haaglanden-Nuts/Hofman).

zichzelf niet getuigt van slecht werkgeverschap, het dat wel worden indien het gesprek niet had behoeven plaats te vinden en de werkgever moest begrijpen dat het de werknemer onaangenaam zou treffen en hij zich in zijn positie erdoor bedreigd zou voelen, hetgeen leidde tot arbeidsongeschiktheid.¹⁵⁹

Schade tijdens het werk. Voor andere schade dan die door arbeidsongevallen kent de wet slechts een summiere regeling. Voor schade van derden die door de werknemer wordt veroorzaakt draagt de werkgever een risico-aansprakelijkheid.¹⁶⁰ De werkgever kan de schade die hij op deze grond heeft moeten vergoeden slechts op de werknemer verhalen in geval van opzet of bewuste roekeloosheid aan diens kant (art. 6:170 BW).¹⁶¹ Ook door de werknemer aan de werkgever toegebrachte schade behoeft slechts door hem te worden vergoed in geval van opzet of bewuste roekeloosheid (art. 7:661 BW). De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat met dit stelsel strookt, dat de werkgever ook schade dient te vergoeden die de werknemer in het kader van zijn werk aan zijn eigen zaak heeft toegebracht, wederom behoudens opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁶² Afwijking van deze regel is mogelijk, ingeval uit een beding, bijvoorbeeld met betrekking tot de autokosten, anders voortvloeit.¹⁶³ Dit zal betekenen dat dit beding op andere wijze in de vergoeding moet voorzien, met name door de kosten van verzekering te vergoeden.¹⁶⁴

159 HR 27 februari 1998, *JAR* 1998/111 (Ouwerk/De Combinatie).

160 Indien de werknemer de schade reeds aan derden heeft uitbetaald, heeft hij regres op de werkgever: Rb. Middelburg 18 december 1963, *NJ* 1964, 253.

161 Anders op basis van het oude recht: Hof Amsterdam 20 november 1958, *NJ* 1958, 493.

162 In het algemeen is de werkgever niet verplicht aan een artiest de schade te vergoeden als gevolg van vermissing van een in de kleedkamer achtergelaten voorwerp, Hof 's-Gravenhage 5 december 1946, *NJ* 1947, 476.

163 HR 16 oktober 1992, *JAR* 1992/115.

164 De werkgever is overigens niet verplicht de auto van de werknemer te verzekeren voor schade, Hof Amsterdam 20 november 1958, *NJ* 1959, 493; Rb. Haarlem 8 januari 1957, *NJ* 1957, 238.

Een bijzonder geval uit de oudere rechtspraak: de werkgever was niet verplicht aan een artiest de schade te vergoeden als gevolg van vermissing van een in de kleedkamer achtergelaten voorwerp.¹⁶⁵

3.5 Seksuele intimidatie

In par. 2.2 werd opgemerkt dat de werkgever zich dient in te spannen voor een goede werksfeer. De bestrijding van seksuele intimidatie (of ongewenste intimiteiten) in de onderneming heeft de afgelopen jaren bijzondere aandacht gekregen. Artikel 3 Arbeidsomstandighedenwet verplicht in het tweede lid de werkgever hiertoe uitdrukkelijk ten aanzien van seksuele intimidatie en geeft in het derde lid ook een definitie van dit begrip.¹⁶⁶

Ook hier geldt dat deze bepaling in de individuele arbeidsrelatie kan worden ingeroepen via de norm van goed werkgeverschap. Zo kan de werknemers via dit artikel vragen om elders in de onderneming te worden tewerkgesteld.¹⁶⁷ Volgens sommigen kan de werkgever op basis van goed werkgeverschap zelfs worden verplicht tot disciplinaire maatregelen tegen een werknemer die zich aan seksuele intimidatie schuldig maakt.¹⁶⁸ In dit verband wordt wel een vergelijking gemaakt met uitspraken waarin de verhuurder wordt verplicht om een rustig woongenot te verschaffen.¹⁶⁹ De huurder die aan andere huurders en omwonenden overlast veroorzaakt die onrechtmatig is (art. 6:162 BW) schiet tevens tekort in de nakoming van een verbintenis jegens de verhuurder.¹⁷⁰ Deze rechtspraak zou ook kunnen worden toegepast om de plicht van de werkgever te onderbouwen om maatregelen te nemen tegen overlast die wordt veroorzaakt door een werknemer tegenover collega's of derden. In een concreet geval oordeelde de rechter dat de werkgever een teamleider mocht overplaatsen naar een andere afdeling nadat hij had getracht

165 Hof 's-Gravenhage 5 december 1946, *NJ* 1947, 476.

166 *Stb.* 1994, 586.

167 Ktg. Amsterdam 22 december 1993, *KG* 1994, 138, *Prq.* 1994, nr. 4153.

168 A.Th. Bramer, 'Seksuele intimidatie, Disciplinaire maatregelen tegen de schuldige, desnoods op last van de rechter', *AA* 1991, p. 983.

169 HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 511; HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 295; HR 27 september 1991, *NJ* 1992, 131.

170 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 167.

een onder zijn leiding werkzame ziekenverzorgster tegen haar wil op de mond te zoenen en er in het verleden meer klachten waren geweest.¹⁷¹

Hierbij komt de vraag of bij een verzoek om disciplinaire maatregelen te nemen tegen collega's de betrokkene niet als derde in het geding zou moeten worden betrokken.¹⁷² Wellicht kan dit worden opgelost door de werkgever slechts op te dragen de overlast te doen eindigen en hem vrijheid te geven in de wijze waarop dit gebeurt. Daarnaast kan de betrokkene zelf een eventuele onevenredig zware maatregel aanvechten.¹⁷³ Ten slotte kan de gedupeerde ook zelf om overplaatsing vragen en kan goed werkgeverschap meebrengen dat de werkgever daaraan meewerkt.

In de praktijk blijken vorderingen op dit punt vaak problemen op te leveren op het punt van het bewijs en is dikwijls de verhouding zozeer verstoord dat de zaak eindigt in een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, eventueel met vergoeding. Preventief beleid is daarom van groot belang, waartoe de ondernemingsraad het initiatief kan nemen. Tot nog toe is nog niet in rechte onderzocht in hoeverre de goede werkgever verplicht kan worden tot een zodanig beleid, bijvoorbeeld bij gebleken structurele problemen op dit gebied. De bepaling in de Arbowet biedt daar een goede basis voor. Het ontbreken van zulk een beleid kan er toe bijdragen dat een werkgever veroordeeld wordt tot het betalen van een vergoeding aan de werknemer bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zelfs als ook de werknemer laakbaar gedrag is te verwijten.¹⁷⁴ Ook kan een schorsing daardoor moeilijker te verdedigen zijn.¹⁷⁵

De verantwoordelijkheid van de leiding van de onderneming strekt zich ook uit tot het tegengaan van pesten van werknemers wegens hun homofiele geaardheid. Geen argument is dat het hier gaat om de relaties tussen werknemers onderling. De werkgever kan de collega's

171 Ktg. Middelburg 24 februari 1997, *JAR* 1997/93.

172 Yvonne Konijn, Ongewenste intimiteiten - mogelijkheden en onmogelijkheden, *Nemesis* 1989/5, p. 221.

173 Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1986, *Prg.* 1986, p. 2678; Pres. Rb. Rotterdam 5 december 1986, *Prg.* 1987, nr. 2678; Pres. Rb. Assen 9 maart 1999, *JAR* 1999/114.

174 Ktg. Gouda 7 december 1995, *Prg.* 1996, nr. 4538.

175 Pres. Rb. Assen 9 maart 1999, *JAR* 1999/114.

immers tot de orde roepen.¹⁷⁶ De werkgever in een ziekenhuis dient collectieve maatregelen te nemen tegen werknemers die tegenover een collega discriminerende en seksueel getinte toespelingen maken en het betamelijke overschrijden.¹⁷⁷

3.6 Proeftijd

De jurisprudentie over de proeftijd had lange tijd een sterk *formeel* karakter. De maximale duur van de proeftijd van twee maanden werd met ijzeren hand bewaakt, zelfs als de werknemer in deze periode ziek was of met vakantie wilde. Maar wie in de proeftijd of zelfs daarvoor werd ontslagen, kon geen speld krijgen tussen het onwrikbare standpunt dat de wetgever een absolute vrijheid daartoe had willen vastleggen, onder meer door een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag uit te sluiten (art. 7:676 BW).

De laatste tijd lijkt daar verandering in te komen en tekent zich een ontwikkeling af, waarbij de benadering van de proeftijd in de rechtspraak meer *materieel* van karakter wordt. Regelmatig wijst de Hoge Raad op de doelstelling van de proeftijd teneinde rechtsvragen op te lossen.

Deze doelstelling luidt 'dat partijen desgewenst de gelegenheid moeten hebben om zich, alvorens zich voor de toekomst gebonden te zijn, zich gedurende een, met het oog op de belangen van de werknemer beperkte, periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaanders hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid'.

Op deze grond werd een tweede proeftijd mogelijk geacht, indien het ging om een andere functie die duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist, waarover de ervaringen gedurende de eerste arbeidsovereenkomst geen voldoende inzicht hebben gegeven.¹⁷⁸

176 Ktg. Zutphen 15 oktober 1991, *Prg.* 1992, nr. 3614.

177 Ktg. Zutphen 5 november 1998, *Prg.* 1999, nr. 5118.

178 HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244 (Hardchroom/Yigit). Het oordeel over de vraag of van een voortgezet dienstverband sprake is, is feitelijk van aard, HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 715 (Raither/Engel).

Ook werd een proeftijdbeding nietig geacht, omdat de twee werkgevers als elkaars opvolgers moesten worden beschouwd,¹⁷⁹ omdat deze was gesloten kort nadat een identieke arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen was geëindigd,¹⁸⁰ of omdat hetzelfde werk voordien als uitzendkracht werd gedaan.¹⁸¹ De Hoge Raad achtte zich daarbij ook niet gebonden aan de termijn van 31 dagen die in andere arbeidsrechtelijke bepalingen werd aangehouden en heeft een na die termijn overeengekomen proeftijdbeding niet 'los van de omstandigheden van het geval' als geldig willen aanmerken.¹⁸²

Gaat deze rechtspraak nog uitsluitend over de *geldigheid* van het beding als zodanig, daarnaast is enige beweging merkbaar in de richting van een meer materiële *toetsing van de grond* voor ontslag in de proeftijd.¹⁸³ In een aantal gevallen werd ontslag tijdens proeftijd van een zwangere werkneemster in strijd geacht met goed werkgeverschap,¹⁸⁴ hetgeen leidde tot schadeplichtigheid.¹⁸⁵ De Hoge Raad oordeelde dat bij ontslag in de proeftijd sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en dat hiervan bij discriminatie sprake zal zijn.¹⁸⁶

179 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (Slijkoord/Zuidbroek); HR 1 mei 1987, *NJ* 1988, 20 (Wareman/Demu).

180 HR 2 oktober 1987, *NJ* 1988, 233 (Pons/Meerman).

181 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130 (Dingler/Merkelbach).

182 HR 8 mei 1992, *NJ* 1992, 480 (Van Sommeren/Oskan).

183 G. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', *SR* 1991, p. 40-45.

184 Hierbij gesteund door het ook internationaal gegarandeerde recht op gelijke behandeling, vgl. ten aanzien van weigering van een zwangere sollicitante HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225 en HvJ EG 8 november 1990, nr. 177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941, *NJ* 1992, 224 (Dekker).

185 Ktg. Nijmegen 27 september 1985 en 25 juli 1986, *Prg.* 1987, nr. 2622; Arnhem 24 december 1987, *NJ* 1988, 309, *Nemesis* 1988/1, p. 44; Ktg. Utrecht 21 september 1989, *RN* 1989, 38; Ktg. 's-Gravenhage 19 april 1990 en 15 november 1990, *NJ* 1991, 776, *Prg.* 1991, nr. 3390; Ktg. 's-Gravenhage 25 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3731; Ktg. 's-Gravenhage 1 december 1998, *JAR* 1999/6.

186 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (Codfried/ISS). Aan art. 26 IVBPR wordt hier horizontale werking verleend, waardoor toepassing van art. 7:611 BW daarnaast wellicht niet meer noodzakelijk is. Zie voorts G.J.J. Heerma van Voss, 'Misbruik van bevoegdheid in het arbeidsrecht, in het bijzonder bij ontslag in de proeftijd', in: Werkgroep Herziening Ontslagrecht/P.F. van der Heijden (red.), *Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht*, Reeks Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 18, Alphen

Voorts kan een ontslag in de proeftijd worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid,¹⁸⁷ waaruit volgt dat dit ook kan aan goed werkgeverschap.

Ontslag in de proeftijd werd verder in strijd geacht met goed werkgeverschap in een geval waarin de werknemer was aangenomen voor een functie die niet bleek te bestaan,¹⁸⁸ en omdat de werkzaamheden nog niet waren aangevangen.¹⁸⁹ Ook in het geval dat werkgever zijn oordeel over de geschiktheid slechts had gebaseerd op één dag, had de werkgever ondanks onmiddellijk gerezen bezwaren jegens het functioneren van de werknemster onvoldoende tijd genomen om inzicht te krijgen in haar functioneren, in welk geval twee maanden loon als schadevergoeding werd toegekend.¹⁹⁰ Een werknemer zou in Engeland zijn gaan werken, maar deze activiteiten werden uitgesteld. Toen hij het voorstel om voorlopig in België te werken niet dezelfde dag accepteerde, werd hij in de proeftijd ontslagen. Dit was te meer onredelijk nu de werkgever geen oog had voor de gerechtvaardigde teleurstelling mede om privé-redenen over het niet doorgaan van het Engeland-project. Hier werd een schadevergoeding van 7 maanden salaris toegewezen.¹⁹¹

Een mogelijke ingang zal verder worden gevonden in de verplichting die als gevolg van de wet Flexibiliteit en zekerheid sinds 1999 in art. 7:669 BW is opgenomen om desgevraagd een reden voor ontslag te geven, die uitdrukkelijk ook in de proeftijd geldt. Als voorbeeld van een aan het doel van de proeftijd aangepast type toetsing wijs ik op de in de Japanse rechtspraak ontwikkelde norm dat ontslag in de proeftijd alleen gerechtvaardigd is indien er gedurende deze periode nieuwe redenen naar voren zijn gekomen die de werknemer diskwalificeren en die niet vóór de proeftijd konden worden gevonden.¹⁹² In de toekomst zal moeten worden bezien of een ontslag in de proeftijd ook vernietigbaar kan zijn wegens bijvoorbeeld discriminatie, waarbij art. 8 AWGB een wettelijke grondslag zou kunnen vormen. Inmiddels

aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 61-76.

187 HR 27 oktober 1995, *NJ* 1996, 254 (Den Haan/The Box Fashion).

188 Pres. Rb. Dordrecht 5 februari 1987, *KG* 1987, 108.

189 Ktg. Hilversum 25 februari 1992 en 2 september 1992, *Prg.* 1993, nr. 3835.

190 Ktg. Amsterdam 10 januari 1996, *Prg.* 1997, nr. 4689.

191 Rb. Utrecht 22 juli 1998, *JAR* 1998/194.

192 Japans Hoogerechtshof 24 december 1976, *ILLR* 3, p. 20. Zie Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, p. 447.

werd de mogelijkheid ook geopend van het toekennen van een schadevergoeding wegens het missen van een kans op een vaste aanstelling.¹⁹³

3.7 Pensioen

Nu de werkgever niet wettelijk verplicht is om een ouderdomspensioen voor zijn werknemers te verzekeren kan dit ook niet op goed werkgeverschap worden gebaseerd.¹⁹⁴ Wel kan de plicht om aan een werknemer die langdurig en trouw heeft gediend een pensioen toe te kennen worden gezien als een natuurlijke verbintenis.¹⁹⁵

Een goed werkgever dient bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zorgvuldig met de pensioenbelangen van de werknemer om te gaan. Een pensioenbreuk kan immers voor de werknemer ingrijpende consequenties hebben. Hetzelfde geldt bij de overgang van de onderneming, ook al gaan verplichtingen die voortvloeien uit pensioentoezeggingen niet rechtstreeks over op de verkrijger (art. 7:664, eerste lid BW). De werkgever dient zich daarom in te zetten voor het voortzetten van de pensioenpremie van de werknemer¹⁹⁶. Ten aanzien van een 'VUT-ter' die dezelfde personeelsvoorwaarden had als andere werknemers, had de werkgever geen ruimere beoordelingsvrijheid bij het verstrekken van hypotheek.¹⁹⁷ Indien na veroordeling van de werkgever tot het storten van pensioenpremie een deel van de premie blijkt te worden betaald door het Fonds Voorheffing Pensioenverzekeringen (FVP) is de werknemer echter niet gerechtigd om dat bedrag van de werkgever zelf te ontvangen.¹⁹⁸

193 Ktg. 's-Gravenhage 1 december 1998, *JAR* 1999/6.

194 Rb. 's-Gravenhage 8 mei 1923, *NJ* 1924, p. 25.

195 Erik Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 31.

196 Erik Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 31.

197 Ktg. Gouda 16 juli 1998, *Prg.* 1998, nr. 5046.

198 Ktg. Utrecht 24 maart 1993, *JAR* 1993/105.

Het niet voldoen van de premies die verschuldigd zijn krachtens een verzekeringsovereenkomst, aangegaan ter uitvoering van een pensioentoezegging aan de werknemer, is in strijd met goed werkgeverschap en wanprestatie tegenover de werknemer.¹⁹⁹

Wel werd aanvaard dat de werkgever een toezegging om een pensioenverzekering niet meer nakwam, nu werknemer zijn recht hierop had verwerkt door op geen enkele manier bezwaar te maken tegen de ondubbelzinnige verklaring van werkgeefster, in het kader van salarisverhogingen, dat die voorziening er niet zou komen en de bestaande risicoverzekering was opgezegd.²⁰⁰

Ook werd het stopzetten van de pensioenbetaling geaccepteerd van een bestuurder die door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam wegens wanbeleid was ontslagen.²⁰¹

Ten aanzien van aanvullende verzekeringen voor het zgn. WAO-gat, werd geoordeeld dat een goed werkgever de belangen van al het personeel moet behartigen en dat het sluiten van een verzekering voor reeds ziek zijnd personeel ten koste van een aanzienlijk hogere premie voor het gehele personeel niet reëel is.²⁰²

3.8 Grondrechten

Goed werkgeverschap is bij uitstek een norm via welke in het arbeidsrecht toepassing kan worden gegeven aan grondrechten.²⁰³ Zonder te verwijzen naar alle relevante wets- en verdragsartikelen en literatuur zal de rechtspraak op grond van goed werkgeverschap worden geanalyseerd. Aan de orde komen het verbod van discriminatie, de vrijheid van godsdienst en geweten, de vakverenigingsvrijheid, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit.²⁰⁴

199 Hof 's-Gravenhage 24 april 1964, *NJ* 1966, 36.

200 Ktg. Oud-Beijerland 6 januari en 1 december 1997, *Prg.* 1998, nr. 4904.

201 Hof Amsterdam 3 februari 1994, *NJ* 1995, 753.

202 Ktg. Deventer 18 december 1997 en 4 juni 1998, *JAR* 1999/8.

203 P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, Deventer: Kluwer 1988.

204 Zie voor de horizontale werking van grondrechten in het arbeidsrecht en de werking van grondrechten in het ontslagrecht Guus Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 232-233 en 237-277.

Verbod van discriminatie. Diverse wettelijke regelingen werken het discriminatieverbod uit, waarbij een belangrijke rol spelen de Algemene Wet Gelijke Behandeling en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Voor zover deze niet toereikend zijn, gelden daarnaast nog art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR die een discriminatieverbod kennen dat de verboden criteria niet limitatief opsomt. De Hoge Raad heeft de horizontale werking van art. 26 IVBPR erkend.²⁰⁵

Zowel de gelijke-behandelingswetgeving als de Grondwet en verdragsbepalingen geven wel normen, maar regelen niet de sancties op overtreding daarvan. Daartoe kan worden gebruik gemaakt van algemene privaatrechtelijke begrippen, zoals goed werkgeverschap. Voorbeelden waarbij hierop een beroep werd gedaan:

- * *geslacht*: een plicht tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen in pensioenregelingen volgt niet uit goed werkgeverschap (evenmin als uit discriminatieverboden);²⁰⁶ het tijdens ziekte en zwangerschapsverlof niet in dienst willen houden van een werknemer sterkt naar discriminatie die de wetgever beoogt tegen te gaan.²⁰⁷
- * *nationaliteit*: Ongelijke behandeling naar nationaliteit is verboden op grond van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). In 1981 werd dit verbod al opgenomen in de Uitvoeringswet bij het Europees Verdrag voor Migrerende Werknemers. Vóór die tijd gold hier te lande voor de goede werkgever echter reeds het beginsel gelijke gevallen gelijk te behandelen. Dit betekent dat Nederlanders en buitenlanders een zelfde bejegening in het arbeidsrecht krijgen. De rechter verwees hiervoor naar traditie, officiële verklaringen en verdragen;²⁰⁸ in een ander geval was niet gebleken dat discriminerend gedrag van een passagier en een purser aanleiding waren voor KLM om een werknemer niet opnieuw aan te nemen.²⁰⁹ De AWGB werd echter door de KNVB-arbitragecommissie niet van toepassing geacht op het onderscheid tussen voetballers van binnen en buiten de EG. Ajax mocht een vergoeding vragen voor een werknemer die als niet-EU-onderdaan geen beroep

205 HR 7 mei 1993, *JAR* 1993/156, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 694; HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (Codfried/ISS).

206 Ktg. Rotterdam 27 februari 1989, *Prg.* 1989, nr. 3095.

207 Ktg. Enschede 19 november 1990, *Prg.* 1990, nr. 3361.

208 Ktg. Gorinchem 8 december 1986, *NJ* 1988, 68.

209 Pres. Rb Amsterdam 2 juli 1987, *KG* 1987, 311.

kon doen op het vrij verkeer van werknemers. Hierbij werd een beroep gehonoreerd op de uitzondering voor onderscheid dat is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht.²¹⁰ Nu die regels in dit geval het onderscheid niet voorschreven lijkt het beroep op deze uitzonderingsgrond echter discutabel.

- * *seksuele gerichtheid*: nog in 1970 werd uitgemaakt dat een schorsing van een onderwijzer op grond van homoseksualiteit niet onrechtmatig was, omdat hij dit niet had medegedeeld bij de sollicitatie en met zijn vriend nabij de school ging wonen.²¹¹ Thans zou dit op basis van de Algemene Wet Gelijke behandeling mogelijk anders worden beoordeeld.
- * *leeftijd*: de gangbare argumenten ter rechtvaardiging van ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd kunnen thans nog dienen als een redelijke en objectieve rechtvaardiging van bedoelde ontslaggrond.²¹²
- * *vakbondslidmaatschap*: indien de sociale regeling door werkgever is opgezegd, en slechts met sommige vakbonden een nieuwe regeling is overeengekomen, wil dit niet zeggen dat op die grond de sociale regeling alleen voor de leden van andere bonden niet behoeft te worden toegepast.²¹³

De vrijheid van godsdienst en geweten. De *godsdienstvrijheid* lijkt vooral van belang voor de aanhangers van godsdiensten die hier door een minderheid worden aangehangen. Zo werd het niet verschijnen op het werk nadat het verzoek tot opnemen van een snipperdag was geweigerd, geen dringende reden voor ontslag op staande voet geacht nu het ging om een belijder van de Islam die vrij wilde hebben voor de viering van een Islamitische feestdag en bijna voldoende aanspraak op snipperuren had verworven.²¹⁴ Een werkgever had evenmin een rechtens te beschermen belang bij schorsing, gevolgd door overplaatsing

210 Arbitragecommissie KNVB 9 juli 1996, *JAR* 1996/192 (Kanu). Zie voor EG-onderdanen het arrest-Bosman, HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93.

211 Pres. Rb. Arnhem 28 mei 1970, *NJ* 1970, 424.

212 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, vgl. Ktg. Utrecht 27 mei 1992, *JAR* 1992/66; A.M. Gerritsen, *Onderscheid naar leeftijd in het arbeidsrecht*, Deventer 1994.

213 Pres. Rb. Arnhem 6 december 1996, *JAR* 1997/10.

214 Rb. Arnhem 24 december 1987, *Prg.* 1988, nr. 2895.

en ontslag op staande voet als gevolg van het feit dat werkneemster een hoofddoekje wilde dragen tijdens haar (schoonmaak)werk.²¹⁵ Het dragen van een kirpan (symbolische dolk) onder de kleding en baard en tulband door een schoonmaker werd onvoldoende grond geacht voor schorsing.²¹⁶

Voor *gewetensbezwaren* bij de arbeid bestaat thans een summiere wettelijke regeling (art. 7:681, tweede lid onder c BW).²¹⁷ Ontslag wegens het enkele feit dat de werknemer weigert de bedongen arbeid te verrichten met een beroep op een gewetensbezwaar kan volgens deze bepaling kennelijk onredelijk zijn. De formulering is erg indirect en staat op een vreemde plaats in het arbeidsovereenkomstenrecht. Zij leidt er toe, dat de werkgever minstens zal moeten nagaan of de gewetensbezwaarde werknemer ander werk kan worden opgedragen.

Naar huidig recht zou een uitspraak waarin de werknemer van een drukkerij die weigert mee te werken aan een wapentijdschrift wanprestatie wordt verweten, omdat de wet geen gewetensbezwaren erkent, niet meer mogelijk zijn.²¹⁸ Meer in lijn met het geldend recht is de uitspraak waarin een verpleegster moest worden teruggeplaatst, nadat zij te kennen had gegeven op grond van gewetensbezwaren niet aan abortus op medische indicatie te willen meewerken en daarom eerst was overgeplaatst en nadien geschorst.²¹⁹

Vakverenigingsvrijheid. Dit recht werd ingeroepen door een personeelsvereniging die de postvakjes wilde gebruiken op dezelfde wijze als aan andere, door de werkgever wel erkende vereniging. Hiertoe werd de werkgever niet verplicht geacht. Wel zou mogelijk een beroep op goed werkgeverschap kunnen worden gedaan, indien dit de enige weg tot uitbreiding van het ledenbestand zou zijn.²²⁰

215 Ktg. Apeldoorn 30 november 1994, *Prg.* 1995, nr. 4271.

216 Pres. Rb. Haarlem 18 maart 1997 *JAR* 1997/85, *Prg.* 1997, nr. 4849 en Commissie gelijke behandeling 25 maart 1997, *JAR* 1997/85.

217 Vgl. B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem 1989, par. 4.5.

218 Ktg. Maastricht 23 mei 1984, *NJ* 1985, 228.

219 Hof 's-Gravenhage 24 juni 1981, *Prg.* 1982, nr. 1816. Zie ook art. 20 Wet Afbreking Zwangerschap.

220 Pres. Rb. Amsterdam 22 december 1988, *KG* 1989, 49.

Ten aanzien van het *recht op collectief onderhandelen* werd een beroep op goed werkgeverschap om toelating te verkrijgen tot het cao-overleg voor de GMD door een organisatie van verzekeringsartsen gehonoreerd.²²¹ Van een algemeen recht op toelating is echter nog geen sprake. De heersende leer is dat er onderhandelings- en contractsvrijheid is. Om het overleg tussen werkgevers en vakbonden te bevorderen zou een plicht tot onderhandelen met representatieve organisaties overigens wel bevorderlijk kunnen zijn en ook zou de rechter vrijheid kunnen worden gegeven om tot onderhandeling te verplichten.²²²

Bescherming persoonlijke levenssfeer. Dit recht kent binnen de arbeidsrelatie vele aspecten.²²³ Zo vormden amoureuze perikelen tussen collega's die zich grotendeels buiten het bedrijf afspeelden - hoewel in aanwezigheid van een klant - als behorend tot de privésfeer van de betrokkenen - geen reden voor non-actiefstelling.²²⁴ Evenmin kon een bestuur van een gereformeerde school een werknemer toelating tot het werk weigeren omdat deze een buitenechtelijke relatie had met een collega met wie hij was gaan samenwonen. De werkgever behoort op grond van art. 8 EVRM de privacy van het personeel te eerbiedigen, ook als zij een buitenechtelijke relatie verwerpelijk vindt.²²⁵

Anderzijds kan de werkgever zich niet altijd op het privé-karakter van een probleem beroepen. Toen een werknemer de relatie met een werkneemster met wie hij een kind had verbrak en met een andere werkneemster trouwde, en de situatie zodanig verstoord werd geacht dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werkneemster wilde doen ontbinden, werd hij niet alleen gehouden geacht om naar ander werk voor haar te zoeken, maar toen dat mislukt was ook om haar een vergoeding van f 11.000 aan te bieden. Overigens werd in deze uitspraak niet gemotiveerd waarom juist de werkneemster het eerst

221 Pres. Rb. Amsterdam 30 oktober 1980, *NJ* 1982, 179; Rb. Amsterdam 20 januari 1982, *NJ* 1984, 101.

222 Zie over deze kwesties W.J.P.M. Fase, *De botsing tussen contracts- en vakverenigingsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1981; A.Ph.C.M. Jaspers, *Collectieve onderhandelingen*, Deventer: Kluwer 1987.

223 P.F. van der Heijden (red.), *Privacy op de werkplek*, 's-Gravenhage: Sdu 1992; J.H.J. Terstegge & H.H. de Vries, *Privacy in arbeidsverhoudingen*, 's-Gravenhage: VUGA 1994.

224 Ktg. Amsterdam 3 december 1992, *KG* 1993, 80.

225 Ktg. Zwolle 30 december 1998, *JAR* 1999/25.

voor ontslag in aanmerking kwam.²²⁶ Schorsing van een analist van een ziekenhuis die was veroordeeld wegens ontucht met minderjarigen werd niet geoorloofd geacht omdat de ontucht thuis had plaatsgevonden en werknemer niet alleen met minderjarigen werkte. De werkgever zou een bemiddelende en voorlichtende rol dienen te spelen om vooroordelen tegen te gaan.²²⁷

Wat betreft *controle van de werknemer* werd dit recht op basis van goed werkgeverschap geschonden geacht door

- * permanente controle van bedrijfsruimten door middel van een gesloten tv-circuit;²²⁸
- * meting van individuele arbeidsprestaties bij PTT Telecom via het systeem om oproepen te verdelen over de telefonistes;²²⁹
- * het buiten medeweten van werkneemster afluisteren van telefoongesprekken;²³⁰
- * het geven van opdracht aan een detectivebureau om een zieke werknemer te volgen op grond van de verdenking dat deze werkzaamheden voor derden verricht.²³¹ Het inschakelen van een detectivebureau en het afluisteren van de telefoon is een zeer ingrijpende maatregel die alleen gerechtvaardigd is als daarvoor ernstige redenen zijn, aldus de Utrechtse rechtbank, die in casu (vermoedens omtrent verdwenen apparatuur) daarvoor onvoldoende redenen zag. De preventieve werking van deze uitspraak werd echter weer ondermijnd door dat de vraag of het hierdoor onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal buiten beschouwing behoort te blijven volgens haar moet worden bepaald aan de hand van de betrokken belangen.²³²

226 Ktg. Zaandam 12 februari 1996, *Prg.* 1996, nr. 4648.

227 Ktg. Breda 6 en 10 juli 1997, *Prg.* 1997, nr. 4814.

228 Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, *NJ* 1987, 451. Zie de discussie tussen W.J. Slagter en M.G. Rood in *TVVS* 1987, p. 256 en 309.

229 Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1989, *KG* 1990, 33.

230 CRvB 9 februari 1993, *Prg.* 1993, nr. 3871.

231 Pres. Rb. Maastricht 30 september 1991, *KG* 1991, 364 en *Prg.* 1993, nr. 3824; Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, *NJ* 1993, 327, *KG* 1993, 16, *Prg.* 1993, nr. 3824.

232 Rb. Utrecht 25 september 1996, *JAR* 1997/6.

Bedrijfskleding werd getoetst aan de doelmatigheid en het ten dienste komen aan de huisstijl van de bank.²³³ Het onderhouden van een zeer persoonlijke *relatie* met een ander personeelslid werd relevant geacht voor het recht op tewerkstelling van een oproepkracht.²³⁴ Het weigeren door een onderwijsinstelling van een ontheffing van de verplichting om in het standplaatsgebied te *wonen* was onterecht, nu dergelijke ontheffingen in het algemeen dienen te worden verleend indien het onderwijsbelang dan wel het belang van de instelling niet wordt geschaad.²³⁵

Lichamelijke integriteit. Doorbetaling van loon tijdens ziekte over langere dan de wettelijk voorgeschreven minimumtijd zou, ook indien de wettelijk voorgeschreven periode slechts zes weken zou bedragen, als berustende op een verplichting uit goed werkgeverschap kunnen worden aangemerkt.²³⁶ Sinds 1996 schrijft de wet in art. 7:629 BW overigens doorbetaling gedurende het gehele eerste jaar van ziekte voor. Het oordeel van de verzekeringsgeneeskundige en volgens een 'second opinion' dat werkneemster arbeidsgeschikt is, geeft nog geen reden voor ontslag op staande voet, indien de werknemer op grond van het oordeel van zijn eigen arts zich nog niet arbeidsgeschikt acht.²³⁷

3.9 Functiewaardering

Ten aanzien van functiewaardering is een reeks uitspraken gedaan op grond van de regeling van art. 20 CAO Ziekenhuiswezen (functiewaardering gezondheidszorg, FWG).²³⁸ Een zestal arresten van de Hoge Raad heeft de volgende regels opgeleverd:²³⁹

233 Ktg. Heerenveen 8 oktober 1985, *NJ* 1985, 506. Zie ook I.L.M. Apon, Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en ontslag, *ArbeidsRecht* 1994, nr. 74.

234 Ktg. Groningen 25 januari 1983, *PrG.* 1983, nr. 1997.

235 Ktg. Hoorn 3 april 1990, *PrG.* 1990, nr. 3270.

236 Ktg. Rotterdam 21 augustus 1990, *PrG.* 1990, nr. 3370.

237 Ktg. Nijmegen 24 maart 1995, *PrG.* 1995, nr. 4310.

238 Van Buuren & Leenheer, *SMA* 1990, p. 286.

239 De eerste vijf regels ontleen ik aan de conclusie van A-G Koopmans bij het zesde arrest, onder punt 7.

- * de indelingsbeslissing van de werkgever kan door de rechter niet volledig worden getoetst, omdat het ziekenhuis enige vrijheid moet worden gelaten om tot de functie behorende werkzaamheden te wegen tegen de achtergrond van de gehele ziekenhuisorganisatie; bij deze weging is het advies van de indelingsadviescommissie mede van belang;
- * onjuist is het standpunt dat de werkgever slechts dan van het advies van de indelingsadviescommissie zou mogen afwijken als komt vast te staan dat deze commissie in redelijkheid niet tot haar advies had kunnen komen;
- * bezwaren tegen de definitieve indelingsbeslissing van de werkgever dienen tijdig te worden geldend gemaakt;
- * de werkgever is weliswaar gebonden aan de maatstaven van de FWG, maar de aard van die maatstaven brengt mee dat de indeling in de regel slechts mogelijk is aan de hand van de weging van een veelheid van factoren, welke zich zonder een zekere beoordelingsvrijheid niet goed laten denken;
- * het oordeel van de feitenrechter dat een functie, zoals in feite uitgeoefend, in verregaande mate beantwoordt aan de typering van een bepaalde functiegroep kan in cassatie enkel op grond van onbegrijpelijkheid worden aangevochten;²⁴⁰
- * indien de noodzakelijke functiebeschrijving ontbreekt, kan de rechter de grondslag zelf vaststellen en vervolgens op basis daarvan de vraag beantwoorden of de werkgever in redelijkheid tot het indelingsbesluit heeft kunnen komen.²⁴¹

Deze rechtsregels zijn mijns inziens niet van het type dat zich leent voor wetgeving. Maar wel bevestigen zij dat beslissingen van de werkgever die de rechtspositie van de werknemer raken vatbaar zijn voor (marginale) toetsing door de rechter en laten zij zien op welke wijze zo'n toetsing nader kan worden vormgegeven voor concrete regelingen.

240 HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 533; HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 25; HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 679; HR 27 september 1991, *NJ* 1991, 788; HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 450. Zie ook Ktg. Middelburg 26 mei 1986, *Prg.* 1987, nr. 2630; Rb. Amsterdam 1 juli 1987, *NJ* 1988, 49.

241 HR 13 september 1996, *NJ* 1997, 38, *JAR* 1996/202 (Ziekenhuizen Noord-Limburg).

Over enkele punten liet de lagere rechter zich nog uit.

Een kantonrechter meende dat vernietiging van een besluit van de werkgever niet mogelijk was, wel een verklaring voor recht van een onjuiste functie-indeling en daardoor wanprestatie.²⁴²

De beoordeling van de functie-inhoud moet plaatsvinden aan de hand van de feitelijke werkzaamheden.²⁴³ De beperkte beleidsruimte van de werkgever laat indien sommige elementen van de functie de typering van een hogere groep benaderen toch inschaling in een lagere functiegroep toe, indien de functie als geheel beschouwd daarmee meer overeenkomt.²⁴⁴

3.10 Klachtrecht

Enkele malen zijn pogingen gedaan om te komen tot een wettelijke regeling van het klachtrecht van werknemers. Veelvuldig werd dit in verband gebracht met het goed werkgeverschap.²⁴⁵ Bij de parlementaire behandeling van het wetsontwerp 21 514 in 1992 bleek het goed werkgeverschap door de verschillende partijen als argument te worden gebruikt om zowel tot wetgeving te komen als om deze achterwege te laten. Uiteindelijk haalden de tegenstanders van wetgeving een kleine meerderheid. Belangrijk is echter dat de tegenstanders van wetgeving dit onder meer motiveerden met het argument dat het goed werkgeverschap reeds een goede basis bood om het klachtrecht op te baseren.²⁴⁶

242 Ktg. Middelburg 2 juni 1986, *NJ* 1987, 600; Ktg. Middelburg 26 mei 1986, *Prg.* 1987, 2630, p. 75.

243 Rb. Assen 12 januari 1988, *NJ* 1988, 960.

244 Rb. Zutphen 18 mei 1989, *Prg.* 1990, nr. 3191.

245 H.L. Bakels, 'Het individueel klachtrecht, de goede werkgever en het collectief overleg', *SMA* 1982, p. 302-400.

246 Zie overigens K. Iest, *Klachtrecht van de individuele werknemer*, Deventer: Kluwer 1991 en L.P.M. Klijn, *Klachtrecht van werknemers*, Deventer: Kluwer 1992.

3.11 Verlof

In de rechtspraak is in enkele gevallen uitgemaakt dat de werkgever de werknemer op grond van goed werkgeverschap in de gelegenheid moet stellen om sollicitatiebezoeken bij een andere werkgever af te leggen.²⁴⁷ Als voorwaarde zou kunnen worden gesteld dat het gesprek niet buiten werktijd kan worden gehouden en dat het om een serieuze sollicitatie geldt. De werknemer dient met redelijke belangen van de werkgever ook rekening te houden. De werkgever is niet verplicht het loon te betalen over de verlofperiode.

Wellicht zijn ook andere situaties denkbaar waarin een noodzakelijke activiteit van de werknemer die niet buiten werktijd kan worden verricht, hem een aanspraak geeft op onbetaald verlof, dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap moet verlenen.

3.12 Overwerkvergoeding

Onder omstandigheden is het denkbaar dat een niet overeengekomen overwerkvergoeding wordt gebaseerd op goed werkgeverschap in verband met de redelijkheid en billijkheid, waarbij dan wel een minimale voorwaarde is dat overwerk is opgedragen of de werkgever daarmee heeft ingestemd.²⁴⁸ Dit onderwerp zou in de lagere rechtspraak verder kunnen worden uitgewerkt.

3.13 Conclusie

Als rechtsregels kunnen op basis van dit hoofdstuk worden geformuleerd:

- a. De werkgever is verplicht de werknemer werk te verschaffen, behoudens ingeval hij een goede grond heeft om dit te weigeren, gelegen

²⁴⁷ Ktg. Assen 12 augustus 1957, *NJ* 1958, 161; Ktg. 's-Gravenhage 12 en 14 augustus 1957, *SMA* 1957, p. 645-648.

²⁴⁸ HR 6 maart 1998, *NJ* 1998, 527, *JAR* 1998/126 (Stokkermans/Kuijken en Asselbergs).

in de persoon van de werknemer of de organisatie van de onderneming.

- b. De werkgever dient zich in te spannen om de combinatie van werknemerschap en ouderschap mogelijk te maken voor werknemers die de zorg dragen voor kinderen.
- c. Voor een weigering om in te stemmen met het verzoek om het aantal arbeidsuren aan te passen behoeft de werkgever een redelijke grond.
- d. De werknemer dient de op hem rustende verplichtingen uit hoofde van de Arbeidsomstandighedenwet en de Arbeidstijdenwet voor zover de individuele werknemer hierbij belang heeft tegenover hem na te komen.
- e. De werkgever dient de schade te vergoeden die de werknemer in het kader van zijn werk aan zijn eigen zaken oploopt, behoudens ingeval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.
- f. De werkgever dient te bevorderen dat de werknemer geen seksuele intimidatie ondervindt in verband met het werk.
- g. De proeftijd mag slechts worden gebruikt overeenkomstig haar doelstelling, namelijk om partijen in de gelegenheid te stellen zich gedurende een beperkte periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaanders hoedanigheden en van de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid.
- h. De werknemer is niet gehouden arbeid te verrichten op voor hem op grond van zijn godsdienst of levensovertuiging geldende feest- en rustdagen, tenzij het belang van de onderneming dit onvermijdelijk maakt.
- i. Indien de werknemer gewetensbezwaren heeft tegen de bedongen arbeid, heeft hij recht op andere, passende arbeid, tenzij dit redelijkerwijze niet van de werkgever kan worden gevraagd.
- j. De werkgever mag geen inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer, tenzij het belang van de onderneming dit onvermijdelijk maakt.
- k. De werkgever is verplicht om schriftelijk ingediende klachten van de werknemer schriftelijk en gemotiveerd te beantwoorden, zonder dat deze laatste om reden van het indienen van zijn klacht wordt benadeeld in zijn positie in de onderneming.
- l. De werkgever dient de werknemer verlof te verlenen zonder behoud van loon, voor dringende activiteiten welke hij niet buiten werktijd kan verrichten.

Aanpassing van de arbeid

'Communicatie en handel zijn mondiaal; investeringen zijn mobiel; technologie is bijna magisch; en verlangen naar een beter leven is universeel. Wij verdienen ons brood in vreedzame concurrentie met mensen over de hele wereld.

Diep ingrijpende krachten schokken en herschokken onze wereld en de dringende vraag van deze tijd is of wij in staat zijn verandering tot vriend te maken en niet tot vijand.'

De Amerikaanse president Bill Clinton¹

4.1 Inleiding

De afgelopen jaren hebben werkgevers veel gedaan om de flexibiliteit van ondernemingen te vergroten. De nadruk heeft relatief sterk gelegen op de uitbreiding van het aantal flexibele arbeidskrachten. Waarschijnlijk als een reactie op het als strak ervaren ontslagrecht heeft men daarmee vooral de zogeheten externe of numerieke flexibiliteit vergroot. De arbeidsrechtelijke theorie heeft zich uitvoerig bezig gehouden met de vraag hoe deze nieuwe ontwikkeling kan worden ingepast in het systeem van het arbeidsrecht. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de Wet Flexibiliteit en zekerheid, die met ingang van 1999 het gebruik van contracten voor bepaalde tijd minder sterk heeft gereguleerd, maar de rechtspositie van oproepkrachten en uitzendkrachten heeft versterkt.

Een vroeger vaak onderbelichte kant van flexibiliteit is de zogeheten interne flexibiliteit, waarbij het gaat om aanpassing van de plaats en inhoud van het werk, het werken voor verschillende onderdelen van het groepsverband, scholing, en dergelijke. De laatste jaren krijgt ook dit gebied meer aandacht. Werkgevers verlangen dat werknemers

¹ Inaugurele rede, zoals afgedrukt in *NRC Handelsblad* van 21 januari 1993.

zich ook binnen een arbeidsovereenkomst flexibel opstellen en trachten de 'employability' van werknemers te vergroten. Dat komt weer voort uit de snellere veranderingen in productiemethoden en de schaalvergroting van de economische markten, waardoor de internationale concurrentie (ook van landen als de Verenigde Staten en Japan) zich sterker doet gevoelen.

Naast economische redenen kan een onderneming ook behoefte hebben aan het wijzigen van de arbeid om redenen in de werknemer gelegen, zoals het niet voldoen van de werknemer aan de gestelde eisen of het treffen van disciplinaire maatregelen (degradatie). Ondernemingen voeren tegenwoordig ook een bewuster beleid gericht op mobiliteit van personeel, om medewerkers op meer plaatsen inzetbaar te maken.

Pas sinds 1998 kent ons Burgerlijk Wetboek een artikel dat betrekking heeft op de interne flexibiliteit, het artikel dat handelt over het zogeheten wijzigingsbeding (art. 7:613 BW). Tot die tijd leek de titel over het arbeidscontract te veronderstellen dat de inhoud van zo'n overeenkomst nooit wijziging zal ondergaan. Nog steeds is er geen sprake van een algemene regeling, maar slechts één die geldt indien tevoren een wijzigingsbeding is overeengekomen. Ook in de gevallen waarin het artikel van toepassing is, bestaat niettemin nog steeds veel onduidelijkheid over de mogelijkheden. De rechtspraak lost kwesties vaak per geval op. Als er één gebied is waarop behoefte bestaat aan duidelijker rechtsregels dan is het wel dit. Vooraf zij opgemerkt dat veel rechtspraak die de procedures betreft hier niet opnieuw aan de orde zal komen, omdat deze is verwerkt in hoofdstuk 2. Het gaat nu vooral om de materiële criteria.

Veel standpunten van deelnemers aan deze en ook andere discussies over het arbeidsrecht zijn te herleiden tot twee verschillende uitgangspunten: de contractstheorie en de institutionele theorie.

De *contractstheorie* is een meer klassiek civilistische benadering, die het contract sterk bepalend wil laten zijn voor de arbeidsverhouding. Dit heeft als voordeel dat partijen vrij zijn afspraken te maken gedurende de voorafgaande onderhandelingen en daarmee zekerheid te verkrijgen over de toekomstige inhoud van hun verhouding. Wat meer publiekrechtelijk geïnspireerd is de *institutionele theorie*. Deze gaat ervan uit dat een arbeidsverhouding niet een puur individuele zaak is tussen één werknemer en één werkgever, maar dat de werknemer toetreedt tot een samenwerkingsverband, de onderneming. Datgene wat wordt afgesproken heeft zijn weerslag op de relatie met

andere werknemers. Wijzigingen die zich in de onderneming voordoen hebben weer invloed op de inhoud van het contract. Men kan zich niet op één moment vastleggen voor een toekomst die onzeker is. Bovendien is de contractsvrijheid in het arbeidsrecht voor de werknemer vaak niet echt aanwezig, zodat het contract toch al moet worden gecorrigeerd. Voordeel van deze theorie is dat meer rekening kan worden gehouden met de zwakkere positie van de meeste werknemers gedurende de contractsonderhandelingen. Voorts biedt deze theorie een oplossing voor wijzigingen die zich voordoen en aanpassingen die in de loop der tijd moeten worden aangebracht in de arbeidsverhouding.

Beide theorieën hebben hun waarde en het is mijns inziens daarom niet gewenst en ook niet noodzakelijk om tussen beide absoluut te kiezen. Juister is het om zich te realiseren dat een arbeidsverhouding beide elementen in zich verenigt: er is een contractbasis, waarmee men zelf invloed kan uitoefenen op de relatie, maar er is ook een institutionele 'inbedding', waardoor men zich niet aan de eisen van de omgeving kan onttrekken. Bij het oplossen van arbeidsrechtelijke problemen is het vaak verhelderend deze vanuit beide gezichtspunten te beschouwen.

4.2 Wijziging van arbeidsvoorwaarden

De problematiek van wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden in de onderneming is de laatste jaren van groter belang geworden. Enerzijds komt dit door de toegenomen decentralisatie van de arbeidsverhoudingen.² Anderzijds speelt de problematiek sterker omdat soms meer dan vroeger sprake is van een teruggang in het niveau van arbeidsvoorwaarden en omdat de eisen sneller dan voorheen veranderen. Ten slotte is er een wellicht toenemende behoefte aan interne flexibiliteit in de onderneming als gevolg van de concurrentie: er dient sneller te worden gereageerd op wijzigingen in de wensen van consumenten.

2 Vgl. Loontechnische Dienst, *Verschillen in arbeidsvoorwaarden en hoe komen deze tot stand*, 's-Gravenhage 1992.

Wijzigingsbeding. De arbeidsovereenkomst kent de mogelijkheid van eenzijdige wijziging, ingeval tussen werkgever en werknemer een zogeheten wijzigingsbeding is overeengekomen. De werkgever mag volgens art. 7:613 BW wel een dergelijk beding overeenkomen, maar er slechts van gebruik maken indien is voldaan aan drie voorwaarden:

- a het beding moet schriftelijk zijn overeengekomen,
- b de werkgever moet voor het gebruik ervan een *zwaarwegende* grond hebben en
- c die grond moet uit oogpunt van redelijkheid en billijkheid opwegen tegen het belang van de werknemer dat zich tegen de wijziging verzet.

Deze regeling vervangt sinds 1998 de vroegere regeling van het arbeidsreglement.³ In de praktijk worden vooral secundaire arbeidsvoorwaarden vaak geregeld in personeelshandboeken, die via een bepaling in de arbeidsovereenkomst daarin zijn geïncorporeerd. Via het zgn. wijzigingsbeding is dan de bevoegdheid van de werkgever vastgelegd om deze arbeidsvoorwaarden eenzijdig te kunnen wijzigen, al dan niet na overleg met of met instemming van de ondernemingsraad.⁴ Deze mogelijkheid werd door de Hoge Raad reeds in 1988 aanvaard in het IBM-arrest, waarbij de Hoge Raad ook de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid noemde.⁵ Met de eis van een zwaarwichtig belang heeft de wetgever de toetsing thans nog enigszins verzaamd.

In 1992 ging de Kantonrechter Amsterdam wel heel ver, door te overwegen dat, omdat de werknemer zich tot dusver de berekening en uitbetaling overeenkomstig de voorwaarden van de personeelsgids had laten welgevalen, de regelingen *geacht moesten worden* in haar geheel in de arbeidsovereenkomst te zijn geïncorporeerd, *derhalve* inclusief de bevoegdheid van de werkgever daarin eenzijdig wijzigingen

3 Wet van 14 februari 1998, *Stb.* 1998, 107, in werking getreden op 4 maart 1998. De regeling van het arbeidsreglement is komen te vervallen.

4 J.G.F.M. Hoffmans, Van personeelsgids tot cao, *Over de praktijk van arbeidsvoorwaarden in de onderneming*, 's-Gravenhage: Sdu 1992; Loontechnische Dienst, *Arbeidsreglementen*, 's-Gravenhage 1988; Loontechnische Dienst, *Standaard arbeidsovereenkomsten en (pseudo)arbeidsreglementen in de marktsector*, 's-Gravenhage 1990, p. 11-20.

5 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM).

aan te brengen.⁶ Nu de wetgever de eis van het schriftelijkheid van het beding in art. 7:613 BW heeft vastgelegd,⁷ is buiten twijfel dat niet kan worden volstaan met verwijzing naar het gebruik.

Het ligt gezien deze wettelijke mogelijkheid voor de hand dat in de toekomst vaker van de rechter zal worden gevraagd om de eisen van een zwaarwichtig belang en van de redelijkheid en billijkheid te concretiseren om de grenzen van de vrijheid van de werkgever tot wijziging van arbeidsvoorwaarden te bepalen. Om die reden kan de norm van goed werkgeverschap hier een belangrijke rol gaan spelen.⁸ Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de in hoofdstuk 2 genoemde procedurele toetsingsnormen. Materieel zal het uitgangspunt moeten zijn dat ook als de werkgever zich eenzijdige wijziging heeft voorbehouden dit hem niet het recht geeft de arbeidsvoorwaarden fundamenteel te verlagen. Bij de invoering van artikel 7:613 is vooral gedacht aan wijzigingen in secundaire arbeidsvoorwaarden en niet in primaire arbeidsvoorwaarden. Hoewel de wettekst dit niet uitsluit, zal hierbij toch wel een grote terughoudendheid in acht moeten worden genomen. Een werknemer moet immers ook kunnen afgaan op datgene wat bij het totstandkomen van de overeenkomst is afgesproken. Tot nog toe zijn nog niet veel uitspraken op dit gebied gepubliceerd. Erkend werd het argument dat het desbetreffende concern een financiële crisis doormaakte en dat de nieuwe kostenvergoeding in overeenstemming was met de werkelijke kosten.⁹ Ook werd afschaffing toegelaten van een zeer oude bijzondere secundaire arbeidsvoorwaarde waarvan handhaving mits na redelijk overleg niet meer kon worden geveerd.¹⁰ In een ander geval werd de wijze van doorvoeren van wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden en/of omstandigheden (onder meer geen instelling ondernemingsraad) onjuist geacht.¹¹

6 Ktg. Amsterdam 19 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3672, *KG* 1992, 403, *JAR* 1992/26 (Bull).

7 Overigens is de bedoeling niet geheel juist onder worden gebracht. Juister was het geweest indien art. 7:613 had geluid: 'De werkgever kan op een beding tot wijziging slechts een beroep doen indien dit schriftelijk is overeengekomen en ...'.

8 Vgl. M.M. Olbers, 'Werkgevers wil is wet?', *SR* 1989, p. 160-165, 165.

9 Ktg. Amsterdam 19 maart 1992, *JAR* 1992/26.

10 Ktg. Zevenbergen 30 januari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3637.

11 Ktg. Harderwijk 6 mei 1992, *JAR* 1993/159.

In sommige gevallen worden de arbeidsvoorwaarden gewijzigd als gevolg van externe omstandigheden, zoals een wijziging in de belastingwetgeving. Met name ten tijde van invoering van de zgn. Oortwetgeving in 1990 was de vraag aan de orde of de werkgever verplicht was de netto hoogte van de autokostenvergoeding te blijven garanderen, ook als dit voor hem door de nieuwe wetgeving meer kosten met zich bracht. De rechter oordeelde dat dit niet het geval was en dat het hier ging om een bruto-bedrag. Tegenover de nadelen stonden overigens ook voordelen, zoals lagere belastingtarieven.¹² Men zou zich kunnen voorstellen dat een dergelijke externe omstandigheid in de toekomst zal worden beschouwd als een zwaarwegende grond die een beroep rechtvaardigt op een wijzigingsbeding. Een omgekeerde situatie deed zich voor toen werkgever en werknemer een netto-salaris waren overeengekomen. De verschillende malen door de overheid toegekende lastenverlichting ten behoeve van de koopkracht van werknemers ging daardoor aan de werknemer voorbij. Dit achtte de rechter een bijzondere situatie, nu doorberekening niet tot lastenverzwaring voor de werkgever zou hebben geleid en het loon bovendien niet tussentijds was verhoogd of was geïndexced.¹³

In een ander arrest heeft de Hoge Raad ook nog situaties genoemd waarin geen sprake is van een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden. Dit betreft:

- * het doorvoeren van een wijziging door de werkgever op grond van zijn instructiebevoegdheid,
- * het wijzigen van een eenzijdig aanbod dat de werkgever maar niet de werknemers bindt (bijvoorbeeld bij een reiskostenvergoeding) of
- * de situatie waarin de werkgever slechts inlichtingen heeft beoogd te geven over wat zijns inziens voortvloeit uit de cao.¹⁴

De eerste en derde mogelijkheid behoeven niet problematisch te zijn, zolang duidelijk is dat er daadwerkelijk sprake is van toepassing van de instructiebevoegdheid respectievelijk uitleg van de cao. De tweede

12 Ktg. Nijmegen 8 december 1989, *Prg.* 1990, nr. 3185; Ktg. Utrecht 5 november 1992, *Prg.* 1993, nr. 3790. Vgl. P.C. Vas Nunes, 'Imprévision in het arbeidsrecht', *NJB* 1989, p. 1265-1270.

13 Ktg. Amsterdam 29 april 1999, *JAR* 1999/122.

14 HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 607, *JAR* 1992/33.

mogelijkheid houdt echter het gevaar in dat werkgevers arbeidsvoorwaardenregelingen eerder gaan voorstellen als een eenzijdig aanbod. In veel gevallen zal dit niet kunnen, met name niet wanneer het aanbod onderdeel heeft uitgemaakt van de contractsonderhandelingen. Niettemin kan de hier door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid licht leiden tot misverstanden.

Rol ondernemingsraad. Een apart aandachtspunt vormt het overleg met de ondernemingsraad. Aanvankelijk was een tweede lid bij art. 7:613 BW voorgesteld, waarin werd bepaald dat de werkgever werd vermoed een zwaarwegende grond te hebben voor het gebruik van een wijzigingsbeding, indien de wijziging was overeengekomen met de vakbond of de ondernemingsraad. Tijdens de kamerbehandeling is dit lid verwijderd, omdat bezwaar bestond tegen een rechtstreekse binding van de individuele werknemer door de ondernemingsraad. Dit bezwaar was niet erg sterk. Niet alleen was er geen sprake van een volledige binding, omdat steeds toetsing open bleef aan het criterium van redelijkheid en billijkheid.¹⁵ Maar ook was de bepaling er op gericht om de invloed van de ondernemingsraad op dit soort wijzigingen te vergroten, hetgeen in het belang is van de individuele werknemers. De Minister heeft echter bij het intrekken van dit voorstel tevens aangegeven dat er in wezen niet veel verandert, aangezien ook de rechtspraak gewicht toekent aan het oordeel van de ondernemingsraad. Een beroep van de werknemers op strijd met redelijkheid en billijkheid zal volgens de Hoge Raad in het eerder genoemde IBM-arrest immers niet licht kunnen worden aanvaard, wanneer door de ondernemingsraad tegen de inhoud van de wijziging geen bezwaar is gemaakt.¹⁶ Ook omgekeerd zal het feit dat de ondernemingsraad (of in kleine ondernemingen de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering) niet is geraadpleegd een reden vormen om een regeling extra kritisch te toetsen. Met name bij collectieve wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden is het voor werkgevers derhalve niet verstandig de ondernemingsraad erbuiten te houden. Het creëert niet alleen onrust, maar een in overleg tot stand gekomen regeling is

15 Ik deel dan ook niet de bezwaren tegen de rol van de or van S. de Laat, 'De ondernemingsraad als handenbinder van de individuele werknemer?', *SR* 1991, p. 314-321.

16 HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 335 (IBM).

doorgaans evenwichtiger en daardoor ook voor de rechter eerder aanvaardbaar. Om die reden valt het aan te bevelen om ook vrijwillig hierover met de ondernemingsraad te overleggen. Bij individuele wijzigingen in arbeidsvoorwaarden ligt dit minder voor de hand. Hier zal overigens grote voorzichtigheid mee moeten worden betracht: het aantonen van een zwaarwegende reden zal hier moeilijker zijn en de werkgever zal ook duidelijk moeten maken dat hierbij geen willekeur wordt toegepast ten opzichte van andere werknemers.

Ontbreken van wijzigingsbeding. In geval de werkgever niet zelf de bevoegdheid heeft om arbeidsvoorwaarden te wijzigen zou hij kunnen overwegen om de rechter te verzoeken om dit te doen. In beginsel staan daar twee mogelijkheden voor ter beschikking.

In de *eerste* plaats kan hij zich baseren op het *imprévision*-artikel 6:258 BW. Omstreden is of dit toepasbaar is in het arbeidsrecht, gelet op de bijzondere regeling van art. 7:685 BW.¹⁷ Wel heeft de Hoge Raad echter een ruime uitleg gegeven aan art. 6:258 bij een overeenkomst die geen arbeidsovereenkomst was in de zin van art. 7:610 BW, maar wel een arbeidsverhouding in de zin van art. 1 BBA 1945.¹⁸

Meer nog dan ten aanzien van ontbinding, lijkt mij ten aanzien van wijziging van de arbeidsovereenkomst art. 6:258 BW toepasbaar. Het artikel dient terughoudend te worden toegepast, maar kan bij grote problemen in de onderneming of onredelijke tegenstand van werknemers tegen noodzakelijke wijzigingen een oplossing bieden.

Niet juist acht ik de mogelijkheid om van de werknemer op grond van redelijkheid en billijkheid medewerking te verwachten aan een wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dit gebeurde bijvoorbeeld bij de invoering van wachtdagen bij ziekte.¹⁹ Naar mijn mening is hiervoor een rechterlijke uitspraak op grond van art. 6:258 BW nodig en kan niet volstaan worden met een beroep op artikel 6:248 BW.

17 Daartegen: T. van Peijpe, 'De arbeidsovereenkomst in het nieuwe vermogensrecht', in: P.F. van der Heijden (red.), *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer: Kluwer 1991, p. 11-40, 36; SER, *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr. 91/20, 's-Gravenhage 1991, p. 17.

18 HR 8 november 1996, *NJ* 1997, 217.

19 Ktg. Almelo 16 oktober 1997, *JAR* 1998/3; anders, maar niet in verband met de wettelijke grondslag Rb. Almelo 2 september 1998, *JAR* 1998/234.

De tweede mogelijkheid is die van partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De rechtspraak en de rechtsleer zijn over dit leerstuk verdeeld. Zo achten sommigen de arbeidsovereenkomst ondeelbaar.²⁰ Anderen wijzen op de praktische behoefte aan de mogelijkheid.²¹ Wat dit laatste betreft zij er op gewezen dat men anders al gauw de constructie krijgt van een volledige ontbinding (of opzegging) met een aanbod om de werknemer weer terug te nemen.²² Deze figuur, te vergelijken met het Duitse 'veranderingsontslag', is geen fraaie constructie, en kan ook weer complicaties oproepen. Per saldo geef ik de voorkeur aan toepassing van art. 6:258 BW, aangezien dit de beste waarborgen biedt voor een correct, terughoudend gebruik van de mogelijkheid.

Ten slotte kan nog worden gewezen op de mogelijkheid dat de werkgever een wijziging eenzijdig doorvoert, zonder dat hij de bevoegdheid daartoe is overeengekomen. Het is duidelijk dat het arbeidsrecht deze mogelijkheid niet kent. In dat geval dient de werknemer daartegen zelf een procedure te beginnen, doch deze zal hij in beginsel winnen. Het zou in dat geval niet juist zijn indien de rechter de wijziging alleen zou toetsen aan de redelijkheid en billijkheid of de normen genoemd in art. 7:613 BW. Wel kan eventueel in reconventie een verzoek op grond van art. 6:258 BW in behandeling worden genomen, dat dan wordt getoetst aan de daarbij geldende strenge eisen.

Opmerkelijk is overigens de uitspraak waarin werd geoordeeld dat een door de werkgever doorgevoerde vermindering van het aantal arbeidsuren aanvaardbaar werd geacht omdat de gangbare arbeidsuren

20 Ktg. Rotterdam 26 september 1983, *Prg.* 1983, nr. 2025; Ktg. Maastricht 11 december 1986, *Prg.* 1987, nr. 2752; Ktg. Haarlem 3 juni 1988, *Prg.* 1988, nr. 2943; Ktg. Wageningen 19 augustus 1992, *Prg.* 1992, nr. 373; vgl. noot J. Mannoury bij *Prg.* 1989, nr. 3171 en J.J. Groen, 'Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, artikel 1639w BW verder in het moeras', *Prg.* 1989, p. 513-516.

21 Ktg. Wageningen 6 april 1988, *Prg.* 1989, nr. 2986; Ktg. Deventer 13 oktober 1988, *Prg.* 1989, nr. 3006; J.R. Beversluis/D.B. van der Schree, 'Artikel 1639w BW: ook gedeeltelijke ontbinding is mogelijk', *SR* 1990, p. 208-211; C.J. Loonstra, 'Partiële opzegging en partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *NJB* 1995, p. 204, met reacties op p. 528-531 en p. 1307; J.J.M. de Laat, 'Gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst', *SR* 1995, p. 299.

22 Vgl. Ktg. Rotterdam 6 juli 1989, *Prg.* 1989, nr. 3171.

in strijd waren met de nieuw ingevoerde de Arbeidstijdenwet. De rechter achtte niet alleen de eenzijdige urenreductie geoorloofd, maar achtte het ook niet noodzakelijk dat de werkgever een dispensatie aan de Arbeidsinspectie vroeg, die later wel aan de werknemer werd verleend.²³

4.3 Taakwijziging

Met taakwijziging doelen we op een verandering van de inhoud van het werk. De taakwijziging kan zowel een volledige verandering van functie, als een wijziging van de werkzaamheden onder handhaving van de benaming van de functie inhouden. Betreft het een functieverlaging, met daarbij dus een verlaging van het salaris dan betreft dit een zodanig ingrijpende maatregel, dat deze apart wordt besproken in par. 4.5. Een taakwijziging zal soms ook worden aangeduid als 'overplaatsing'. In deze uitgave wordt daaronder slechts verstaan een overplaatsing naar een andere vestiging. Dit komt aan de orde in par. 4.4.

Bij een door de werkgever gewenste maar door de werknemer niet gewenste taakwijziging zal een eerste vraag zijn wat het contract hierover zegt. Binnen een ruime taakomschrijving zal het de werkgever in beginsel vrij staan de werkopdracht aan de werknemer te wijzigen.²⁴ Voor wijziging van de contractuele relatie is in beginsel instemming nodig van beide partijen.²⁵ Bevat het contract een strikte taakomschrijving, dan betekent dat niet dat een taakwijziging buiten de grenzen van het contract absoluut is uitgesloten. In beginsel kan de werknemer echter vasthouden aan zijn functie, zodat de werkgever wel met zwaarwegende argumenten moet komen waarom deze wijziging is geïndiceerd, bijvoorbeeld een reorganisatie die het noodzakelijk maakt om taken en functies te herschikken. Goed werkgeverschap brengt mee dat de werknemer geen andere taken krijgt opgedragen dan die waarvoor hij in dienst is genomen, tenzij hij daartegen in redelijkheid geen bezwaar kan maken.²⁶ Ook als de ondernemingsraad positief adviseert over een wijziging, verandert dat nog niet de rechtspositie

23 Ktg. Amsterdam 28 mei 1999, *JAR* 1999/154.

24 Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 1991, *NJ* 1992, 146.

25 Ktg. 's-Gravenhage 16 september 1998, *JAR* 1999/1.

26 Pres. Rb. Zwolle 26 augustus 1988, *KG* 1988, 372.

van de betrokken werknemer. Een goed werkgever beziet samen met een bezwaar makende werknemer alternatieven die voor beide partijen een acceptabele oplossing bieden.²⁷ Een voorbeeld van een reden voor een functiewijziging is het feit dat een directeur als zodanig niet meer kan functioneren door het ontstaan van een vertrouwensbreuk.²⁸ Een werkgever (in casu: bejaardenoord) mag in beginsel de werkzaamheden inrichten op de wijze die hij het beste acht met het oog op de te verrichten werkzaamheden (te verlenen zorg). De werknemers zijn echter niet verplicht met functiewijziging in te stemmen, zodat de werkgever verplicht is het oude loon door te betalen zolang het dienstverband voortduurt en de werknemers bereid zijn hun oude werk te verrichten.²⁹

Het uitgangspunt in de bovenstaande alinea is de contractstheorie. Enige onduidelijkheid daarover is ontstaan door het arrest van de Hoge Raad uit 1998 in de Taxi Hofman-zaak. Hierin werd overwogen dat de werknemer 'op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende 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. Zulks wordt niet anders indien die omstandigheden in de risicosfeer van de werkgever liggen.'³⁰ Deze overweging lijkt volledig uit te gaan van de institutionele theorie en verwijst in het geheel niet naar het contractueel overeengekomene. Sommigen leiden hieruit af, dat de Hoge Raad de contractstheorie van de hand wijst. Mij gaat deze interpretatie te ver. De uitspraak had betrekking op een gehandicapte werknemer die eerst ander, passend werk had mogen verrichten, maar weigerde om zijn oude werk weer op te vatten, hoewel hij daartoe in staat werd geacht. Onder die omstandigheden wilde de Hoge Raad mijns inziens duidelijk maken dat ook een gehandicapte werknemer zich redelijk moet opstellen. Ondanks de algemene formulering van de geciteerde overweging kan hieruit niet worden afgeleid dat het contractueel overeengekomene geen rol meer speelt

27 Ktg. Apeldoorn 28 augustus 1996, *Prg.* 1997, nr. 4696.

28 Ktg. Roermond 22 december 1995, *Prg.* 1996, nr. 4475.

29 Ktg. Amsterdam 1 april 1993, *JAR* 1993/88.

30 HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

bij het toewijzen van taken door de werkgever. Dit element speelt uiteraard een grote rol bij de vraag welke voorstellen van de werkgever als 'redelijk' zullen worden beschouwd.

Inmiddels heeft een kantonrechter uitgesproken dat een werknemer overplaatsing naar een ander rayon niet kon weigeren, met uitdrukkelijke verwijzing naar de uitspraak in de zaak Van der Lely/Taxi Hofman. De casus lag echter nogal anders. In casu was geen sprake van arbeidsongeschiktheid. Wel was een salarisregeling van toepassing die voorzag in overplaatsing zonder instemming van de werknemer, behoudens indien de verkoopkansen hierdoor aanmerkelijk zouden worden verlaagd, hetgeen in casu niet aan de orde was. De rechter oordeelde dat de werkgever tot de overplaatsing bevoegd was, op grond van het genoemde arrest en zonder dat de bevoegdheid daartoe in een schriftelijk beding als bedoeld in art. 7:613 BW was voorbehouden.³¹ Deze uitspraak acht ik inhoudelijk juist, echter op grond van de salarisregeling en niet op grond van het genoemde arrest. Ook de bereidheid om bij gewijzigde omstandigheden minstens te overleggen over een andere functie mag van een werknemer worden verwacht.³²

Bij een taakwijziging gaat het, zoals Gisolf terecht opmerkt, om twee aparte beslissingen: die waarbij de oude taak wordt afgenomen en die waarbij een nieuwe wordt toegewezen. De daarvoor geldende normen vallen niet noodzakelijkerwijs samen.³³ Wat betreft de nieuw aan te bieden taak is de werkgever in beginsel verplicht voor ander werk te zorgen op het niveau waarop de werknemer in dienst is genomen, tenzij hij in het kader van een ontslagprocedure aantoont dat er geen arbeid op het aanstellingsniveau beschikbaar is.³⁴ Indien de werknemer voor de nieuwe functie niet geschikt wordt geacht, moet de werkgever dit aantonen. Het zal daarbij in het voordeel van de werknemer spreken indien hij beschikt over uitstekende beoordelingen.³⁵ Zo werd plaatsing in de nieuwe functie van verkoopchef gelast van een verkoopmanager met 30 dienstjaren wiens functioneren kort voor de reorganisatie nog zeer positief was beoordeeld.³⁶ Ook de

31 Ktg. Middelburg 14 juni 1998, *JAR* 1999/138.

32 Ktg. Rotterdam 23 juni 1999, *JAR* 1999/141.

33 R.C. Gisolf, *Ander werk*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 51-52.

34 Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 1991, *NJ* 1992, 146.

35 Ktg. Amsterdam 8 september 1992, *JAR* 1992/81.

36 Ktg. Sittard 13 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3745.

toepassing van een promotieschema en de personeelsbeoordeling kan worden getoetst aan goed werkgeverschap.³⁷ Zelfs de plaatsing in een hogere functie, welke werknemers krachten te boven gaat, hetgeen tot arbeidsongeschiktheid leidt, kan ongeoorloofd zijn.³⁸

Indien het door toedoen van de werkgever voor de werknemer niet mogelijk is om zijn functie uit te oefenen of een aanbod van de werknemer voor andere functies is afgewezen staat de werkgever minder sterk.³⁹ Bij gebreke van een functieomschrijving in de arbeidsovereenkomst kan ook worden aangesloten bij de omschrijving in de toepasselijke cao. In het geval van een werknemer die weer werd tewerkgesteld na afwijzing van een ontbindingsverzoek en vele maanden schorsing maar niet alle voorheen vervulde taken kreeg, hield de rechter rekening met het aantreden van een directeur en een hoofd van de onderhoudsdienst. Als voorlopige maatregel werd herstel bevolen van de werknemer in diens functie met een aangepaste functie-omschrijving.⁴⁰ Negeert de werkgever gerechtvaardigde belangen van de werknemer ten aanzien van de arbeidsplaats en de taakinhoud dan kan dat reden zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer.⁴¹ Bij de afweging of een taakwijziging is geoorloofd zullen tal van persoonlijke aspecten een rol kunnen spelen, zoals samenwerking met collega's, aansluiting bij opleiding en ervaring, leeftijd en gezinssituatie wanneer de taakwijziging een indeling bij de nachtdienst of ploegdienst inhoudt.⁴² De rechtspraak is vaak casuïstisch:

- * de opdracht tot het geven van lessen onderwijskunde in plaats van pedagogiek werd geoorloofd geacht;⁴³
- * twee verpleegkundigen moesten op hun afdeling worden teruggeplaatst zodra de over hen klagende patiënte de afdeling zou hebben verlaten;⁴⁴

37 Rb. Haarlem 18 maart 1986 en 23 december 1986, *Prg.* 1987, nr. 2717.

38 Ktg. Apeldoorn 9 december 1992, *Prg.* 1993, nr. 3864.

39 Pres. Rb. Zwolle 26 augustus 1988, *KG* 1988, 372.

40 Ktg. Harderwijk 19 december 1984, *Prg.* 1985, nr. 2262.

41 Ktg. Harderwijk 20 februari 1989, *Prg.* 1989, nr. 3059.

42 Zie hierover nader R.C. Gisolf, *Ander werk*, Arnhem 1985, p. 44-45.

43 Ktg. Rotterdam 25 augustus 1993, *JAR* 1993/225.

44 Ktg. Utrecht 22 juli 1993, *JAR* 1993/218.

- * niet aanvaardbaar was een uitbreiding van het aantal uren wegens automatisering voor een werknemer die voor die uren geen kinderopvang kon krijgen;⁴⁵
- * bij een beleidswijziging kon werknemer in een nieuwe functie niet meer meekomen. Het ligt op de weg van een grote werkgever als ING Bank om zo'n werknemer opnieuw te belasten met werkzaamheden op het niveau waarvoor zij is aangenomen en die zij vele jaren naar behoren heeft vervuld;⁴⁶
- * werkgeefster die om haar moverende redenen een functiewijziging heeft doorgevoerd zou ongepast en onbillijk handelen indien zij zich op een concurrentiebeding zou beroepen om te verhinderen dat de werknemer elders een functie aanvaardt die in zijn belangstellingssfeer ligt;⁴⁷
- * een beleidswijziging die leidt tot functieverzwaring mag niet leiden tot ontslag van zittende functionarissen, op wier taakvervulling men geen serieuze kritiek mag hebben.⁴⁸

Overigens kan ook de werknemer, bijvoorbeeld na een non-actiefstelling, vragen om toewijzing van een andere taak.⁴⁹ Daarbij kan werkgever worden opgedragen om te bewijzen dat geen andere functie beschikbaar is of kan worden gecreëerd.⁵⁰ Bij een ontbindingsverzoek wegens het vervallen van de functie wegens reorganisatie werd vastgesteld dat de werkgever zich niet als goed werkgever te gedragen door te weigeren de werknemer een nieuwe positie in haar organisatie te geven. dit leidde tot een ontbinding met een vergoeding die ver naar boven afweek van de kantonrechtersformule (*f* 895 104,25).⁵¹

45 Ktg. Zevenbergen 11 maart 1998, *Prg.* 1998, nr. 4947.

46 Ktg. Amsterdam 28 september 1994, *Prg.* 1995, nr. 4319.

47 Ktg. Tiel 29 juni 1995, *Prg.* 1995, nr. 4347.

48 Ktg. Lelystad 28 juni en 8 november 1995, *Prg.* 1995, nr. 4444.

49 Rb. Utrecht 4 januari 1994, *Prg.* 1994, nr. 4060.

50 Ktg. Rotterdam 9 april en 11 juni 1997, *Prg.* 1997, nr. 4863.

51 Ktg. Zuidbroek 8 februari 1996, *Prg.* 1996, nr. 4485.

4.4 Overplaatsing

Onder overplaatsing wordt in deze paragraaf verstaan de overplaatsing naar een andere vestiging. Indien in de overeenkomst een bepaalde plaats van werken is vermeld, staat het de werkgever niet vrij om eenzijdig en tegen de uitdrukkelijke wil van de werknemer een overplaatsing door te voeren.⁵² Binnen deze marge kan een overplaatsing plaatsvinden, maar op redelijkheid worden getoetst aan de hand van het goed werkgeverschapcriterium, naast cao-bepalingen.⁵³ Veel uitspraken hierover zijn niet gedaan. De bereidheid om aan overplaatsing mee te werken lijkt onder het personeel met een minder hoge opleiding, aan wie geen promotie wordt aangeboden dikwijls gering. De werkgever legt zich naar mijn indruk hierbij dikwijls neer en streeft dan zo nodig naar beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

In de eerste plaats kan overplaatsing worden gegrond op reorganisatie. De werknemer hoeft zijn eigen werk niet op te geven in geval van reorganisatie indien hij meent dat de werkgever niet de juiste keuzen heeft gemaakt. Hij mag ervoor kiezen zo veel mogelijk gebruik te maken van aangeboden begeleiding naar ander werk en er toch niet in berusten dat hem zijn werk wordt ontnomen.⁵⁴ Overplaatsing bij reorganisatie na 23 dienstjaren werd in strijd geacht met goed werkgeverschap.⁵⁵

Daarnaast kan overplaatsing worden toegepast als disciplinaire maatregel. Daarvoor moet de grond voldoende worden geconcretiseerd.⁵⁶ Een ingrijpende disciplinaire maatregel als overplaatsing mag alleen worden genomen bij ernstig disfunctioneren van de werknemer en indien deze tevoren indringend op zijn functioneren is aangesproken.⁵⁷ Overplaatsing die de schijn had van een disciplinaire maatregel kon ondanks de bevoegdheid tot overplaatsing in een cao niet in stand blijven.⁵⁸ Bij een overplaatsing kan men niet eenzijdig

52 Ktg. Schiedam 17 december 1996, *JAR* 1997/64.

53 Pres. Rb. Haarlem 30 december 1986, *KG* 1987, 58 (overplaatsing van Purmerend naar Zwanenburg onredelijk geoordeeld).

54 Ktg. Utrecht 25 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3640.

55 Ktg. 's-Hertogenbosch 3 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3628.

56 Ktg. Amsterdam 23 december 1997, *JAR* 1998/75.

57 Ktg. Utrecht 29 juli 1998, *JAR* 1998/189.

58 Ktg. Rotterdam 28 augustus 1992, *KG* 1993, 22.

de zonder enig voorbehoud overeengekomen provisie-regeling beëindigen.⁵⁹ Een in beginsel tijdelijke overplaatsing wegens onvoldoende functioneren dient na verbetering weer ongedaan te worden gemaakt.⁶⁰

Een in beginsel bestaande bevoegdheid tot overplaatsing kan soms wegens onjuist gebruik toch niet worden uitgeoefend.⁶¹ Geen sprake van slecht werkgeverschap was er in het geval dat na verplaatsing van de bedrijfsactiviteiten de reisafstand te groot was geworden voor werkneemster en herplaatsing daardoor niet meer mogelijk was.⁶² Ook een onvoldoende gemotiveerde beslissing om de werknemer in een bepaalde en niet in een andere vestiging te plaatsen (in casu bij detachering) kan worden aangevochten op grond van goed werkgeverschap.⁶³

Het is uiteraard moeilijk om algemene regels op dit punt te stellen. Zo werd overplaatsing van het ene filiaal van een kapperszaak naar een andere niet redelijk geacht,⁶⁴ evenals overplaatsing naar een vestiging over de grens.⁶⁵ Overplaatsing naar Joegoslavië werd geoordeeld meer op een coup te lijken dan op een door het bedrijfsbelang ingegeven besluit.⁶⁶ Maar dit zijn duidelijk incidentele beslissingen die bovendien mede samenhangen met het oordeel over de inhoud van de nieuwe functie. Als regel kan men slechts zeggen dat de werkgever ook de persoonlijke belangen van de werknemer in de afweging dient te betrekken. Een schoonmaker die voorheen in de Amsterdamse Centrale Markthallen werkte vanaf 09.00 uur werd wegens opzegging van het schoonmaakcontract tijdelijk overgeplaatst naar de Jaarbeurs te Utrecht waar hij vanaf 07.00 uur diende te werken. Deze overplaatsing werd door de rechter aanvaard.⁶⁷

59 Ktg. Amsterdam 5 december 1995, *Prg.* 1996, nr. 4474.

60 Ktg. Haarlem 24 januari 1997, *JAR* 1997/33.

61 Rb. Haarlem 28 september 1993, *JAR* 1994/43.

62 Ktg. Utrecht 10 juni 1997, *Prg.* 1997, nr. 4837.

63 Pres. Rb. Groningen 31 maart 1995, *KG* 1995, 301.

64 Ktg. Rotterdam 20 augustus 1980, *Prg.* 1982, nr. 1736.

65 Rb. Roermond 11 februari 1983, *Prg.* 1983, nr. 2009.

66 Ktg. Rotterdam 17 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3723.

67 Ktg. Amsterdam 12 januari 1994, *KG* 1994, 161.

Ten slotte zij nog geattendeerd op het feit, dat de plaats waar de arbeid wordt verricht ook bepalend is voor de bevoegdheid van de rechter. Bij verschil van inzicht over waar dat is of moet zijn, kan dat tot problemen leiden.⁶⁸

4.5 Functieverlaging

Functieverlaging is een neutrale term voor wat in het spraakgebruik meestal degradatie heet. Een functieverlaging kan een andere taakinhoud meebrengen en andere arbeidsvoorwaarden, zoals een lager loon of verlies van emolumenten. Degradatie kan als diffamerend worden beschouwd, omdat dit meestal een disciplinaire maatregel betreft als reactie op verwijtbaar gedrag van de werknemer of wegens gebrek aan vertrouwen. Gaat het echter uitsluitend om onvoldoende functioneren van de werknemer zonder verwijtbaarheid dan zal eerder van functieverlaging of overplaatsing worden gesproken.⁶⁹

In het algemeen zal functieverlaging niet snel geoorloofd zijn. Dit geldt natuurlijk in het bijzonder indien dat gepaard gaat met salarisverlaging. Eenzijdige salarisverlaging is alleen onder bijzondere omstandigheden mogelijk. De werkgever kan wel een nieuwe overeenkomst aanbieden en bij weigering opzeggen of ontbinding van de arbeidsovereenkomst nastreven.⁷⁰ Onder salarisverlaging valt ook te verstaan het inhouden van onkosten- en autovergoedingen. Voor een wijziging van de arbeidsovereenkomst is de instemming van beide partijen nodig.⁷¹ Wel zij opgemerkt dat in geval van overplaatsing en functieverlaging minder wettelijke waarborgen bestaan dan bij ontslag.⁷² Om een goede ontslagbescherming mogelijk te maken dienen interne alternatieve oplossingen aan de werkgever ter beschikking te staan.

68 Rb. 's-Hertogenbosch 27 juni 1975, *NJ* 1975, 482.

69 Ktg. Amsterdam 13 oktober 1992, *JAR* 1992/108 acht aangetoond dat filiaalhouder niet meer voldoet aan de in de loop der jaren gewijzigde eisen, zodat overplaatsing naar de functie van bouwbegeleider aanvaardbaar is.

70 Ktg. Zaandam 29 februari 1996, *Prg.* 1996, nr. 4639.

71 Ktg. Utrecht 5 februari 1997, *JAR* 1997/73.

72 Vgl. Rb. Alkmaar 27 januari 1983, *NJ* 1984, 194.

Toch worden in veel uitspraken beslissingen niet gerechtvaardigd geacht, wellicht omdat zij vaak op emotionele basis worden genomen. Dit gold bijvoorbeeld bij

- * een degradatie tot 'klusjesman'.⁷³
- * degradatie van een filiaalhouder-audicien met 18 dienstjaren op grond van een gebrek in de administratie en een voorraadverschil, gesteld op f 20.000, waarvoor hij verantwoordelijk werd gesteld, waarbij niet overtuigend was aangetoond dat de werknemer verwijtbaar was tekortgeschoten. De aantasting van eer en goede naam gaf aanleiding tot toekenning van f 30.000 als schadevergoeding.⁷⁴
- * functieverlaging, in een geval waar intensivering van het toezicht wel aanvaardbaar was.⁷⁵
- * het geval waarin - hoewel ten aanzien van hoger personeel een zekere beleidsvrijheid bestaat ten aanzien van de handhaving in functies - onvoldoende zwaarwegende redenen waren aangevoerd voor een degradatie van districtsmanager tot artsenbezoeker.⁷⁶
- * het terugbrengen van het aantal werkuren tot 25 per week als sanctie op ziekteverzuim, ook al was oorspronkelijk slechts 25 uur overeengekomen.⁷⁷
- * het aanbieden van een functie op lager niveau, terwijl later bleek dat er wel een functie van gelijk niveau was.⁷⁸
- * een geval waarin onvoldoende functioneren niet aannemelijk was gemaakt.⁷⁹

Ten aanzien van emolumenten werd uitgemaakt dat de werkgever onder omstandigheden niet gerechtigd was eenzijdig aan de werknemer het gebruik van de bedrijfsauto ook voor privé-doeleinden te ontnemen, ook niet indien hij daarbij een afbouwregeling aanbood.⁸⁰ Bij het vervangen van de bedrijfsauto door een bestelbusje dat zich niet meer

73 Ktg. Amsterdam 24 januari 1987, *NJ* 1987, 655.

74 Ktg. Rotterdam 2 februari 1987, *Prg.* 1987, nr. 2707.

75 Pres. Rb.'s-Gravenhage 4 oktober 1990, *KG* 1990, 396.

76 Ktg. Rotterdam 12 februari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3627, *KG* 1992, 383.

77 Ktg. Amsterdam 29 april 1992, *Prg.* 1992, nr. 3734.

78 Ktg. Delft 20 mei 1998, *Prg.* 1998, nr. 4989.

79 Ktg. Amersfoort 3 december 1997, *JAR* 1998/10.

80 Ktg. Zutphen 24 maart 1987, *Prg.* 1987, nr. 2691.

leende voor privé-gebruik, diende de financiële pijn te worden gedeeld en de werknemer een netto-tegemoetkoming van f 2000,-- per maand te ontvangen.⁸¹

Bij reorganisatie kan instemming van de werknemers met een functie- en salarisverlaging niet stilzwijgend worden aangenomen.⁸² In een geval van reorganisatie werd ondanks een schriftelijke afspraak met de ondernemingsraad dat salarissen en functies minimaal gelijk zouden blijven, een werknemer in een lagere functie geplaatst en zijn salaris gedeeltelijk omlaag gebracht volgens de cao-regeling. De kantonrechter wees de eis tot herstel in de oude functie af, omdat op dit niveau geen functie meer beschikbaar was. Op grond van de aanbeveling in de cao om het oude salaris te handhaven, werd de werkgever wel veroordeeld tot betaling van het oorspronkelijke salaris.⁸³

Een degradatie kan ook leiden tot (langdurige) arbeidsongeschiktheid. In het geval van een degradatie van een opzichter-stookinstallaties tot cv-monteur, gepaard gaande met salarisverlaging van ongeveer f 600 bruto per maand werd de werkgever in verband daarmee veroordeeld tot vergoeding van immateriële schade tot f 14.000.⁸⁴

Een functieverlaging kan verder te maken hebben met het feit dat de werknemer zijn oude functie niet meer aankan. Zo werd een assistent-filiaalleider die overspannen was geraakt in de lagere functie van eerste monteur geplaatst. De kantonrechter achtte de functieverlaging niet in strijd met goed werkgeverschap, maar een eenzijdige salarisaanpassing naar beneden in strijd met een eerdere toezegging was dat wel.⁸⁵

4.6 Werkaanpassing gehandicapten

In het arrest Van Haaren/Cehave heeft de Hoge Raad uitgesproken dat een goed werkgever gehouden is om de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die zich daartoe bereid heeft verklaard in staat te stellen andere, passende arbeid te verrichten. Daarbij heeft deze

81 Ktg. Enschede 4 december 1998, *Prg.* 1999, nr. 5099.

82 Ktg. Amsterdam 31 maart 1992, *KG* 1992, 374.

83 Ktg. Apeldoorn 4 oktober 1995, *Prg.* 1996, nr. 4477.

84 Ktg. Rotterdam 7 januari 1988, *Prg.* 1988, nr. 2836.

85 Ktg. Enschede 5 december 1996, *JAR* 1997/18, *Prg.* 1997, nr. 4695.

het recht op een passend gedeelte van het loon op grond van art. 7:628 BW. De werking van art. 7:628 werd daarmee uitgebreid tot buiten de sfeer van de *overeengekomen* arbeid op grond van goed werkgeverschap.⁸⁶ Wel werd de eis gesteld dat de werknemer die andere passende arbeid, voor zover doenlijk specificeert.⁸⁷ Art. 5:2, eerste lid Ontslagbesluit legt echter de bewijslast van het ontbreken van passende arbeid op de werkgever die een ontslagvergunning aanvraagt voor een arbeidsgehandicapte werknemer.⁸⁸ Zie voorts art. 30 ZW en 46 WAO die de bevoegdheid geven aan de uitvoeringsinstelling om de werkgever te verplichten tot tewerkstelling.⁸⁹ Over dit onderwerp heeft de Hoge Raad een duidelijke rechtsregel verschaft, die de wetgever naar mijn mening ten onrechte tot nog toe niet in het BW als recht van de werknemer heeft gecodificeerd.⁹⁰ Wel is in de Ziektewet, de WAO en de Wet op de (re-)integratie van Arbeidsgehandicapten (Wet Rea) een aantal voorzieningen getroffen om de tewerkstelling van arbeidsgehandicapte werknemers te stimuleren.

Cao-bepalingen over dit onderwerp zullen worden uitgelegd als uitwerking van de door de Hoge Raad gegeven criteria en niet als terzijde stelling daarvan.⁹¹ Voor aanpassing van de arbeidsduur kan ook steun worden gevonden in de cao indien deze de bevordering van deeltijdarbeid voorschrijft.⁹² Niet bepalend is dat de werkgever nimmer de gevraagde aangepaste arbeid heeft verschaft. Meer aanpassing zal

86 HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309, *Prg.* 1985, nr. 2391 (Van Haaren/Cehave).

87 Vgl. Ktg. Eindhoven 2 mei 1985, *Prg.* 1985, nr. 2345; Ktg. Alphen a/d Rijn 12 november 1996, *JAR* 1996/239.

88 Regeling van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238. Bij een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst na met toestemming RDA verkregen ontslag dient de werknemer wel weer zelf een concreet aanbod voor passend werk te doen: Rb. Amsterdam 13 maart 1996, *JAR* 1996/73.

89 W.L. Hardenberg, Reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer, Wie zet de eerste stap?, *ArbeidsRecht* 1994/60.

90 Onlangs heeft de Tweede Kamer wederom een hiertoe strekkende motie aangenomen. Zie voorts G.J.J. Heerma van Voss, 'Goed werkgeverschap en goed werknemerschap', in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst, Enkele eclectische beschouwingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 25-28, 28.

91 Ktg. Haarlem 10 april 1986 en Rb. Haarlem 16 december 1986 en 24 februari 1987, *Prg.* 1987, nr. 2756.

92 Ktg. Heerenveen 8 maart 1995, *Prg.* 1995, nr. 4328.

kunnen worden gevraagd als de arbeidsongeschiktheid in de werksfeer is veroorzaakt.⁹³ Plaatsing van een buschauffeur die alleen nog op regelmatige tijden kon werken uitsluitend in de dagdienst mocht worden gevraagd, ook al was dit geen gebruikelijke functie in de onderneming.⁹⁴ De werkgever moet ook na ziekte een eerder aanbod voor een functie op een bepaald niveau gestand doen.⁹⁵ Een terugkeergarantie werd gelet op de handicap van de werknemer ruim uitgelegd.⁹⁶ Indien werkgever te verwijten valt dat de reïntegratie is mislukt, kan dit aanleiding zijn voor schadevergoeding.⁹⁷ Dit geldt ook voor in de gezondheid geleden schade die het gevolg is van het aanbieden van vervangende, niet-passende arbeid terwijl was ontraden om die arbeid aan te bieden.⁹⁸ Ook bij de minder eenvoudig vast te stellen vermoeidheidsziekte ME kan ander, passend werk geboden zijn.⁹⁹

De grens voor de verplichting van de werkgever ligt daar waar niet meer redelijkerwijze kan worden gevergd dat de werkgever aangepaste arbeid verschaft.¹⁰⁰ Het is niet voldoende dat de werkgever meedeelt dat geen passende arbeid beschikbaar is. Hij kan wel worden toegelaten om dit te bewijzen.¹⁰¹ Indien de werknemer bijvoorbeeld de geschiktheid mist voor alle werkzaamheden waarvoor in het bedrijf van de werkgever, hetzij binnen de bestaande, hetzij binnen een te creëren functie plaats zou zijn valt van de werkgever niet te vergen dat hij de werknemer zulke arbeid verschaft.¹⁰² De werkgever mocht ook een aanpassing weigeren omdat het afsplitsen van de lichte taken van de andere werknemers in strijd zou komen met haar ziekteverzuim-

93 HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441, *Prg.* 1992, nr. 3600 (Goldsteen/Roeland).

94 Ktg. Middelburg 21 juni 1999, *JAR* 1999/140.

95 Rb. Utrecht 2 augustus 1994 en Ktg. Utrecht 20 september 1994, *Prg.* 1994, nr. 4195.

96 Ktg. Tilburg 15 april 1993, *JAR* 1993/131.

97 Ktg. Oud-Beijerland 29 juni 1998, *JAR* 1998/178 en 202 (geen verwijt aan werkgever); Ktg. Utrecht 2 oktober 1998, *JAR* 1998/219 (correctiefactor 3 bij ontbinding).

98 Ktg. Eindhoven 8 maart 1990, *NJ* 1992, 145.

99 Rb. Zwolle 2 september 1998, *JAR* 1999/26.

100 HR 5 februari 1988, *NJ* 1988, 950.

101 Ktg. Alkmaar 4 oktober 1995 en 1 november 1995, *JAR* 1995/259, *Prg.* 1995, nr. 4445.

102 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 270 (Perez/Homburg).

beleid dat juist roulatie van zware en lichte taken inhield.¹⁰³ Ook werd aanvaard dat de werkgever een deel van de taken van een manager tijdens veelvuldige en langdurige afwezigheid wegens ziekte had toebedeeld aan een andere manager en dat de onzekerheid over toekomstig ziekteverzuim als een zwaarwegend bedrijfsbelang gold om deze situatie voort te zetten.¹⁰⁴ De grens ligt ook daar waar de werknemer zich niet volledig wil inzetten voor een minder belastende taak.¹⁰⁵ Na arbeidsgeschiedtverklaring voor de bedongen arbeid kan de werknemer zich niet slechts bereid verklaren tot hervatting van de arbeid indien de inhoud van zijn functie volgens zijn wensen wordt aangepast. Wel kan goed werkgeverschap onder omstandigheden meebrengen dat de werkgever, nadat de werknemer zijn werkzaamheden heeft hervat, in overleg met hem zoekt naar mogelijkheden om de arbeidsomstandigheden zodanig aan te passen dat de kans op het opnieuw intreden van arbeidsongeschiktheid wordt verminderd.¹⁰⁶ De bescherming van arbeidsongeschikte werknemers kan op zichzelf niet rechtvaardigen dat een werknemer een redelijk voorstel van zijn werkgever (in casu terugkeer in oude functie waartoe hij medisch weer in staat wordt geacht) van de hand wijst.¹⁰⁷ Ook kan het toewijzen van een binnendienstfunctie er toe leiden dat de bedrijfsauto moet worden ingeleverd.¹⁰⁸

Bij situatie arbeidsongeschiktheid is de werknemer alleen arbeidsongeschikt voor zijn eigen arbeidsplaats, meestal wegens spanningen met de directe chef. In een dergelijk geval zal moeten worden nagegaan of de omstandigheden die deze veroorzaken meer in de risicosfeer van de werkgever dan in die van de werknemer liggen.¹⁰⁹

Over werkaanpassing voor gehandicapten is ook in het verleden een groot aantal betrekkelijk casuïstische uitspraken gedaan.¹¹⁰

103 Ktg. Tilburg 5 oktober 1995, *JAR* 1996/47.

104 Hof Amsterdam 19 januari 1995, *JAR* 1995/248.

105 Ktg. Schiedam 14 januari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3601.

106 HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 470 (Zwiers/Mestemaker).

107 HR 26 juni 1998, *JAR* 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

108 Ktg. Lelystad 16 november 1998, *Prg.* 1999, nr. 5084.

109 Ktg. Tiel 23 februari 1994, *Prg.* 1994, nr. 4103.

110 Ktg. Breda 10 mei 1983, *Prg.* 1983, nr. 1962; Ktg. Eindhoven 18 april 1985, *Prg.* 1985, nr. 2344; Ktg. Rotterdam 30 juli 1986, *Prg.* 1986, nr. 2580; Ktg. Gorinchem 21 juli 1986, *Prg.* 1987, nr. 2627; Ktg. Utrecht 19 december 1986, *Prg.* 1987, nr. 2628; Ktg. Hoorn 6 januari 1986 en 16 juni 1986, *Prg.* 1987,

In het bijzonder valt te wijzen op de invloed die op deze kwesties uitgaat van de uitvoeringsinstellingen van de sociale zekerheid:

- * het is van groot belang dat de werkgever zijn oordeel over de mogelijkheden voor passend werk laat toetsen door een onafhankelijke en deskundige derde, zoals de uitvoeringsinstellingen. Het kan niet de bedoeling zijn dat de bescherming van de werknemer op dit punt geheel aan de werkgever wordt overgelaten.¹¹¹
- * de visie van deskundigen van de uitvoeringsinstelling werd doorslaggevend geacht ten aanzien van de vraag of een werknemer na een ziekteperiode weer in staat was als chauffeur te functioneren.¹¹²
- * In beginsel zal de werkgever de werknemer na herstel van ziekte weer moeten toelaten tot de bedongen arbeid. Een enkele 'indicatie' van blijvende arbeidsongeschiktheid, verkregen van de uitvoeringsinstelling, is te vaag en mitsdien onvoldoende om blijvende arbeidsongeschiktheid aan te nemen. De werkgever dient de werknemer na hersteldverklaring de gelegenheid te geven in de praktijk te toetsen of hij mentaal geschikt is om weer aan het werk te gaan.¹¹³
- * Voor het concretiseren van het aanbod van de werknemer werd verwijzing naar het oordeel van de uitvoeringsinstelling toereikend geacht.¹¹⁴
- * Nu de geneeskundige van de bedrijfsvereniging de werknemer weer geschikt achtte voor zijn oude werkzaamheden diende de werkgever de werknemer weer tot die werkzaamheden toe te laten.¹¹⁵

nr. 2664; Ktg. 's-Gravenhage 19 april 1990 en 15 november 1990, *Prg.* 1991, nr. 3390; Ktg. Amsterdam 25 februari 1991, *Prg.* 1991, nr. 3574; Ktg. Utrecht 17 januari 1992, *Prg.* 1992, nr. 3772. Zie ook W. Plessen, 'Aan de slag met de WAGW', in: A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer: Kluwer 1992, p. 116-147; Ktg. Rotterdam 13 december 1995, *Prg.* 1996, nr. 4465; Ktg. Almelo 20 maart 1997, *Prg.* 1997, nr. 4786.

111 Ktg. Alphen a/d Rijn 14 februari en 9 december 1995, *JAR* 1996/22.

112 Ktg. Venlo 19 augustus 1981, *Prg.* 1982, nr. 1797.

113 Rb. Zutphen 19 november 1987, *Prg.* 1987, nr. 2789.

114 Ktg. Utrecht 22 juli 1987, 20 januari 1988 en 27 april 1988, *Prg.* 1988, nr. 2990.

115 Pres. Rb. 's-Gravenhage 27 februari 1996, *JAR* 1996/70.

- * In één geval was er zelfs sprake van een eis tot tewerkstelling van een door de uitvoeringsinstelling 'situationeel' arbeidsongeschikt geachte werknemer.¹¹⁶
- * Nadat werknemer niet langer arbeidsongeschikt was, achtte de toenmalige GMD het niet raadzaam dat hij het werk bij zijn huidige werkgever hervatte. De werkgever werd op vordering van de werknemer toch tot toelating van de werknemer verplicht, omdat niet was gebleken dat werknemer tegen zichzelf zou moeten worden beschermd. Zelfs indien werknemer ziek zou zijn geweest stond het hem vrij de arbeid te hervatten, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld ingeval van gevaar voor zijn omgeving.¹¹⁷

Ook kunnen partijen opheldering in een geschil over de mogelijkheid van passende arbeid in de onderneming brengen door zelf een deskundige aan te wijzen.¹¹⁸

Verder werd uitgemaakt dat het conformeren van de werkgever aan de negatieve reacties van het personeel op eventuele werkhervatting van een langdurig zieke werknemer en blokkeren van diens terugkeer wel leidden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar met toekenning van f 4000 als vergoeding wegens immateriële schade en een suppletie op sociale uitkering of lager salaris elders.¹¹⁹

Bij arbeid in het kader van de Wet sociale werkvoorziening geldt uiteraard nog een bijzondere terughoudendheid bij het aannemen van arbeidsongeschiktheid voor de functie.¹²⁰ Een werknemer die bij dezelfde instelling was overgestapt van de banenpoolregeling naar een vast dienstverband in het kader van de Melkert-regeling kon niet worden verweten dat hij de werkgever niet tevoren over zijn medische beperkingen had ingelicht.¹²¹

Wat betreft tewerkstelling op therapeutische basis werd in één geval geoordeeld dat de werkgeefster beter had gedaan hieraan medewerking

116 Ktg. Rotterdam 20 april 1990, *Prg.* 1990, nr. 3281.

117 Ktg. Amsterdam 19 maart 1992, *Prg.* 1992, nr. 3678.

118 Ktg. Haarlem 25 september 1995, *JAR* 1995/207.

119 Ktg. Utrecht 10 februari 1989, *Prg.* 1989, nr. 3045.

120 Ktg. Tilburg 5 februari 1998, *Prg.* 1998, nr. 4988.

121 Ktg. Amsterdam 14 januari 1997, *JAR* 1997/21.

te verlenen, maar werd gegeven de verstoorde verhoudingen de arbeidsovereenkomst ontbonden zonder toekenning van een vergoeding.¹²²

4.7 Structuurwijziging onderneming

Ook wijziging van de ondernemingsstructuur kan van belang zijn voor de positie van de werknemer. Over de vraag in hoeverre de constructie van de werkgever de rechtspositie van de werknemer mag beïnvloeden is weinig in algemene zin gezegd. Wel is er een aantal losse uitspraken op dit gebied:

- * Een vordering op basis van goed werkgeverschap werd niet geaccepteerd tegen de houdster- noch tegen de dochtervennootschap. Het ging hier om de zogeheten sterfhuis-constructie welk erop is gericht de werkgelegenheid voor een deel van het personeel te handhaven.¹²³
- * A-G Mok betoogt dat het voortbestaan van een rechtspersoon door familieleden en nagelaten betrekkingen verplicht kan zijn op grond van goed werkgeverschap ter vereffening van het vermogen. Er bestaat een rechtsverplichting om zich in te spannen voor de pensioenaanspraken van de gewezen werknemers.¹²⁴
- * Na het overnemen van de onderneming door een andere in de zin van art. 7:663 BW treedt een werknemer van rechtswege in dienst bij de overnemer. Dit betekent echter niet steeds dat de functie gehandhaafd kan blijven. Zo kon een directeur niet aannemen dat hij bij de overnemer de specifieke functie van directeur zou krijgen. Wel had hij in beginsel aanspraak op aanbod van passend werk.¹²⁵
- * De cao-bepaling, welke de werkgever verplicht te streven naar continuïteit van de arbeidsverhouding en bij bedrijfssluiting de sociale consequenties daarvan te betrekken in de besluitvorming, brengt mede dat de werkgever de belangen van zijn werknemers bij continuering van het dienstverband in beginsel moet laten prevaleren

122 Ktg. Haarlem 17 december 1991, *Prg.* 1992, nr. 3602.

123 Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619, *KG* 1982, 189, *Prg.* 1982, nr. 1857 (Heidemij).

124 HR 26 februari 1988, *NJ* 1988, 490 (Van Heek).

125 Pres. Rb. Amsterdam 14 maart 1985, *KG* 1985, 102.

boven het eventueel voordeel van overdracht aan een gegadigde die continuering niet wil.¹²⁶

- * Bij overgang van de onderneming na faillissement gaan de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst niet over op de nieuwe werkgever. Volgens de Kantonrechter Nijmegen geldt dan ook niet dat voor de berekening van de opzegtermijn de dienstverbanden worden samengeteld. Art. 7:673 zou niet van toepassing zijn omdat het niet hetzelfde werk betreft. Wel achtte hij een vergoeding geboden wegens de leeftijd van de werknemer en diens kansen op de arbeidsmarkt.¹²⁷
- * Een concurrentiebeding gaat van rechtswege mee over bij overgang van de onderneming in de zin van art. 7:663 BW. In andere gevallen van overgang van de onderneming geldt ook in gevallen waarin het schriftelijke concurrentiebeding inhoudt dat het mede ten behoeve van de rechtsopvolgers is aangegaan, dat aan het door art. 7:653 BW gestelde vereiste van geschrift moet worden vastgehouden. Ook in zulke gevallen bestaat immers de mogelijkheid dat in geval van voortzetting van de arbeidsverhouding het concurrentiebeding zwaarder zou gaan drukken.¹²⁸ Die mogelijkheid wordt niet uitgesloten door de omstandigheid dat de werknemer bij het aanvaarden van het beding beseft dat de werkgever het beding mede ten behoeve van één of meer rechtsopvolgers aangaat.¹²⁹
- * Een Nederlandse BV werd als medewerkgeefster beschouwd voor Engelse werknemers die vanuit de Engelse moedermaatschappij bij haar werden gedetacheerd; een bijdrage aan het VUT-fonds was evenwel niet verplicht, omdat er toch geen gebruik van zou worden gemaakt.¹³⁰
- * Een werknemer kon geen salaris vorderen van een gemeente die als loonadministrateur optrad voor de stichting die als werkgever optrad.¹³¹

126 Ktg. Helmond 31 maart 1988, *Prg.* 1988, nr. 2911.

127 Ktg. Nijmegen 25 november 1988, *Prg.* 1989, nr. 3023.

128 Vgl. HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 234.

129 HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 464, *JAR* 1992/23.

130 Ktg. 's-Gravenhage 8 september 1992, *Prg.* 1992, nr. 3744.

131 Pres. Rb. Amsterdam 27 februari 1992, *KGK* 1992, 1250.

- * Een moedermaatschappij kan aansprakelijk worden gesteld tegenover crediteuren van de dochter indien de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld en zij desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.¹³²
- * In het kader van een reorganisatie dient de moeder met de belangen, in het bijzonder de bestaanszekerheid en ontplooiingsmogelijkheden van de werknemers van de dochter rekening te houden.¹³³
- * Het besluit van de houdstermaatschappij om het structuurregime af te schaffen wordt toegerekend aan de vennootschap die als ondernemer in de zin van de WOR optreedt en die advies moet vragen aan de or.¹³⁴
- * Op werkgeefster rust de plicht om werknemers duidelijk te informeren bij wie zij in dienst zijn. Gedaagde wordt nu zij deze duidelijkheid niet verschaft voorlopig als werkgeefster aangemerkt.¹³⁵

Samenvattend kan worden gezegd dat een zekere verantwoordelijkheid is aanvaard voor de belangen van personeelsleden die betrokken zijn bij de onderneming in een ruimer verband, ook indien het arbeidsrecht formeel daar letterlijk niet toe verplicht.¹³⁶

4.8 Scholing

In deze tijd van verandering van het arbeidsproces lijkt het recht op scholing steeds belangrijker te worden. In de afgelopen jaren heeft de term 'employability' ingang gevonden, waarmee wordt benadrukt dat werknemers inzetbaar moeten blijven door scholing en vorming tijdens hun arbeidsleven. Het ontbreken van scholingsmogelijkheden

132 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443.

133 Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, *NJ* 1980, 71.

134 Hof Amsterdam (OK) 15 oktober 1992, *JAR* 1992/113 (Heuga).

135 Ktg. Utrecht 11 september 1998, *Prg.* 1998, nr. 5062.

136 Zie ook J. Roeloff, Doorbraak van aansprakelijkheid in het arbeidsrecht, *ArbeidsRecht* 1994/48.

benadeelt werknemers in het kader van reorganisaties en ontslag.¹³⁷ Ondanks de nodige beleidsnota's ontbreekt het in ons land nog steeds aan een wettelijke regeling terzake, afgezien van incidentele bepalingen. Zo is de werkgever op grond van art. 4:4 Arbeidstijdenwet verplicht de arbeidstijden van de jeugdige werknemer zo in te richten dat hij kan voldoen aan de partiële leerplicht.¹³⁸ Ook leden van de ondernemingsraad hebben een wettelijk recht op scholing (art. 18, tweede lid WOR). Cao-bepalingen op dit gebied nemen toe.¹³⁹

Over dit onderwerp bestaat is nog niet veel rechtspraak gepubliceerd. Wel werd uitgesproken, dat de werkgever verantwoordelijk is voor de opleiding en vorming van zijn personeel, zeker na overplaatsing in een andere functie.¹⁴⁰ In het geval van een buitenlandse werknemer werd geoordeeld dat, gelet op de langdurige en kennelijk gunstige ervaringen met de werknemer, van de werkgever had mogen worden verwacht dat hij had geanticipeerd op problemen die de werknemer in het kader van reorganisaties zou kunnen ondervinden door diens gebrek aan vaardigheid om in het Nederlands te communiceren. De werkgever had haar verplichting om zich als goed werkgever te gedragen verzaakt door geen of onvoldoende maatregelen te nemen om te bevorderen dat de werknemer een redelijke kans zou hebben om zich de voor de bediening van de nieuwe machines bij gedaagde vereiste kennis en vaardigheden eigen te maken.¹⁴¹ Ook kon een werkgever de werktijden van een werkneemster die slechts op zaterdag werd ingeroosterd in verband met een door haar gevolgde opleiding, na het aantreden van een nieuwe bedrijfsleider niet eenzijdig wijzigen.¹⁴² Een werkgever werd verder veroordeeld om mee te werken aan het vaststellen van vakantietijdstippen op een zodanige

137 Guus Heerma Van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 209-211.

138 Zie voor een billijke uitleg van de toepassing van dit recht, Ktg. Tilburg 26 augustus 1971, *Prg.* 1972, nr. 707.

139 B.S. Frenkel, *Scholing en vakopleiding als sociaal recht*, Tilburg 1986.

140 Ktg. Hoorn 13 december 1991, *Prg.* 1992, nr. 3650; Rb. Utrecht 4 januari 1994, *Prg.* 1994, nr. 4060.

141 Ktg. Zevenbergen 25 augustus 1994, *Prg.* 1995, nr. 4276.

142 Ktg. Hilversum 15 februari 1995, *Prg.* 1995, nr. 4315.

wijze dat een werknemer een cursus kon volgen om betere kansen op de arbeidsmarkt te verkrijgen, omdat hij zijn positie bij de werkgever in gevaar zag komen.¹⁴³

De Hoge Raad deed wel een uitspraak over het verschijnsel van de zgn. *studie-overeenkomst*: het beding tot terugbetaling van loon in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst dadelijk na de voltooiing van een door de werkgever bekostigde studie.

Het systeem van de wet verzet zich niet zonder meer tegen een financiële regeling die

- a) de tijdsspanne vaststelt gedurende welke de werkgever geacht wordt baat te hebben van de door de werknemer tijdens diens studiewerkzaamheden verworven kennis en vaardigheden,
- b) bepaalt dat de werknemer indien de arbeidsovereenkomst tijdens of onmiddellijk na afloop van de studieperiode eindigt, het loon over die periode aan de werkgever zal moeten terugbetalen en
- c) deze terugbetalingsregeling vermindert naar evenredigheid van het voortduren van de arbeidsovereenkomst gedurende de onder a) bedoelde tijdsspanne.

Regelingen als de Wet Minimumloon kunnen aan zo'n regeling grenzen stellen. Indien de werkgever het initiatief voor ontslag neemt, kan een beroep op de regeling in strijd zijn met de goede trouw.¹⁴⁴

Een dergelijke beding dient wel een echte studie te betreffen. Het beding in een arbeidsovereenkomst dat de werknemer verplichtte een bedrag van tweemaal het maandsalaris te betalen voor de kosten van interne en externe opleiding, indien deze binnen drie jaar na indiensttreding het contract beëindigde, werd nietig verklaard. Goed werkgeverschap brengt mee dat de werkgever zorgdraagt voor het inwerken en wegijs maken van een in dienst genomen werknemer en dat de werkgever daarvoor geen vergoeding van de werknemer kan vorderen.¹⁴⁵

Ook na ontslag kan de werkgever op grond van goed werkgeverschap worden veroordeeld in de kosten van bijscholing.¹⁴⁶

143 Ktg. Hilversum 28 augustus 1995, *Prg.* 1995, nr. 4386.

144 HR 10 juni 1983, *NJ* 1983, 796.

145 Rb. 's-Hertogenbosch 27 oktober 1989, *Prg.* 1989, nr. 3178.

146 Ktg. Eindhoven 29 september 1993, *Prg.* 1994, nr. 4049.

Enigszins verwant hiermee is de problematiek van de werknemer die een sleutelpositie inneemt en wil vertrekken omdat een functie elders betere loopbaanperspectieven biedt. In zo'n zaak oordeelde de rechter dat de werknemer dan maar bij indiensttreding had moeten bedingen hoe zijn loopbaan zou verlopen.¹⁴⁷

4.9 Conclusie

Uit dit hoofdstuk vallen de volgende rechtsregels inzake aanpassing van de arbeid af te leiden:

- a. De werkgever mag de werknemer in beginsel een andere taak opdragen, zolang deze binnen de functieomschrijving blijft. Daarbuiten kan dit alleen in geval van gewichtige redenen.
- b. De op te dragen nieuwe taak dient te liggen op het niveau van de oude functie, tenzij de werkgever kan aantonen dat een dergelijke functie niet beschikbaar is.
- c. Bij het wijzigen van een functie dienen persoonlijke bezwaren van de werknemer in de belangenafweging van de werkgever te worden betrokken. Dit geldt te meer wanneer sprake is van een overplaatsing naar een andere vestiging.
- d. Aan verlaging in functie (al dan niet in de vorm van degradatie) dienen zwaarwegende redenen ten grondslag te worden gelegd nu het één van de zwaarste maatregelen vormt na ontslag.
- e. Wanneer de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst bevoegd is eenzijdig veranderingen in de arbeidsvoorwaarden door te voeren, zullen die in het algemeen geen aanmerkelijke achteruitgang van de arbeidsvoorwaarden mogen meebrengen. De vereiste zwaarwegende reden zal worden vermoed aanwezig te zijn indien over de wijziging naar overeenstemming is gestreefd met de ondernemingsraad. Zelfs als de ondernemingsraad instemt met de wijziging kan echter nog toetsing plaatsvinden aan de eis van goed werkgeverschap.

¹⁴⁷ Ktg. 's-Gravenhage 25 juni 1997, *Prg.* 1997, nr. 4811.

- f. De werkgever is gehouden om de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die zich daartoe bereid heeft verklaard in staat te stellen andere, passende arbeid te verrichten. Daarbij heeft deze het recht op een passend gedeelte van het loon op grond van art. 7:628 BW. Niet bepalend is dat de werkgever nimmer de gevraagde aangepaste arbeid heeft verschaft. Meer aanpassing zal kunnen worden gevraagd als de arbeidsongeschiktheid in de werksfeer is veroorzaakt. Maar indien de werknemer de geschiktheid mist voor alle werkzaamheden waarvoor in het bedrijf van de werkgever, hetzij binnen de bestaande, hetzij binnen een te creëren functie plaats zou zijn, valt van de werkgever niet te vergen dat zij de werknemer zulke arbeid verschaft.
- g. De werkgever is in zekere mate verantwoordelijk voor de belangen van personeelsleden die betrokken zijn bij de onderneming in een ruimer verband, ook indien het arbeidsrecht daar letterlijk genomen niet toe verplicht.
- h. De werkgever kan onder voorwaarden een studieovereenkomst met de werknemer sluiten, waarbij de werknemer zich verplicht loon terug te betalen indien hij de onderneming verlaat binnen korte tijd na een op kosten van de werkgever gevolgde scholing.

Niet in de rechtspraak terug te vinden, maar daar mogelijk wel tot ontwikkeling te brengen, is de regel dat de werkgever verplicht is de werknemer regelmatig scholing te verschaffen, aangepast aan de concrete omstandigheden waaronder hij werkzaam is.

De toekomst van het goed werkgeverschap

5.1 Inleiding

In de voorafgaande drie hoofdstukken is geconstateerd dat de norm van goed werkgeverschap op een aantal punten vernieuwing van het arbeidsrecht heeft voortgebracht. Enerzijds levert deze inventarisatie meer op dan vroeger het geval zou zijn geweest. Er zijn veel uitspraken over goed werkgeverschap gedaan en zij hebben niet alleen betrekking op toelating tot het werk. De aan het eind van elk hoofdstuk uit deze rechtspraak afgeleide rechtsregels zijn wellicht weinig spectaculair. Zij leggen vast wat in het algemeen behoorlijk wordt gevonden tussen werkgever en werknemer. En zo hoort dat natuurlijk ook. De vernieuwende kracht van het goed werkgeverschap blijft beperkt tot het 'bijhouden' van de ontwikkelingen. De rechter zal zelden voorop lopen.

In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de toekomst van het goed werkgeverschap aan de hand van de vraag of het formuleren van rechtsregels een taak is voor de wetgever of de sociale partners, welke onderwerpen zich lenen voor regeling in de wet, de kwaliteit van de arbeidsrechtelijke wetgeving en van het arbeidsrecht in het recht als geheel, terwijl tenslotte de conclusies worden samengevat.

5.2 Uitwerking een taak voor de wetgever of de sociale partners

Bij de behandeling van het wetsvoorstel klachtrecht (*TK 21 514*) is in de Tweede Kamer uitvoerig gediscussieerd over de vraag of bij dit onderwerp wettelijke regeling de voorkeur verdiende of

zelfregulering. Daarbij werd door de tegenstanders van wettelijke regeling ook een beroep gedaan op het feit dat de verplichting van de werkgever om op klachten van werknemers te reageren reeds bestaat op grond van de eis van goed werkgeverschap. Niet helemaal duidelijk is welk bezwaar er dan tegen bestaat om dit ook expliciet in de wet vast te leggen. Er is in de politiek een stroming die zich verzet tegen uitbreiding van het wettelijke arbeidsrecht, kennelijk ongeacht de inhoud van die wettelijke regeling. Bij de behandeling van de regeling van het klachtrecht werd door deze stroming ook gesteld dat het hier ging om regeling van 'arbeidsvoorwaarden' welke meer in het collectief overleg thuishoort. Zonder zover te willen gaan als staatssecretaris Kosto, die het kamerlid Biesheuvel verweet de bijl aan de wortel van het arbeidsrecht te leggen,¹ is hier mijns inziens wel sprake van een te ruim gebruik van de term 'arbeidsvoorwaarden'. Het zou juist zijn een onderscheid te maken tussen *belangen* welke in de eerste plaats in het collectief overleg worden geregeld (hierbij denk ik aan arbeidsvoorwaarden in eigenlijke zin, zoals de hoogte van het loon, het aantal vakantiedagen, tewerkstellingsmaatregelen etc.) en *fundamentele rechten* welke voor elke werknemer dienen te worden gewaarborgd en derhalve wettelijk dienen te worden gereguleerd.² Tot deze laatste categorie vallen te rekenen grondrechten en procedurele regels zoals klachtrecht en bescherming van vakbondswerkers in de onderneming. Waarborging van het minimumloon hoort in deze visie in de wet (het gaat om het fundamentele recht op een bestaansminimum), loonafspraken daarboven in het collectief overleg.

Daarnaast past in ons systeem van wetgeving dat het geldende recht wordt gecodificeerd omdat daarmee rechtseenheid en rechtszekerheid zijn gediend. Dat is de grondgedachte achter het codificatieartikel in de Grondwet. Algemene regels welke op basis van het goed werkgeverschap uit jurisprudentie zijn af te leiden dienen daarom bij gebleken duurzaamheid te worden gecodificeerd in de wet. Niets let uiteraard vervolgens de sociale partners om over deze zaken nadere regelingen

- 1 *Handelingen II* 3 september 1992, p. 100-6331. Kosto vreest twee pagina's daarvoor dat in de redenering van het CDA op basis van het goed werkgeverschap de hele regeling van de arbeidsovereenkomst in het BW wel kan worden ingetrokken.
- 2 Dit laatste geldt zeker zolang de sociale partners in de Stichting van de Arbeid niet bereid zijn om (zoals in België) kwesties zelf te reguleren in nationale cao's.

te treffen of verdergaande afspraken te maken. Bij het formuleren van de wetgeving dient er bovendien op te worden gelet dat de regeling voldoende flexibiliteit biedt om te kunnen functioneren in ondernemingen van zeer uiteenlopende omvang en werkterrein. Dat pleit voor globale minimumnormen. Als regel zal het gaan om bepalingen met een dwingend karakter omdat zij beogen de werknemer te beschermen. Waar variëteit is gewenst dient afwijking te worden toegestaan bij cao (driekwart-dwingend recht) of bij minder fundamentele bepalingen bij schriftelijke overeenkomst (semi-dwingend recht).

5.3 Regeling van nieuwe onderwerpen in de wet

Welke onderwerpen lenen zich nu voor nadere regeling in de wet op grond van de jurisprudentie over goed werkgeverschap?

Het antwoord kan kort zijn. Aan het eind van de hoofdstukken 2, 3 en 4 zijn de conclusies geformuleerd in de vorm van rechtsregels die ook als basis zouden kunnen dienen voor wetgeving. Zij voldoen aan het uitgangspunt dat het gaat om basisregels en zij sluiten als zodanig ook aan bij de taakverdeling tussen wetgever en sociale partners als bedoeld in de vorige paragraaf. Ook passen zij in de moderne opzet van veel arbeidsrechtelijke wetgeving, zowel in Nederland (zie art. 3 Arbeidsomstandighedenwet en de regeling van grondrechten in de Ambtenarenwet) als van moderne buitenlandse wetboeken die grondrechten van de werknemer formuleren in algemene termen, de details aan sociale partners en rechters overlatend.

Die wetgeving zal bij de huidige werkwijze van de wetgever slechts op zeer verbrokkelde wijze tot stand komen. Het zou daarom wenselijk zijn dat een fundamentele aanpak wordt gekozen met het oog op de verbetering van de kwaliteit van de arbeidsrechtelijke wetgeving op de lange termijn.

5.4 De kwaliteit van de arbeidsrechtelijke wetgeving

Toen titel 7.10 Nieuw BW in 1996 werd ingevoerd, stelde het velen in de wereld van het arbeidsrecht teleur, dat de wetgever niet de gelegenheid te baat had genomen om het in de afgelopen decennia

gegroeide arbeidsrecht te codificeren³ en om knelpunten op te lossen. Naar aanleiding daarvan is op verzoek van de Tweede Kamer door de Ministers van Justitie en van Sociale Zaken en werkgelegenheid de notitie 'Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht' uitgebracht, waarin diverse knelpunten zijn geformuleerd, zonder dat dit evenwel de Minister of de Tweede Kamer aanleiding heeft gegeven om tot nadere wetgeving te komen.

Sedertdien is het arbeidsrecht op enkele punten weer wat gemoderniseerd, bijvoorbeeld door de invoering van het wijzigingsbeding in art. 7:613 ter gelegenheid van de herziening van de Wet op de Ondernemingsraden in 1998. Een tweede herziening betrof de Wet Flexibiliteit en zekerheid waarin het ontslagrecht en het recht met betrekking tot flexibele arbeidsrelaties werden gemoderniseerd.

Beide wijzigingen laten ook de zwakte zien die het Nederlandse wetgevingsproces op het gebied van het arbeidsrecht kenmerken. De wetgever heeft de neiging om zijn oren grotendeels te laten hangen naar de Sociaal-Economische Raad en de Stichting van de Arbeid. Deze komen echter, als zij het al eens kunnen worden, met voorstellen die een sterk compromiskarakter dragen. Door het gebrek aan bereidheid van de voor de wetgeving verantwoordelijke ministers om van deze compromissen af te wijken, ontstaat een kwalitatief slecht wetgevingsproduct, dat bol staat van onduidelijke, onsamenhangende en nodeloos ingewikkelde oplossingen.

Dit zou slechts kunnen worden opgelost door een heldere taakafbakening tussen de sociale partners en de wetgever. Mijns inziens dient de mogelijkheid te worden geïntroduceerd dat de sociale partners hun eigen wetgeving maken, door nationale cao's mogelijk te maken, welke zich lenen voor algemeen verbindend verklaring. Dit maakt het mogelijk dat de sociale partners zelf een regeling treffen, op dezelfde wijze als dit in sommige andere landen gebeurt en inmiddels ook op Europees niveau is geïntroduceerd. Laten de sociale partners een regeling na, of acht de wetgever een eigen wettelijke regeling wenselijk, dan behoort

3 Het doel van de hercodificatie van het burgerlijk recht was het wetboek weer bij de tijd te brengen, onder meer door de resultaten van een zich steeds vrijer tegenover de wet opstellende rechtspraak te verwerken. Zie A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Monografieën NBW A-1, Deventer: Kluwer 1982, nr. 4.

er voor de sociale partners echter slechts een beperkte rol te zijn weggelegd, te weten om in algemene zin te adviseren. Voor de juridische kwaliteit van de wetgeving dienen de desbetreffende departementen in te staan. Hierbij zou het wenselijk zijn om een permanente adviescommissie van deskundigen in het leven te roepen, de Commissie Arbeidswetgeving, zoals ook een dergelijke commissie voor het Vennootschapsrecht bestaat.

Een voorbeeld van zo'n commissie vormt de inmiddels ingestelde Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, die uit onafhankelijke leden bestaat en in vrijheid een voorstel kan doen voor een ontslagstelsel voor de volgende eeuw.

Een tweede probleem dat uit de genoemde twee wetswijzigingen zichtbaar wordt, is de neiging om in de praktijk of in de rechtspraak ad hoc oplossingen te zoeken voor ongeregelde problemen, welke vervolgens zonder nadere bezinning in de wet worden opgenomen. Het ontbreken van een regeling voor de wijziging van een arbeidsovereenkomst heeft er toe geleid dat de praktijk is gaan werken met wijzigingsbedingen. De rechtspraak moest toen over de geldigheid hiervan beslissen. Toen de rechtspraak daarmee de facto een oplossing had bereikt, werd deze in de wet opgenomen, zonder dat de wetgever zich bezon op de vraag of de figuur van het wijzigingsbeding wel de beste oplossing voor het probleem was. Het had meer voor de hand gelegen om de gelegenheid aan te grijpen om een algemene regeling te maken van de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Thans moet immers iedere werkgever in zijn contracten een wijzigingsbeding opnemen, terwijl de werkgever die dit heeft nagelaten in onzekerheid blijft verkeren of hij een arbeidsovereenkomst zo nodig kan wijzigen. Een alleszins onbevredigende oplossing, alleen omdat de wetgever de 'oplossing' vastlegt die de praktijk heeft moeten vinden, omdat de wetgever op dit punt jaren heeft stil gezeten.

De Europese ontwikkelingen geven aan het probleem van de kwaliteit van de arbeidsrechtelijke wetgeving nog een nieuwe dimensie. Het codificatieartikel in de Grondwet verlangt regelingen in algemene wetboeken. In Nederland wordt dit gewoonlijk aldus uitgelegd als zou alle privaatrecht in het Burgerlijk Wetboek moeten staan. Dat sluit niet aan bij de traditie in vele andere Europese landen, zowel in West- als in Oost-Europa, die eigen arbeidsrechtelijke wetboeken hebben. Dit bevordert de eenheid van het arbeidsrecht en de samenhang van de regelgeving.

Tegelijkertijd kunnen we ons afvragen of de ontwikkeling van het Europese arbeidsrecht meebrengt dat ook op Europees niveau tot codificatie dient te worden gekomen. De stroom van Europese richtlijnen maakt de steeds vaker aanwezige Europese oorsprong van het arbeidsrecht nog eens extra onoverzichtelijk. Het grensoverschrijden van werken van ondernemingen maakt de diversiteit van het arbeidsrecht in verschillende landen ook steeds problematischer. Nu in het privaatrecht de discussie over Europese codificatie reeds is begonnen, zal ook op het gebied van het arbeidsrecht hierover moeten worden gedacht, in het bijzonder met betrekking tot de onderwerpen die reeds vergaand in Europa zijn geregeld.

Maar zo lang het nog niet zo ver is, zou het in elk geval wenselijk zijn dat onderzoek wordt verricht en wordt geadviseerd over systematische modernisering van het arbeidsrecht. Bij de actualisering van het arbeidsrecht zou het goed werkgeverschap een inspiratiebron kunnen vormen. De wettelijke regeling kan dan worden aangevuld met beginselen van behoorlijk werkgeverschap, nieuwe arbeidsrechtelijke thema's en een regeling voor aanpassing van de arbeid.

5.5 Het arbeidsrecht als open systeem

Hierboven werd een stroming signaleerd die de norm van goed werkgeverschap vooral toejuicht omdat deze andere regelgeving overbodig zou maken. De vage norm dient dan ter verdediging tegen 'overregulering' en krijgt een ideologische functie in het debat over zelfregulering. En ook zijn er velen die vinden dat de rechtspraak de meeste problemen goed kan oplossen. Deze houden eigenlijk meer van een stelsel van rechtersrecht dan van één van wettenrecht. Alleen bij duidelijke 'misstanden' zou er een taak voor de wetgever zijn. Tot deze beide stromingen reken ik mij in elk geval niet. Het blijft wenselijk dat de regelgeving wordt 'onderhouden', zowel door de wetgever als door de cao-partijen. De op grond van vage normen gevormde rechtspraak kan na verloop van tijd worden gecodificeerd, zodat de regelgeving kan berusten op reële behoeften en op enige ervaring met de materie. Praktijkjuristen brengen als bezwaar tegen vage normen nogal eens naar voren, dat zij te weinig duidelijkheid scheppen om de uitkomst van procedures te kunnen voorspellen. Een te groot gebruik van vage normen is vanuit dit gezichtspunt geen aantrekkelijke ontwikkeling.

Een wezenlijk belang van het rechtsleven is gediend met een blijvend streven om rechtsposities concreet vast te leggen in regelgeving en telkens terugkerende onduidelijkheden te beslechten door een duidelijke regel.

Tegelijkertijd moet de regel echter de nodige flexibiliteit hebben om met de tijd te kunnen meegaan. In tegenstelling tot wat in de tijd van de grote codificaties wel werd gedacht is een rechtssysteem nooit 'af'. Men kan betere of slechtere arbeidsrechtelijke regelgeving hebben, maar de regelgeving zal nooit voltooid zijn. Daarom dient het arbeidsrecht te worden gezien als een open systeem. Enerzijds is het een systeem, waarbij gezocht wordt naar samenhang en ordening. Anderzijds staat dit systeem echter open voor verandering en moet het zich voortdurend aanpassen aan maatschappelijke ontwikkelingen.

De gedachte dat het arbeidsrecht (of delen daarvan, zoals het ontslagrecht) een *gesloten* systeem zouden moeten vormen dient daarom te worden verworpen. Meestal zijn zulke gedachten gebaseerd op vrees voor invloed van andere normen (uit het algemeen privaatrecht of het publiekrecht) die in haar algemeenheid ongegrond is. Het arbeidsrecht vormt een onderdeel van het gehele rechtssysteem met eigen kenmerken. Wederzijdse beïnvloeding van onderdelen van het rechtssysteem houden het geheel bij elkaar en bij de tijd. Ontwikkelingen uit andere onderdelen van het recht (zoals de redelijkheid en billijkheid van het algemeen privaatrecht) kunnen een positieve invloed hebben op het arbeidsrecht en omgekeerd (diverse algemene leerstukken uit het civiel recht zijn beïnvloed door problemen die zich voordeden in het arbeidsrecht). Vage normen vormen de sleutel tot deze wederzijdse beïnvloeding.

Voor het arbeidsrecht geldt wat Paul Scholten schreef over het open systeem van het gehele recht:

"Het is een 'Sollen', een behoren, maar een 'behoren' gebonden aan een 'zijn', historische gebeurtenissen. Recht geldt alleen binnen een bepaalde tijd, in een bepaalde kring.

Dit dubbele karakter komt uit, als we van een open systeem spreken. Het recht is nooit 'af', het verandert dagelijks. Niet

alleen door de wetgeving, de bewuste schepping van nieuw recht, ook door de toepassing. We kunnen dat ook zo uitdrukken: het systeem is 'dynamisch', niet 'statisch' te zien."⁴

Ook bij een zeer concrete regelgeving zijn vage normen onmisbaar.

5.6 Conclusie

In dit preadvies is gesteld dat de norm van goed werkgeverschap met name door het moeizame proces van wetgeving op het gebied van het arbeidsrecht is geworden tot een belangrijke bron van vernieuwing van het arbeidsrecht. Beoogd is aan te geven op welke terreinen uit de rechtspraak en literatuur een nadere invulling van de vage norm van goed werkgeverschap valt te destilleren, alsook in welke richting ontwikkelingen zijn te voorzien.

De invloed van de vernieuwing van het arbeidsrecht door de norm van goed werkgeverschap uit zich met name op drie manieren:

- * bij de uitoefening van het werkgeversgezag is de werkgever in toenemende mate controleerbaar; hierbij vinden normen toepassing die vergelijkbaar zijn met beginselen van behoorlijk bestuur (hoofdstuk 2);
- * op een aantal gebieden zijn nieuwe arbeidsrechtelijke normen ontwikkeld die nog niet of slechts ten dele in wet of cao zijn gepositieerd (hoofdstuk 3) en
- * als gevolg van de flexibilisering van het arbeidsproces is er een sterkere behoefte om aanpassing van de arbeid mogelijk te maken. Beoogd is dat ook hierbij de norm van goed werkgeverschap een richtinggevende rol speelt (hoofdstuk 4).

Tegelijkertijd is geconstateerd dat een vage norm als goed werkgeverschap haar vernieuwende rol slechts kan spelen, indien zij niet wordt opgevat als vrijbrief voor een afwachtende opstelling. Dat geldt zowel voor de rechter als voor de wetgever. De Hoge Raad kiest vaak voor

4 Paul Scholten, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 76-77.

beoordeling per geval, en laat de rechtsvorming over aan de feitenrechter. Hoewel dit bij nieuwe onderwerpen aanvankelijk op wijsheid kan duiden, dient na verloop van tijd de rechtsontwikkeling ook tot uitdrukking te komen in uitspraken van het college dat tot taak heeft toe te zien op de eenheid van het recht. Wat betreft de wetgever is de kernvraag steeds welke verhouding men wenst te zien tussen geschreven (wettelijk en contractueel) recht en ongeschreven rechtsnormen. Betoogd is dat de ontwikkeling van ons rechtssysteem naar een meer open systeem van recht, waarbij de redelijkheid en billijkheid een meer vooraanstaande plaats innemen in de rechtsvinding, aan het arbeidsrecht niet voorbij kan gaan. Tegelijkertijd moet er naar worden gestreefd tot positivering te komen van nieuw ontwikkelde rechtsnormen. Het goed werkgeverschap mag geen alibi vormen om van modernisering van de wetgeving af te zien. De vage norm diene om ruimte te geven aan vernieuwing, niet om vastlegging en vorming van nieuw recht tegen te gaan.

Of men echter een meer of minder uitgewerkt geschreven arbeidsrecht aanhangt, en hoe men de verhouding tussen wetgever en rechter ook ziet, de eis van goed werkgeverschap zal de rechter ook in de toekomst de mogelijkheid moeten bieden bij te blijven bij de opvattingen van zijn tijd.

Rechtspraakregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers

Hoge Raad

10 februari 1921	NJ 1921, p. 409	(Brouwer/De Leeuw en Brouwer)	1.5
23 februari 1923	NJ 1923, p. 802	(Hofman/Triezenberg)	1.5
16 januari 1959	NJ 1960, 46	(Benzol I)	1.5
11 november 1960	NJ 1960, 599		2.5
26 maart 1965	NJ 1965, 163	(Walsweer/Acmesa)	3.2
20 maart 1970	NJ 1970, 250	(Marges/Jeugdhuis Enschede)	1.5
3 maart 1972	NJ 1972, 339	(La Confiance/Maring)	1.5
11 mei 1979	NJ 1979, 441	(HAL/Van Werkhoven)	1.5
25 januari 1980	NJ 1980, 264	(Possemis/Hoogenboom)	3.2
23 mei 1980	NJ 1980, 633		2.3
13 maart 1981	NJ 1981, 635	(Haviltex)	1.2
25 september 1981	NJ 1982, 443		4.7
21 mei 1982	NJ 1982, 634	(Barakat/Van Vliet)	3.8
15 oktober 1982	NJ 1984, 21		3.4
17 december 1982	NJ 1983, 511		3.5
14 januari 1983	NJ 1983, 457		2.2
27 mei 1983 (kg)	NJ 1983, 758		3.2
10 juni 1983	NJ 1983, 796		3.8, 4.8
28 oktober 1983	NJ 1984, 168		3.8
30 maart 1984	NJ 1985, 350	(Islamitische feestdag)	1.2
14 september 1984	NJ 1985, 244	(Hardchroom/Yigit)	3.6
8 november 1985	NJ 1986, 309, Prg. 1985, nr. 2391	(Van Haaren/Cehave)	3.2, 4.6
30 mei 1986	NJ 1986, 688	(NS/Vervoersbonden)	1.2
13 juni 1986	NJ 1986, 715	(Raither/Engel)	3.6
24 oktober 1986	NJ 1987, 293	(Slijkkoord/Zuidbroek)	3.6
19 december 1986	NJ 1987, 906		1.2
9 januari 1987	NJ 1987, 948	(Sweegers/Van der Hout)	3.4
16 januari 1987	NJ 1987, 553	(Hooijen/De Tilburgsche Hypotheekbank)	1.2
10 april 1987	NJ 1988, 5		3.2
1 mei 1987	NJ 1988, 20	(Wareman/Demu)	3.6

2 oktober 1987	NJ 1988, 233	(Pons/Meerman)	3.6
23 oktober 1987	NJ 1988, 234		4.7
13 november 1987	NJ 1988, 245		1.5
13 november 1987	NJ 1989, 698, NJCM-Bulletin 1985, p. 90, SMA 1988, p. 724, RGB II, 8 (Sint-Bavo)		1.2
4 december 1987(kg)	NJ 1988, 295		3.2
5 februari 1988	NJ 1988, 950		4.6
26 februari 1988	NJ 1988, 490		4.6
18 maart 1988	NJ 1988, 510	(Sigma Coatings)	3.2
7 oktober 1988	NJ 1989, 335	(IBM)	1.3, 4.2
20 januari 1989	NJ 1989, 322	(Wesselingh/Weisz)	1.5
7 april 1989	NJ 1989, 533		3.9
21 april 1989	NJ 1989, 572	(Epping/St. Jan)	2.2
12 mei 1989	NJ 1989, 801	(Chelbi/Klene)	1.5, 3.2
17 november 1989	NJ 1990, 572		3.4
1 december 1989	NJ 1990, 451	(Deuss/Motelmaatschappij Holland)	1.5
26 januari 1990	NJ 1990, 499	(Schreuder/Nilsson & Lamon)	1.5, 2.3
6 april 1990	NJ 1990, 573		3.4
15 juni 1990	NJ 1990, 716	(Stormer/VOC)	1.8
13 september 1990	NJ 1992, 130		1.8
5 oktober 1990	NJ 1991, 295		3.5
2 november 1990	NJ 1991, 25		3.9
4 januari 1991	NJ 1991, 270	(Perez/Homburg)	4.6
22 maart 1991	NJ 1991, 420		3.4
19 april 1991	NJ 1991, 453		2.2
31 mei 1991	NJ 1991, 679		2.1, 3.9
13 september 1991	NJ 1992, 225	(Dekker)	3.6
27 september 1991	NJ 1991, 788		3.5, 3.9
22 november 1991	NJ 1992, 707	(Campina)	2.3
13 december 1991	NJ 1992, 441, Prg. 1992, nr. 3600 (Goldsteen/Roeland)		4.6
20 maart 1992	NJ 1992, 495, JAR 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro c.s.)		1.5
24 april 1992	NJ 1992, 689	(KLM)	2.7
24 april 1992	NJ 1992, 464, JAR 1992/23		4.7
8 mei 1992	NJ 1992, 480	(Van Sommeren/Oskan)	3.6
22 mei 1992	NJ 1992, 607, JAR 1992/33		4.2
16 oktober 1992	JAR 1992/115		3.4
16 oktober 1992	NJ 1993, 167		3.5
30 oktober 1992	JAR 1992/131		1.3
17 november 1992	JAR 1992/148	(Volvo Car)	2.3
7 mei 1993	JAR 1993/156, NJCM-Bulletin 1993, p. 694		3.8
1 juli 1993	NJ 1993, 667, JAR 1993/195 (Haaglanden-Nuts/Hofman)		2.1, 2.3, 3.4
1 juli 1993	NJ 1993, 687, JAR 1993/194		3.4
25 februari 1994	NJ 1994, 450		3.9

8 april 1994	NJ 1994, 704, JAR 1994/94, Prg. 1994, nr. 4081 (Agfa/Schoolderman))	1.2, 1.3, 1.6, 1.8, 2.7
13 januari 1995	NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS)	1.3, 3.6, 3.8
3 maart 1995	NJ 1995, 470 (Zwiers/Mestemaker)	4.6
27 oktober 1995	NJ 1996, 254 (Den Haan/The Box Fashion)	3.6
13 september 1996	NJ 1997, 38, JAR 1996/202 (Ziekenhuizen Noord-Limburg)	3.9
8 november 1996	NJ 1997, 84, JAR 1996/250 (Topmen/Hinrichsen)	2.5
8 november 1996	NJ 1997, 217	4.2
24 oktober 1997	NJ 1998, 257, JAR 1997/248 (Bajings/Sarah Lee)	1.5
30 januari 1998	NJ 1998, 476, JAR 1998/82 (Chubbs Lips/Jansen)	3.4
13 februari 1998	NJ 1998, 460 en 461, JAR 1998/71 (Inter-Services/Borst e.a.)	1.5, 2.5
27 februari 1998	JAR 1998/111 (Ouwkerk/De Combinatie)	3.4
6 maart 1998	NJ 1998, 527, JAR 1998/126 (Stokkermans/Kuijken en Asselbergs)	1.5, 3.12
26 juni 1998	JAR 1998/199 (Van der Lely/Taxi Hofman)	1.4, 4.3, 4.6
18 september 1998	JAR 1998/213 (Van Doorn/NBM)	3.4
25 september 1998	JAR 1998/214 (Tribulet/Albert Heijn)	2.2
5 maart 1999	RvdW 1999, 43C (T/FNV)	1.4, 2.5

Gerechtshoven

's-Gravenhage 5 december 1946	NJ 1947, 476	3.4
Amsterdam 20 november 1958	NJ 1958, 493	3.4
's-Gravenhage 24 april 1964	NJ 1966, 36	1.6, 3.6
Amsterdam 8 maart 1974	NJ 1974, 487	2.4
Amsterdam (OK) 21 juni 1979	NJ 1980, 71 (Batco 2)	1.2, 4.7
Amsterdam (OK) 13 november 1980	NJ 1981, 258 (Batco 3)	1.6
's-Gravenhage 6 maart 1981	NJ 1982, 447	2.2, 3.2
's-Gravenhage 24 juni 1981	Prg. 1982, nr. 1816	3.8
's-Hertogenbosch 24 juni 1981	NJ 1982, 49	3.2
Amsterdam 10 februari 1983	NJ 1984, 116	3.2
Amsterdam (kg) 5 juli 1984	NJ 1985, 119	3.3
's-Gravenhage 9 november 1984	NJ 1986, 240	1.6, 3.2
's-Hertogenbosch 2 juli 1986	NJ 1987, 451	3.8
's-Hertogenbosch 19 december 1989	KG 1990, 55	2.3
's-Hertogenbosch 21 oktober 1991	NJ 1992, 146	4.3
's-Hertogenbosch 8 april 1992	NJ 1992, 701	1.6

's-Hertogenbosch 2 december 1992	NJ 1993, 327, JAR 1992/147, Prg. 1993, nr. 3824	3.8
Amsterdam 3 februari 1994	NJ 1995, 753	3.7
Amsterdam 19 januari 1995	JAR 1995/248	4.6

Rechtbanken

's-Gravenhage 8 mei 1923	NJ 1924, p. 25	3.6
Haarlem 8 januari 1957	NJ 1957, 238.	3.4
Middelburg 18 december 1963	NJ 1964, 253	3.4
's-Hertogenbosch 27 juni 1975	NJ 1975, 482	4.4
Utrecht 8 december 1976	Prg. 1977, nr. 1210	2.2, 2.3
Utrecht 20 juli 1977	Prg. 1977, nr. 1210	2.2, 2.3
Amsterdam 20 januari 1982	NJ 1984, 101	1.6, 3.8
Alkmaar 27 januari 1983	NJ 1984, 194	4.5
Roermond 11 februari 1983	Prg. 1983, nr. 2009	4.4
Zwolle 21 april 1983	Prg. 1983, nr. 1996	2.2
Zwolle 30 maart 1983	Prg. 1983, nr. 1996	2.2
Roermond 9 februari 1984	Prg. 1985, nr. 2327 (Douwen/Dietz)	1.7, 2.3
Haarlem 18 maart 1986	Prg. 1987, nr. 2717	4.3
Haarlem 16 december 1986	Prg. 1987, nr. 2756	4.6
Haarlem 23 december 1986	Prg. 1987, nr. 2717	4.3
Haarlem 24 februari 1987	Prg. 1987, nr. 2756	4.6
Amsterdam 1 juli 1987	NJ 1988, 49	3.9
Zutphen 19 november 1987	Prg. 1987, nr. 2789	4.6
Arnhem 24 december 1987	NJ 1988, 309, Nemesis 1988/1, p. 44	3.6
Arnhem 24 december 1987	Prg. 1988, nr. 2895	3.8, 4.7
Assen 12 januari 1988	NJ 1988, 960	3.8
's-Hertogenbosch 3 maart 1989	Prg. 1989, nr. 3047	3.4
Zutphen 18 mei 1989	Prg. 1990, nr. 3191	3.9
's-Hertogenbosch 27 oktober 1989	Prg. 1989, nr. 3178	4.8
Breda 3 april 1990	NJ 1991, 282	2.5
Rotterdam 3 mei 1991	Prg. 1991, nr. 3486	2.2
's-Hertogenbosch 18 mei 1990	NJ 1991, 283	2.3
's-Gravenhage 26 februari 1992	JAR 1992/18	2.5
Zwolle 18 maart 1992	JAR 1992/31	2.3
Amsterdam 25 maart 1992	JAR 1992/8	3.2
Arnhem 25 juni 1992	NJ 1994, 205, Prg. 1993, nr. 3899	2.3
Arnhem 22 oktober 1992	Prg. 1992, nr. 3763	2.7
's-Hertogenbosch 2 december 1992	NJ 1993, 327, KG 1993, 16, Prg. 1993, nr. 3824	3.8
's-Gravenhage 24 februari 1993	JAR 1993/60	2.2
's-Hertogenbosch 28 mei 1993	Prg. 1993, nr. 3920	2.5
Haarlem 28 september 1993	JAR 1994/43	2.1, 4.4

Utrecht 29 juni 1994	JAR 1994/182	2.5
Breda 1 november 1994	NJ 1995, 507	3.4
Almelo 21 december 1994	JAR 1995/147	3.2
Haarlem 31 januari 1995	JAR 1995/154	2.4
's-Hertogenbosch 18 augustus 1995	JAR 1995/209, Prg. 1995, nr. 4396	1.8
Amsterdam 13 maart 1996	JAR 1996/73	4.6
Alkmaar 20 juni 1996	JAR 1996/147	2.5
Amsterdam 26 juni 1996	JAR 1996/162	3.2
Utrecht 25 september 1996	JAR 1997/6	3.8
Almelo 18 juni 1997	Prg. 1997, nr. 4806	2.2
Zutphen 23 april 1998	JAR 1998/122	3.4
Utrecht 22 juli 1998	JAR 1998/194	3.6
Almelo 2 september 1998	JAR 1998/234	1.4, 4.2
Zwolle 2 september 1998	JAR 1999/26	4.6

Presidenten Rechtbanken

Arnhem 28 mei 1970	NJ 1970, 424	3.8
Amsterdam 26 september 1973	NJ 1974, 487	2.4, 3.2
Amsterdam 27 februari 1975	Prg. 1975, nr. 1030	3.2
Amsterdam 27 februari 1975	Prg. 1975, nr. 1034	2.4
Amsterdam 3 april 1975	NJ 1975, 285, Prg. 1975, nr. 1022 (Haan)	3.2
Amsterdam 5 augustus 1976	NJ 1977, 294	3.2
Amsterdam 10 maart 1977	NJ 1977, 405	3.2
Amsterdam 27 september 1979	NJ 1980, 236	3.3
Amsterdam 10 mei 1979	Prg. 1980, nr. 1453	3.2
Amsterdam 28 december 1979	NJ 1980, 458	3.2
Breda 6 maart 1980	NJ 1981, 260 (Skol)	1.6
Amsterdam 8 mei 1980	NJ 1981, 19	3.2
Almelo 17 juni 1980	NJ 1981, 261	
	(Texas Instruments)	1.6
Ktg. Rotterdam 20 augustus 1980	Prg. 1982, 1736	4.4
Amsterdam 30 oktober 1980	NJ 1982, 179	1.6, 3.8
Amsterdam 5 februari 1981	Prg. 1981, nr. 1605	2.2, 3.2
Zutphen 18 augustus 1981	KG 1981, 128	3.2
Amsterdam 3 december 1981	KG 1982, 1	3.2
Haarlem 12 februari 1982	KG 1982, 38	1.6, 2.3
Amsterdam 4 maart 1982	KG 1982, 78	3.2
Utrecht 8 maart 1982	KG 1983, 1022	3.2
Zutphen 10 maart 1982	KG 1982, 53	3.2
Amsterdam 11 maart 1982	KG 1982, 73	3.2
Arnhem 29 oktober 1982	KG 1982, 189, Prg. 1982, nr. 1857, NJ 1982, 619	
	(Heide-mij)	1.7, 4.7
Amsterdam 30 december 1982	KG 1983, 44	3.2

Utrecht 27 mei 1983	Prg. 1983, nr. 1977	2.2, 3.2
Zwolle 3 augustus 1983	KG 1983, 261	3.2
Utrecht 14 oktober 1983	Prg. 1984, nr. 2044	3.2
Utrecht 15 november 1983	Prg. 1984, nr. 2220	3.2
Rotterdam 16 november 1983	Prg. 1985, nr. 2292	3.2
's-Gravenhage 24 januari 1984	KG 1984, 58	3.2
Rotterdam 8 februari 1984	NJ 1986, 240	1.6, 3.2
's-Gravenhage 10 april 1984	KG 1984, 132	3.2
Rotterdam 22 mei 1984	KG 1984, 184	2.3
Utrecht 6 juni 1984	KG 1984, 191	2.3
Amsterdam 26 juli 1984	KG 1984, 227	3.2
Haarlem 17 oktober 1984	KG 1984, 325	2.2, 3.2
Amsterdam 14 maart 1985	KG 1985, 102	4.7
Leeuwarden 24 september 1985	NJ 1986, 502	3.2
's-Gravenhage 19 november 1985	Prg. 1986, nr. 2561	3.2
Breda 9 december 1985	KG 1986, 28	3.4
Amsterdam 19 december 1985	KG 1986, 46	1.6
Breda 20 december 1985	KG 1986, 62	3.2
Amsterdam 24 december 1985	KG 1986, 46	1.5, 2.3
Almelo 12 februari 1986	Prg. 1986, nr. 2482	2.6
Utrecht 15 mei 1986	Prg. 1986, nr. 2529	3.2
Haarlem 21 oktober 1986	KG 1987, 10	3.2
Rotterdam 5 december 1986	Prg. 1986, p. 2678	3.5
Rotterdam 5 december 1986	Prg. 1987, nr. 2678	3.5
Haarlem 30 december 1986	KG 1987, 58	4.4
Haarlem 30 januari 1987	KG 1987, 110	3.2
Dordrecht 5 februari 1987	KG 1987, 108	3.6
Roermond 16 maart 1987	KG 1987, 165	3.2
Amsterdam 2 juli 1987	KG 1987, 311	2.3, 2.5, 3.8
Arnhem 22 mei 1987	KG 1987, 356	3.2
's-Hertogenbosch 28 juni 1988	KG 1988, 287	2.2
Zwolle 26 augustus 1988	KG 1988, 372	3.2, 4.3
Amsterdam 22 december 1988	KG 1989, 49 (KLM)	1.6, 3.8
's-Hertogenbosch 10 februari 1989	KG 1989, 103	2.3
Utrecht 14 maart 1989	KG 1989, 171	2.5
Haarlem 14 april 1989	KG 1989, 241	3.2
Amsterdam 14 december 1989	KG 1990, 33 (PTT-Telecom)	1.6, 3.8
Utrecht 15 februari 1990	Prg. 1990, nr. 3304	2.5
's-Gravenhage 24 juli 1990	Prg. 1990, nr. 3316	3.2
Haarlem 14 augustus 1990	KG 1990, 299	2.2
's-Gravenhage 4 oktober 1990	KG 1990, 396	4.5
's-Hertogenbosch 23 december 1991	Prg. 1992, nr. 3774	3.2
Maastricht 30 september 1991	KG 1993, 364, Prg. 1993, nr. 3824	3.8
Amsterdam 27 februari 1992	KGK 1992, 1250	4.7
's-Gravenhage 19 mei 1992	ROR 1992, 19, JAR 1992/22 (Grabowsky)	1.6

Amsterdam 18 juni 1992	KG 1992, 226	3.2
's-Gravenhage 17 juli 1992	KG 1992, 288	2.2
's-Gravenhage 7 augustus 1992	KG 1992, 289	3.2
Middelburg 11 september 1992	KG 1992, 326	3.2
Amsterdam 17 september 1992	KG 1992, 329	3.2
Assen 7 oktober 1992	KG 1992, 365	2.2
Haarlem 24 november 1992	Prg. 1993, nr. 3787	3.2
Utrecht 21 januari 1993	Prg. 1993, nr. 3801	3.2
Assen 26 januari 1992	KG 1993, 92	3.2
Haarlem 11 mei 1993	JAR 1993/188, KG 1993, 278	3.2
Haarlem 2 juli 1993	Prg. 1993, nr. 3935	3.2
Middelburg 1 december 1993	KG 1994, 9	3.2
Leeuwarden 29 december 1993	KG 1994, 151	3.2
Utrecht 4 januari 1994	Prg. 1994, nr. 4060	4.3, 4.7
's-Hertogenbosch 3 maart 1994	KG 1994, 108	3.2
's-Gravenhage 28 juni 1994	Prg. 1994, nr. 4126	3.2
Utrecht 21 juli 1994	Prg. 1994, nr. 4159	2.1, 3.2
Utrecht 28 juli 1994	JAR 1994/183	3.2
Utrecht 2 augustus 1994	Prg. 1994, nr. 4195	4.6
Amsterdam 6 oktober 1994	KGK 1994, 1342	3.2
Zutphen 22 november 1994	Prg. 1995, 4222	3.2
Groningen 31 maart 1995	KG 1995, 301	4.4
Amsterdam 27 juli 1995	JAR 1995/176	3.3
's-Gravenhage 27 februari 1996	JAR 1996/70	4.6
Leeuwarden 7 maart 1996	JAR 1996/191	3.2
Utrecht 2 februari 1996	JAR 1996/61	3.2
Zwolle 20 mei 1996	Prg. 1996, nr. 4618	3.2
Arnhem 6 december 1996	JAR 1997/10	3.8
Haarlem 18 maart 1997	JAR 1997/85, Prg. 1997, nr. 4849	3.8
Utrecht 24 april 1997	JAR 1997/102	2.2, 3.2
Amsterdam 6 november 1997	JAR 1998/63	3.2
Zutphen 10 november 1997	Prg. 1997, nr. 4876	1.4
Utrecht 4 december 1997	JAR 1998/64	2.2, 3.2
Amsterdam 23 december 1997	JAR 1998/181	3.2
Assen 28 januari 1999	JAR 1999/43	3.2
Assen 9 maart 1999	JAR 1999/114	3.5

Kantongerechten

's-Gravenhage 17 maart 1954	Prg. 1954, nr. 462	2.5
Haarlem 28 mei 1954	NJ 1955, 130	2.5
Assen 12 augustus 1957	NJ 1958, 161	3.11
's-Gravenhage 12 en 14 augustus 1957	SMA 1957, p. 645-648	3.11
Assen 1 juni 1961	NJ 1962, 172, Prg. 1976, nr. 1063	2.2

Tilburg 26 augustus 1971	Prg. 1972, nr. 707	4.7
Rotterdam 13 februari 1974	Prg. 1975, nr. 975	2.7
Heerenveen 20 november 1979	Prg. 1980, nr. 1948	2.5
Venlo 19 augustus 1981	Prg. 1982, nr. 1797	4.6
Groningen 25 januari 1983	Prg. 1983, nr. 1997	3.2, 3.8
Breda 10 mei 1983	Prg. 1983, nr. 1962	4.6
Rotterdam 26 september 1983	Prg. 1983, nr. 2025	4.6
Amsterdam 25 november 1983	Prg. 1984, nr. 2186	2.3, 3.8
Rotterdam 10 januari 1984	Prg. 1985, nr. 2314	3.4
Rotterdam 20 april 1984	Prg. 1984, nr. 2141	2.4, 3.2
Maastricht 23 mei 1984	NJ 1985, 228	3.8
Eindhoven 21 juni 1984	NJ 1985, 227	1.6, 2.5
Rotterdam 29 augustus 1984	Prg. 1984, nr. 2185	2.2
Rotterdam 18 september 1984	Prg. 1984, nr. 2218	4.6
Harderwijk 19 december 1984	Prg. 1985, nr. 2262	4.3
Eindhoven 18 april 1985	Prg. 1985, nr. 2344	2.7, 4.6
Eindhoven 2 mei 1985	Prg. 1985, nr. 2345	4.6
Rotterdam 3 juni 1985	Prg. 1986, nr. 2411	2.3
Rotterdam 5 juni 1985	Prg. 1985, nr. 2341	4.6
Hoorn 26 juni 1985	Prg. 1985, nr. 2373	4.6
Rotterdam 9 september 1985	Prg. 1986, nr. 2411	2.5
Nijmegen 27 september 1985	Prg. 1987, nr. 2622	3.6
Heerenveen 8 oktober 1985	NJ 1986, 506	3.8
Dordrecht 17 oktober 1985	Prg. 1986, nr. 2340	2.5
Hoorn 6 januari 1986	Prg. 1987, nr. 2664	4.6
Delft 9 januari 1986	NJ 1987, 455	2.2
Amsterdam 24 januari 1986	NJ 1987, 655	3.4
Harderwijk 29 januari 1986	Prg. 1986, nr. 2440	3.2
Amsterdam 10 februari 1986	Prg. 1986, nr. 2502	2.2
Rotterdam 13 maart 1986	Prg. 1986, nr. 2565	2.2
Haarlem 10 april 1986	Prg. 1987, nr. 2756	4.6
Middelburg 26 mei 1986	Prg. 1987, nr. 2630	3.9
Middelburg 2 juni 1986	NJ 1987, 600	3.9
Rotterdam 11 juni 1986	Prg. 1986, nr. 2583	3.2
Hoorn 16 juni 1986	Prg. 1987, nr. 2664	4.6
Gorinchem 21 juli 1986	Prg. 1987, nr. 2627	4.6
Nijmegen 25 juli 1986	Prg. 1987, nr. 2622	3.6
Rotterdam 30 juli 1986	Prg. 1986, nr. 2580	2.4, 4.6
Amsterdam 19 september 1986	Prg. 1986, nr. 2593	2.4
Gorinchem 8 december 1986	NJ 1988, 68	3.8
Maastricht 11 december 1986	Prg. 1987, nr. 2752	4.2
Utrecht 19 december 1986	Prg. 1987, nr. 2628	4.6
Amsterdam 24 januari 1987	NJ 1987, 655	4.5
Rotterdam 2 februari 1987	Prg. 1987, nr. 2707	4.5
Nijmegen 20 februari 1987	Prg. 1987, nr. 2673	2.5
Zutphen 24 maart 1987	Prg. 1987, nr. 2691	4.5
Schiedam 2 juni 1987	Prg. 1988, nr. 2881	3.3

Terneuzen 5 juni 1987	Prg. 1987, nr. 2743	2.5
Heerlen 26 juni 1987	Prg. 1988, nr. 2951	3.2
Utrecht 22 juli 1987	Prg. 1989, nr. 2990	4.6
Bergen op Zoom 23 december 1987	Prg. 1989, nr. 3163	3.2
Rotterdam 7 januari 1988	Prg. 1988, nr. 2836	4.5
Utrecht 20 januari 1988	Prg. 1989, nr. 2990	4.6
Boxmeer 9 februari 1988	Prg. 1988, nr. 2866	3.2
Bergen op Zoom 23 maart 1988	NJ 1989, 46	2.4
Helmond 31 maart 1988	Prg. 1988, nr. 2911	4.7
Wageningen 6 april 1988	Prg. 1989, nr. 2986	4.2
Rotterdam 21 april 1988	Prg. 1989, nr. 3041	1.6
Utrecht 27 april 1988	Prg. 1989, nr. 2990	4.6
Bergen op Zoom 25 mei 1988	Prg. 1989, nr. 3164	2.2
Haarlem 3 juni 1988	Prg. 1988, nr. 2943	4.2
Deventer 13 oktober 1988	Prg. 1989, nr. 3006	4.2
Sittard 14 oktober 1988	Prg. 1989, nr. 3003	3.4
Nijmegen 25 november 1988	Prg. 1989, nr. 3023	4.7
Hilversum 1 februari 1989	Prg. 1989, nr. 3048	3.2
Utrecht 10 februari 1989	Prg. 1989, nr. 3045	4.6
Harderwijk 20 februari 1989	Prg. 1989, nr. 3059	4.3
Rotterdam 27 februari 1989	Prg. 1989, nr. 3095	3.8
Heerlen 9 maart 1989	Prg. 1989, nr. 3155	1.5
Boxmeer 21 maart 1989	Prg. 1990, nr. 3322	3.4
Boxmeer 16 mei 1989	Prg. 1990, nr. 3322	3.4
Rotterdam 6 juli 1989	Prg. 1989, nr. 3171	4.2
Zaandam 13 juli 1989	Prg. 1989, nr. 3165	3.2
Utrecht 21 september 1989	RN 1989, 38	3.6
Amsterdam 3 november 1989	NJ 1990, 283	2.3
Tilburg 7 december 1989	Prg. 1990, nr. 3253	2.2
Nijmegen 8 december 1989	Prg. 1990, nr. 3185	4.2
Boxmeer 6 februari 1990	Prg. 1990, nr. 3322	3.4
Rotterdam 7 februari 1990	Prg. 1990, nr. 3237	3.3
Eindhoven 8 maart 1990	NJ 1992, 145	4.6
Hoorn 3 april 1990	Prg. 1990, nr. 3270	3.8
's-Gravenhage 19 april 1990	Prg. 1990, nr. 3390, NJ 1991, 776	3.6
Rotterdam 20 april 1990	Prg. 1990, nr. 3281	4.6
Rotterdam 4 mei 1990	Prg. 1991, nr. 3490	2.2
Rotterdam 31 mei 1990	Prg. 1991, nr. 3575	1.9, 2.5
Rotterdam 21 augustus 1990	Prg. 1990, nr. 3370	3.8
Breda 22 augustus 1990	Prg. 1990, nr. 3353	3.3
Utrecht 21 september 1989	RN 1989, 38	3.6
's-Gravenhage 15 november 1990	Prg. 1990, nr. 3390, NJ 1991, 776	3.6
Enschede 19 november 1990	Prg. 1990, nr. 3361	2.2, 2.3, 3.8
's-Gravenhage 6 december 1990	NJ 1991, 570, Prg. 1991, nr. 3469 (De Goede Woning)	1.6, 2.5
Maastricht 4 januari 1991	Prg. 1991, nr. 3340	3.3
Rotterdam 25 januari 1991	Prg. 1991, nr. 3490	2.2

Rotterdam 19 februari 1991	Prg. 1993, nr. 3986	2.7
Amsterdam 25 februari 1991	Prg. 1991, nr. 3574	4.6
Zevenbergen 2 mei 1991	Prg. 1991, nr. 3488	3.3
Utrecht 18 juli 1991	Prg. 1991, nr. 3530	3.4
Utrecht 23 juli 1991	Prg. 1991, nr. 3550	3.2
Zutphen 15 oktober 1991	Prg. 1992, nr. 3614	3.5
Rotterdam 10 december 1991	Prg. 1993, nr. 3986	2.7
Hoorn 13 december 1991	Prg. 1992, nr. 3650	4.4, 4.7
Haarlem 17 december 1991	Prg. 1992, nr. 3602	4.6
Schiedam 14 januari 1992	Prg. 1992, nr. 3601	4.6
Utrecht 17 januari 1992	Prg. 1992, nr. 3772	4.6
Arnhem 20 januari 1992	Prg. 1992, nr. 3763	2.7
Zevenbergen 30 januari 1992	Prg. 1992, nr. 3637	4.5
's-Hertogenbosch 3 februari 1992	Prg. 1992, nr. 3628	3.2, 4.4
Rotterdam 12 februari 1992	Prg. 1992, nr. 3627, KG 1992, 383	2.2, 4.5
Eindhoven 13 februari 1992	Prg. 1992, nr. 3643	2.2
Amsterdam 25 februari 1992	Prg. 1992, nr. 3662, JAR 1992/15	2.3
Hilversum 25 februari 1992	Prg. 1993, nr. 3835	1.8, 3.6
Utrecht 25 februari 1992	Prg. 1992, nr. 3640	3.2
Utrecht 25 februari 1992	JAR 1992/88	4.4
Amsterdam 3 maart 1992	Prg. 1993, nr. 3797	2.2
Breda 6 maart 1992	JAR 1992/89	1.5
Eindhoven 12 maart 1992	Prg. 1993, nr. 3948	2.6
Sittard 13 maart 1992	Prg. 1992, nr. 3745	4.3
Rotterdam 17 maart 1992	Prg. 1992, nr. 3723	2.2
Rotterdam 18 maart 1992	JAR 1992/25	3.4
Amsterdam 19 maart 1992	Prg. 1992, nr. 3672, KG 1992, 403, JAR 1992/26 (Bull)	4.2
Amsterdam 19 maart 1992	Prg. 1992, nr. 3678	4.6
's-Gravenhage 25 maart 1992	Prg. 1992, nr. 3731	3.6
Amsterdam 31 maart 1992	KG 1992, 374	4.5
Utrecht 21 april 1992	Prg. 1992, nr. 3736	2.7
Amsterdam 29 april 1992	Prg. 1992, nr. 3734	4.5
Harderwijk 6 mei 1992	JAR 1993/159	3.2, 4.2
Amsterdam 19 mei 1992	JAR 1992/36	2.2
Utrecht 27 mei 1992	JAR 1992/66	3.8
Zwolle 21 juli 1992	JAR 1992/60	3.2
Rotterdam 23 juli 1992	JAR 1992/121	2.5
Wageningen 19 augustus 1992	Prg. 1992, nr. 3733	4.2
Rotterdam 28 augustus 1992	KG 1993, 22	4.4
Utrecht 28 augustus 1992	JAR 1992/91	3.2
Bergen op Zoom 2 september 1992	JAR 1992/79	2.3
Hilversum 2 september 1992	Prg. 1993, nr. 3835	1.8, 3.6
Rotterdam 2 september 1992	JAR 1992/80	2.2, 3.2

Amsterdam 8 september 1992	JAR 1992/81, Prg. 1993, nr. 3843	1.6, 4.3
's-Gravenhage 8 september 1992	Prg. 1992, nr. 3744	4.7
's-Gravenhage 12 oktober 1992	Prg. 1993, nr. 3813	3.2
Amsterdam 13 oktober 1992	JAR 1992/108	4.5
Utrecht 14 oktober 1992	JAR 1992/124	2.3
Enschede 15 oktober 1992	Prg. 1993, nr. 3971	1.9
Utrecht 5 november 1992	Prg. 1993, nr. 3790	4.2
Amsterdam 3 december 1992	KG 1993, 80	3.2
Apeldoorn 9 december 1992	Prg. 1993, nr. 3864	3.4
Eindhoven 10 december 1992	Prg. 1993, nr. 3876	2.5, 3.2
's-Gravenhage 10 februari 1993	JAR 1993/124	3.3
Eindhoven 25 februari 1993	Prg. 1993, nr. 3874	2.1
Utrecht 24 maart 1993	JAR 1993/105	3.7
Terborg 25 maart 1993	JAR 1993/141	2.2
Amsterdam 1 april 1993	JAR 1993/88	4.3
Tilburg 15 april 1993	JAR 1993/131	4.6
Zaandam 16 april 1993	JAR 1993/212, Prg. 1993, nr. 3973	3.2
Utrecht 13 mei 1993	JAR 1994/51, Prg. 1994, nr. 4024	2.3
Zaandam 14 mei 1993	Prg. 1993, nr. 3973	
Amsterdam 18 mei 1993	JAR 1993/161	2.3
's-Gravenhage 26 mei 1993	JAR 1993/163	2.1, 2.6, 3.2
Amsterdam 2 juni 1993	JAR 1993/213	2.6
Amsterdam 7 juni 1993	JAR 1993/166	2.2
Amsterdam 10 juni 1993	JAR 1993/199	2.6
Enschede 17 juni 1993	Prg. 1993, nr. 3971	1.8
Utrecht 30 juni 1993	JAR 1993/186	2.5
Arnhem 5 juli 1993	JAR 1994/67	2.6
Utrecht 22 juli 1993	JAR 1993/218	4.3
Hoorn 9 augustus 1993	JAR 1993/220	2.2
Utrecht 9 augustus 1993	Prg. 1993, nr. 3939	2.2
Rotterdam 25 augustus 1993	JAR 1993/225	4.3
Utrecht 23 september 1993	JAR 1994/51, Prg. 1994, nr. 4024	2.3
Zaandam 23 september 1993	JAR 1995/154	2.4
Eindhoven 29 september 1993	Prg. 1994, nr. 4049	1.8, 3.2, 3.7
Arnhem 8 oktober 1993	JAR 1994/7	3.2
Rotterdam 8 oktober 1993	KG 1993, 412	3.2
Roermond 19 oktober 1993	Prg. 1994, nr. 4039	2.2
Amsterdam 21 oktober 1993	NJ 1994, 285, JAR 1994/18	3.2
Arnhem 25 oktober 1993	JAR 1994/67	2.6
Enschede 9 november 1993	Prg. 1993, nr. 4001	3.4
Middelburg 20 december 1993	JAR 1994/186, Prg. 1994, nr. 4160	3.2
Amsterdam 22 december 1993	KG 1994, 138, Prg. 1994, nr. 4153	3.5
Alphen a/d Rijn 24 december 1993	JAR 1994/26	2.3
Amsterdam 12 januari 1994	KG 1994, 161	4.4
Amsterdam 20 januari 1994	NJ 1995, 364	1.7
Apeldoorn 26 januari 1994	Prg. 1994, nr. 4114	3.2
Amsterdam 4 februari 1994	JAR 1994/56	3.2

Tiel 23 februari 1994	Prg. 1994, nr. 4103	4.6
Arnhem 28 februari 1994	JAR 1994/67	2.6
Schiedam 15 maart 1994	Prg. 1994, nr. 4145	2.1
Rotterdam 18 maart 1994	JAR 1994/81	3.2
Almelo 24 maart 1994	JAR 1994/201	3.2
Alkmaar 6 april 1994	JAR 1994/124	2.1
's-Hertogenbosch 14 april 1994	Prg. 1994, nr. 4113	2.1
Deventer 26 mei 1994	JAR 1994/128	2.6, 3.2
Amsterdam 21 juni 1994	JAR 1994/174	2.3
Nijmegen 24 juni 1994	Prg. 1994, nr. 4202	2.5
Utrecht 18 juli 1994	JAR 1994/164	3.2
Deventer 16 augustus 1994	Prg. 1995, nr. 4222	3.2
Zevenbergen 25 augustus 1994	Prg. 1995, nr. 4276	4.8
Amsterdam 30 augustus 1994	JAR 1994/222, Prg. 1994, nr. 4187	3.2
Alkmaar 31 augustus 1994	Prg. 1994, nr. 4204	2.3
's-Gravenhage 1 september 1994	Prg. 1995, nr. 4264	3.2
Amsterdam 15 september 1994	Prg. 1994, nr. 4187	3.2
Leeuwarden 20 september 1994	Prg. 1994, nr. 4185	2.3
Utrecht 20 september 1994	JAR 1994/223, Prg. 1994, nr. 4194	2.3
Utrecht 20 september 1994	Prg. 1994, nr. 4195	6.4
Deventer 16 augustus 1994	Prg. 1995, nr. 4222	3.2
Helmond 23 september 1994	Prg. 1995, nr. 4396	1.8
Amsterdam 28 september 1994	Prg. 1995, nr. 4319	4.3
Utrecht 11 oktober 1994	JAR 1994/228, Prg. 1994, nr. 4200	3.2
Amsterdam 14 oktober 1994	Prg. 1995, nr. 4390	2.3
Eindhoven 20 oktober 1994	JAR 1994/241	3.2
Dordrecht 17 november 1994	Prg. 1995, nr. 4300	2.3
Apeldoorn 30 november 1994	Prg. 1995, nr. 4271	3.8
Amsterdam 8 december 1994	Prg. 1995, nr. 4235	1.7
Amsterdam 22 december 1994	Prg. 1995, nr. 4280	2.6
Haarlem 11 januari 1995	Prg. 1995, nr. 4287	3.2
Arnhem 23 januari 1995	Prg. 1995, nr. 4272	2.5
Eindhoven 31 januari 1995	Prg. 1995, nr. 4408	2.2
Alphen a/d Rijn 14 februari 1995	JAR 1996/22	4.6
Hilversum 15 februari 1995	Prg. 1995, nr. 4315	4.8
Dordrecht 2 maart 1995	Prg. 1995, nr. 4300	2.3
Heerenveen 8 maart 1995	Prg. 1995, nr. 4328	4.6
Groenlo 15 maart 1995	Prg. 1995, nr. 4302	3.3
Rotterdam 31 maart 1995	Prg. 1995, nr. 4305	3.2
Nijmegen 24 maart 1995	Prg. 1995, nr. 4310	3.8
Deventer 1 mei 1995	Prg. 1995, nr. 4331	2.4
Utrecht 24 mei 1995	JAR 1995/201	3.2
Den Helder 27 juni 1995	JAR 1995/170	3.2
Lelystad 28 juni 1995	Prg. 1995, nr. 4444	4.3
Tiel 29 juni 1995	Prg. 1995, nr. 4347	4.3
Apeldoorn 6 juli 1995	JAR 1995/186	3.2
Eindhoven 6 juli 1995	Prg. 1995, nr. 4408	2.2

Utrecht 18 juli 1995	Prg. 1996, nr. 4486	3.4
Zuidbroek 17 augustus 1995	Prg. 1995, nr. 4440	2.3
Amsterdam 28 augustus 1995	JAR 1995/191, Prg. 1995, nr. 4385	3.3
Hilversum 28 augustus 1995	Prg. 1995, nr. 4386	4.8
Amsterdam 21 september 1995	Prg. 1996, nr. 4476	3.2
Haarlem 25 september 1995	JAR 1995/207	4.6
Alkmaar 4 oktober 1995	JAR 1995/259	4.6
Apeldoorn 4 oktober 1995	Prg. 1996, nr. 4477	4.5
Tilburg 5 oktober 1995	JAR 1996/47	4.6
Gorinchem 9 oktober 1995	JAR 1995/241	3.2
Groenlo 23 oktober 1995	JAR 1996/183	1.6
Alkmaar 1 november 1995	JAR 1995/259, Prg. 1995, nr. 4445	4.6
Lelystad 8 november 1995	Prg. 1995, nr. 4444	4.3
Almelo 22 november 1995	Prg. 1995, nr. 4441	3.3
Zevenbergen 22 november 1995	Prg. 1996, nr. 4487	2.2
Amsterdam 5 december 1995	Prg. 1996, nr. 4474	4.4
Alphen a/d Rijn 9 december 1995	JAR 1996/22	4.6
Rotterdam 13 december 1995	Prg. 1996, nr. 4465	4.6
Zaandam 21 december 1995	JAR 1996/172	3.4
Roermond 22 december 1995	Prg. 1996, nr. 4475	4.3
Utrecht 3 januari 1996	JAR 1996/49	3.2
Amsterdam 10 januari 1996	Prg. 1997, nr. 4689	3.6
Rotterdam 12 januari 1996	JAR 1996/36	3.2
Zwolle 24 januari 1996	JAR 1996/52	3.3
Zuidbroek 8 februari 1996	Prg. 1996, nr. 4485	4.3
Zaandam 12 februari 1996	Prg. 1996, nr. 4648	3.8
Zaandam 29 februari 1996	Prg. 1996, nr. 4639	4.5
Apeldoorn 20 maart 1996	Prg. 1996, nr. 4531	3.2
Amsterdam 7 mei 1996	JAR 1996/134	2.5
Harderwijk 15 mei 1996	Prg. 1996, nr. 4546	2.5
Eindhoven 11 juni 1996	JAR 1996/158	3.2
Groenlo 15 juli 1996	JAR 1996/183	1.6
Zaandam 18 juli 1996	JAR 1996/172	3.4
Apeldoorn 14 augustus 1996	Prg. 1996, nr. 4665	2.6
Apeldoorn 28 augustus 1996	Prg. 1997, nr. 4696	2.2, 4.3
Amsterdam 29 oktober 1996	JAR 1996/236	3.3
Alphen a/d Rijn 12 november 1996	JAR 1996/239	4.6
Heerenveen 20 november 1996	JAR 1997/17	2.3
Amsterdam 22 november 1996	KG 1996, 391	3.2
Enschede 28 november 1996	Prg. 1997, nr. 4688	2.2
Enschede 5 december 1996	JAR 1997/18, Prg. 1997, nr. 4695	2.2, 4.5
Rotterdam 5 december 1996	Prg. 1997, nr. 4714	1.6
Nijmegen 6 december 1996	JAR 1997/4	3.3
Gouda 7 december 1995	Prg. 1996, nr. 4538	2.2, 3.5
Apeldoorn 16 december 1996	Prg. 1997, nr. 4724	3.3
Schiedam 17 december 1996	JAR 1997/64	4.4
Amsterdam 31 december 1996	JAR 1997/20	1.6, 2.2

Oud-Beijerland 6 januari 1997	Prg. 1998, nr. 4904	3.7
Amsterdam 14 januari 1997	JAR 1997/21	4.6
Tilburg 23 januari 1997	Prg. 1997, nr. 4868	3.3
Haarlem 24 januari 1997	JAR 1997/33	4.4
Utrecht 5 februari 1997	JAR 1997/73	2.5, 4.5
Enschede 20 februari 1997	Prg. 1997, nr. 4741	1.6, 2.2
Apeldoorn 21 februari 1997	Prg. 1997, nr. 4733	2.2
Middelburg 24 februari 1997	JAR 1997/93	3.5
Wageningen 5 maart 1997	Prg. 1997, nr. 4744	2.2
Almelo 20 maart 1997	Prg. 1997, nr. 4786	4.6
Amsterdam 28 maart 1997	KG 1997, 162	3.2
Utrecht 2 april 1997	Prg. 1997, nr. 4766	2.2
Rotterdam 9 april 1997	Prg. 1997, nr. 4863	4.3
Groenlo 14 april 1997	JAR 1997/112	3.4
Tilburg 24 april 1997	Prg. 1997, nr. 4868	3.3
Eindhoven 12 mei 1997	Prg. 1997, nr. 4792	1.5, 2.2
Maastricht 15 mei 1997	Prg. 1997, nr. 4812	3.3
Apeldoorn 23 mei 1997	Prg. 1997, nr. 4819	2.3
Rotterdam 9 juni 1997	Prg. 1997, nr. 4813	2.4
Utrecht 10 juni 1997	Prg. 1997, nr. 4837	4.4
Rotterdam 11 juni 1997	Prg. 1997, nr. 4863	4.3
's-Gravenhage 25 juni 1997	Prg. 1997, nr. 4811	4.8
Breda 6 en 10 juli 1997	Prg. 1997, nr. 4814	2.2, 3.8
Terneuzen 9 juli 1997	Prg. 1998, nr. 4921	3.4
Apeldoorn 8 oktober 1997	Prg. 1998, nr. 4912	2.4
Almelo 16 oktober 1997	JAR 1998/3	1.4, 4.2
Rotterdam 22 oktober 1997	JAR 1998/4	3.3
Breda 3 november 1997	Prg. 1998, nr. 5007	3.2
Amsterdam 28 november 1997	Prg. 1998, nr. 4884	1.4
Nijmegen 28 november 1997	JAR 1998/25	3.2
Oud-Beijerland 1 december 1997	Prg. 1998, nr. 4904	3.7
Amersfoort 3 december 1997	JAR 1998/10	2.2, 2.4, 4.5
Boxmeer 16 december 1997	JAR 1998/31	3.2
Deventer 18 december 1997	JAR 1999/8	3.7
Rotterdam 22 december 1997	Prg. 1998, nr. 4907	2.6
Amsterdam 23 december 1997	JAR 1998/75	2.2, 4.4
Utrecht 7 januari 1998	JAR 1998/142	2.3
Utrecht 20 januari 1998	JAR 1998/64	2.2, 3.2
Rotterdam 5 februari 1998	Prg. 1998, nr. 4928	3.2
Tilburg 5 februari 1998	Prg. 1998, nr. 4988	4.6
Brielle 24 februari 1998	Prg. 1998, nr. 4948	2.2
Groenlo 26 februari 1998	Prg. 1998, nr. 4937	3.4
Tilburg 5 maart 1998	Prg. 1998, nr. 4956	1.4
Zevenbergen 11 maart 1998	Prg. 1998, nr. 4947	3.3, 4.3
Amsterdam 26 maart 1998	JAR 1998/155	1.8, 2.3
Eindhoven 8 april 1998	Prg. 1998, nr. 4980	2.2
Venlo 8 april 1998	JAR 1998/102, Prg. 1998, nr. 4979	3.3

Harderwijk 15 april 1998	Prg. 1998, nr. 4972	2.5
Middelburg 18 mei 1998	JAR 1998/133	2.2
Delft 20 mei 1998	Prg. 1998, nr. 4989	4.5
Amsterdam 28 mei 1998	JAR 1998/145	2.2
Rotterdam 2 juni 1998	Prg. 1998, nr. 5008	2.2
Deventer 4 juni 1998	JAR 1999/8	3.7
Oud-Beijerland 29 juni 1998	JAR 1998/178 en 202	4.6
Gouda 16 juli 1998	Prg. 1998, nr. 5046	3.7
Utrecht 29 juli 1998	JAR 1998/189	4.4
Amsterdam 30 juli 1998	JAR 1998/231	2.5
Utrecht 11 september 1998	Prg. 1998, nr. 5062	4.7
's-Gravenhage 16 september 1998	JAR 1999/1, Prg. 1999, nr. 5168	4.3
Zutphen 22 september 1998	Prg. 1999, nr. 5091	2.6
Utrecht 2 oktober 1998	JAR 1998/219	4.6
Schiedam 27 oktober 1998	JAR 1998/243	3.2
Apeldoorn 4 november 1998	Prg. 1999, nr. 5105	1.5
Zutphen 5 november 1998	Prg. 1999, nr. 5118	3.5
Lelystad 16 november 1998	Prg. 1999, nr. 5084	4.6
Enschede 27 november 1998	Prg. 1999, nr. 5092	2.2
's-Gravenhage 1 december 1998	JAR 1999/6	3.6
Enschede 4 december 1998	Prg. 1999, nr. 5099	4.5
Nijmegen 18 december 1998	Prg. 1999, nr. 5133	3.2
Alkmaar 29 december 1998	JAR 1999/37	2.6
Zwolle 30 december 1998	JAR 1999/25	3.8
Amsterdam 2 februari 1999	Prg. 1999, nr. 5220	3.2
Hilversum 15 maart 1999	JAR 1999/91	3.3
Delft 8 april 1999	Prg. 1999, nr. 5166	2.2, 3.2
Amsterdam 19 april 1999	Prg. 1999, nr. 5220	3.2
Amsterdam 29 april 1999	JAR 1999/122	4.2
's-Hertogenbosch 27 mei 1999	Prg. 1999, nr. 5208	2.6
Amsterdam 28 mei 1999	JAR 1999/154	4.2
Rotterdam 10 juni 1999	JAR 1999/186	1.6
Middelburg 14 juni 1998	JAR 1999/138	1.4, 4.3
Middelburg 21 juni 1999	JAR 1999/140	4.6
Rotterdam 23 juni 1999	JAR 1999/141	1.4

Overige

Arbitragecommissie KNVB 9 juli 1996	JAR 1996/192 (Kanu)	3.8
Centrale Raad van Beroep 17 juli 1984	RSV 1984/241	3.3
Centrale Raad van Beroep 9 februari 1993	Prg. 1993, nr. 3871	3.8

Commissie gelijke behandeling 25 maart 1997	JAR 1997/85	3.8
Japans Hooggerechtshof 24 december 1976	ILLR 3, p. 20	3.6
HvJ EG 8 november 1990 (nr. 177/88)	Jur. 1990, p. I-3941, NJ 1992, 224 (Dekker).	3.6
Raad van Uitvoering CAO voor Dagbladjournalisten 15 mei 1991	Prg. 1991, nr. 3511	2.4
Vaste Commissie voor het Boeken- uitgeverijbedrijf 8 oktober 1992	JAR 1992/103	2.3

Het overgrote deel van de rechterlijke uitspraken op het gebied van het arbeidsrecht hebben betrekking op het ontslagrecht. In deze uitgave wordt nu eens een groot aantal rechterlijke uitspraken besproken die betrekking hebben op de fase waarin een arbeidsovereenkomst functioneert zonder dat ontslag althans direct aan de orde is. Dat gebeurt aan de hand van het artikel in het Burgerlijk Wetboek, dat voorschrijft dat de werkgever zich als goed werkgever gedraagt. Het gaat hier om een vage norm, die door de rechter de afgelopen decennia in toenemende mate wordt benut om de arbeidsverhouding te normeren, ook als de wet, de CAO of de arbeidsovereenkomst bepaalde kwesties niet regelt. Op deze wijze heeft de rechtspraak aan de vernieuwing van het arbeidsrecht bijgedragen, ook als de wetgever de wetten niet actualiseerde.

De schrijver analyseert de rechtspraak aan de hand van drie gezichtspunten. Daarnaast bevat de uitgave beschouwingen over de algemene aspecten van het leerstuk van goed werkgeverschap en de verhouding tussen rechter en wetgever in het arbeidsrecht.

De eerste druk van dit preadvies werd in 1993 uitgebracht en werd veelvuldig gebruikt in de rechtspraak en bij opleidingen. Sedertdien is de hoeveelheid rechterlijke uitspraken op dit gebied nog aanzienlijk toegenomen. Met deze uitgave wordt voldaan aan de behoefte aan een actuele uitgave waarin ook de jongste ontwikkelingen en de invoering van het Nieuw BW en de Wet Flexibiliteit en zekerheid zijn verwerkt.

De auteur is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.