



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

Van Slooten, J.M.; Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Van Slooten, J. M., & Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, 31, 1608-1615. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14868>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14868>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Kroniek van het *sociaal recht*



Guus Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.



Jaap van Slooten is advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.

Het nieuwe regeerakkoord van 16 mei 2003 (*Meedoen, meer werk, minder regels*) ademt al in de titel de invloed van de huidige economische stagnatie. Het aantal ontslagen, vaak collectief, neemt in omvang toe. Dit leidt tot een toenemend beroep op WW-uitkeringen. Tegelijkertijd wil de overheid bezuinigen. Het kabinet is na de zomervakantie dan ook voortvarend begonnen met de uitvoering van het regeerakkoord op het punt van het beperken van de WW-rechten van werknemers. Terwijl het aantal ontslagen stijgt, daalt het ziekteverzuim. Dat betekent niet meteen minder uitspraken op het steeds verder gereguleerde terrein van de arbeidsongeschiktheid. Parallel aan de economische stagnatie loopt de opwinding over beloning en afvloeiingsregelingen van bestuurders hoog op. De Commissie Tabaksblat wil de rechten van de bestuurder/werknemer beperken, hetgeen om een commentaar uit arbeidsrechtelijke perspectief vraagt. De Hoge Raad laat zich uit over de loondoorbetaling aan een geschorste werknemer en over het concurrentiebeding van de gedetacheerde werknemer. In de lagere rechtspraak was een aantal interessante uitspraken over collectieve actie te ontwaren.

Afschaffing vervolguitering Werkloosheidswet

Op 8 augustus 2003 heeft de Ministerraad ingestemd met het concept-wetsvoorstel van Minister De Geus van SZW om de vervolguitering in de WW te doen vervallen. De huidige wet kent voor degenen met voldoende arbeidsverleden eerst een loongerelateerde uitkering, die afhankelijk van het arbeidsverleden een half tot vijf jaar kan duren en 70% van het laatstgenoten loon bedraagt. Voor deze werknemers volgt daarna thans nog een vervolguitering. De vervolguitering duurt doorgaans twee jaar. Voor werknemers die op de eerste dag van werkloosheid 57,5 jaar of ouder zijn duurt zij echter 3,5 jaar, waardoor dezen bij voortdurende werkloosheid doorgaans niet in de bijstand terechtkomen voordat zij met pensioen gaan. De vervolguitering bedraagt 70% van het minimumloon, hetgeen in beginsel ook de hoogte is van de bijstandsuitkering voor alleenstaanden. Deze hoogte kan de werkloze vast doen wennen aan het bijstandsniveau. Naast de vervolguitering kan een werknemer die ook kostwinner is voor zijn of haar partner of die alleenstaande ouder is, nog een toeslag krijgen op grond van de Toeslagewet tot het desbetreffende bijstandsniveau. Wat betreft de hoogte van de uitkering betekent het afschaffen van de vervolguitering dus op het eerste

gezicht geen financiële achteruitgang. Het grote verschil tussen de vervolguitering van de WW en de bijstand is echter dat de bijstand een inkomens- en vermogenstoets kent, waarbij ook het inkomen van de partner in de beschouwing wordt betrokken. Het afschaffen van de vervolguitering zal derhalve voor de niet-vermogende alleenstaande of werkloze kostwinner materieel niet veel verschil maken. Maar degenen met een partner met een eigen inkomen of uitkering zullen geen of minder eigen uitkering ontvangen. Beschikt de werkloze over een eigen vermogen, dan zal dit – behoudens een bescheiden vrijstelling – eerst moeten worden aangesproken, inclusief het beruchte 'opeten van het eigen huis'. Alleen voor degenen die 50 jaar zijn op de eerste werkloosheidsdag of gedeeltelijk arbeidsongeschikt, geldt de IOAW, waarbij geen vermogenstoets wordt toegepast. Opmerkelijk in het voornemen van het kabinet is de ingangsdatum: de nieuwe regeling geldt voor allen die vanaf 11 augustus 2003 werkloos worden. Deze wetgevingsmethode – eerder door C.G. Scholtens in dit tijdschrift aangeduid als 'wetgeving bij persbericht' – is er kennelijk op gericht om een kleine ontslaggolf aan de vooravond van de nieuwe regeling te vermijden. Die zou op gang kunnen komen om met ontslag bedreigde werknemers nog op het laatste moment in de oude regeling te loodsen. Deze uit het belastingrecht overgenomen wetgevingstechniek is

wel begrijpelijk om oneigenlijk inspelen op de regeling te voorkomen, maar heeft als nadeel dat dit het gevoel zal versterken dat de sociale zekerheid in steeds mindere mate werkelijke zekerheid biedt. Mensen die na 11 augustus worden ontslagen komen in de toekomst mogelijk in een slechtere inkomenspositie dan waar zij tot nu toe op mochten vertrouwen, zonder dat zij de mogelijkheid hadden om hiervoor bijvoorbeeld extra te sparen. Een langere invoeringstermijn zou een evenwichtiger wetgevingsmethode zijn geweest, maar dan zouden uiteraard niet de gewenste besparingen op de uitkeringslasten worden bereikt van € 20 miljoen in 2004, die overigens gaan oplopen tot structureel ruim € 500 miljoen vanaf 2012. Uiteraard geldt de ingangsdatum alleen indien het aangekondigde wetsvoorstel daadwerkelijk wordt aanvaard en tot wet wordt verheven. Het is uiteraard afwachten of de Raad van State zal instemmen met het min of meer met terugwerkende kracht invoeren van de wet.

De maatregel wordt – afgezien van het besparingsdoel – ook gemotiveerd met het streven om werklozen te prikkelen om snel naar werk te zoeken. De ervaring wijst uit dat werklozen tegen het einde van de duur van de vervolguitering actiever naar werk gaan zoeken en deze inspanning wil het kabinet nu eerder laten plaatsvinden. Daarnaast is van belang dat de extra bescherming van oudere werknemers ook leidt tot minder inspanning om op oudere leeftijd naar ander werk te zoeken.

Volgens het regeerakkoord zal ook op andere wijze in de WW worden bezuinigd. Zo zal de referte-eis worden verhoogd. In plaats van 26 uit 39 weken zal de werknemer 39 van de laatste 52 weken voor zijn werkloosheid moeten hebben gewerkt om in aanmerking te komen voor een WW-uitkering. Deze maatregel zal vooral nadelig uitwerken voor seizoenarbeiders, oproepkrachten en anderen met een 'flexibele arbeidsrelatie'. Uit het persbericht van 8 augustus jl. blijkt niet of deze wijziging reeds is verwerkt in het bovengenoemde wetsvoorstel. Wel werd op 28 maart 2003 bekend gemaakt dat een wetsvoorstel naar de Raad van State is gezonden dat beoogt het reële arbeidsverleden in de toekomst vanaf 1998 in de plaats te stellen van het fictieve arbeidsverleden voor de berekening van de duur van de uitkering.

Over de WW in het algemeen verscheen de tweede druk van het handboek van F.J.L. Pennings, *De Werkloosheidswet*, Monografieën Sociaal Recht, nr 11, Deventer: Kluwer 2003. In deze tijd van bezuinigingen op de sociale zekerheid kwam ook een tegengesteld uit de wetenschap: S. Klosse hield op 4 juli 2003 haar oratie als hoogleraar in het recht der sociale zekerheid aan de Universiteit Maastricht, met als titel *Moderne sociale zekerheid: efficiency met behoud van fundamentele waarden*, uitgegeven in de Publiekrechtelijke reeks Universiteit Maastricht, nr 14, Den Haag: Sdu uitgevers 2003. Aandacht voor fundamentele rechten blijkt ook uit de oratie die K. Boonstra op 28 maart 2003 hield als hoogleraar internationaal sociaal recht bij de Vrije Universiteit Amsterdam, *Fundamentele rechten voor een sociaal Europa*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Eigen bijdrage bij ontslag oudere werknemers

De afschaffing van de vervolguitering van de WW past ook in het beleid om in verband met de vergrijzing de leeftijd van uittreding uit het arbeidsproces te verhogen. De regering wordt hiertoe ook aangemoedigd door de recente richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de EG. Volgens de bijbehorende Aanbeveling van de Raad van Ministers over

de uitvoering van het werkgelegenheidsbeleid dient Nederland ongebruikt arbeidspotentieel beter te benutten, onder meer door de arbeidsparticipatie van vrouwen, ouderen en minderheden te doen stijgen. Daarnaast wordt aandacht gevraagd voor een beter opleidingsbeleid, de beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen en de WAO-problematiek (Besluit en Aanbeveling van de Raad van 22 juli 2003, 2003/578-579/EG, *Publicatieblad EU* 5 augustus 2003, L 197/13-30, 28).

Ter bevordering van de arbeidsparticipatie van oudere werknemers is ook een wetsvoorstel in behandeling over invoering van een bijdrage van de werkgever wiens werknemer op of na het bereiken van de leeftijd van 57,5 jaar werkloos wordt (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 862). Waar vroeger ontslag van oudere werknemers een sociale oplossing werd geacht bij collectief ontslag, heeft tegenwoordig een omgekeerde filosofie de overhand gekregen. De overheid bevordert actief de arbeidsparticipatie van oudere werknemers. Boven de 55 jaar stoppen te veel werknemers met werken en daar moet een einde aan komen om het socialezekerheidsstelsel betaalbaar te houden. Niet alleen worden regels die er op gericht zijn om uitstroom van ouderen te bevorderen afgeschaft, maar zelfs wordt deze uitstroom actief tegenwerkt. In het kader van dit wetsvoorstel zal de werkgever door een financiële prikkel worden gestimuleerd om af te zien van ontslag van werknemers van 57,5 jaar en ouder. Hiermee samenhangend zal de sollicitatieplicht voor werknemers boven de 57,5 jaar weer worden ingevoerd. Het Ontslagbesluit zal worden aangepast om een beleid ten gunste van het in dienst houden van oudere werknemers mogelijk te maken.

Inmiddels onderschrijft de meerderheid van de Tweede Kamer het wetsvoorstel. Alleen de LPF wijst het wetsvoorstel uitdrukkelijk af en de SP de herinvoering van de sollicitatieplicht. De VVD toont zich bezorgd over het toenemen van de ontslagen van werknemers tussen 55 en 57,5 jaar en beperking van de kans op werkhervatting voor werknemers boven de 50 jaar. De regering heeft echter besloten werkgevers vrij te stellen van de bijdrage ten aanzien van werknemers die boven hun 50ste in dienst zijn getreden. De met het wetsvoorstel te introduceren leeftijdsgrenzen in de WW vormen volgens de regering geen verboden leeftijdsdiscriminatie, omdat deze noodzakelijk zijn om de in de werkgelegenheidsrichtsnoeren van de EG gestelde doelen te bereiken.

De van werkgevers gevraagde bijdrage zal 15 of 30% van de door de werknemer ontvangen uitkering betreffen, met een maximum van 3% van de totale loonsom van de werkgever in het tweede voorafgaande kalenderjaar. Door deze maximering worden kleine werkgevers beschermd tegen te hoge lasten.

Ook bij dit wetsvoorstel was de regering oorspronkelijk voornemens het systeem van 'wetgeving bij persbericht' te volgen, waarbij de datum van bekendmaking van het oorspronkelijke plan 11 mei 2001 ook de invoeringsdatum zou worden. De Raad van State maakte hiertegen bezwaar, omdat de juridische en financiële consequenties van het wetsvoorstel onvoldoende bleken uit het persbericht. Om die reden is alsnog besloten om de regeling te doen ingaan op de

Opmerkelijk in het voornemen van het kabinet is de ingangsdatum: de nieuwe regeling geldt voor allen die vanaf 11 augustus 2003 werkloos worden.

datum van indiening van het wetsvoorstel gemaakt, te weten 1 mei 2003. Werkgevers die na die laatste datum oudere werknemers ontslaan of hebben ontslagen, dienen dus reeds rekening te houden met het betalen van een bijdrage na aanneming en inwerkingtreding van de wet. Zie over het wetsvoorstel F.J.L. Pennings, *Sociaal Recht* 2003, 42, p. 179-180.

Toeneming collectief ontslag

Dat het aantal ontslagen toeneemt blijkt onder meer uit de ontslagstatistieken over 2002, die in april 2003 door het ministerie van SZW zijn gepubliceerd. Het aantal individuele ontslagaanvragen bij de CWI steeg in 2002 met 24% tot 70 925. Het aantal verzoeken wegens bedrijfseconomische redenen steeg met 43% (tegenover andere met 17%). Voor 13 712 werknemers werd collectief ontslag aangevraagd, een toename van 65%. Het aantal ontbindingsverzoeken bij de kantonrechter is met 50% toegenomen tot 68 331. In totaal steeg het aantal ontslagverzoeken bij CWI en kantonrechter samen met 39% tot 139 256. Ook de uitvoerder van de WW, het UWV, maakt zich zorgen over de toeneming van het aantal WW-uitkeringen. In een brief aan de Algemene Werkgeversvereniging Nederland van 25 juli 2003, vraagt zij om binnen de ledenkring meer bekendheid te geven aan

de wijze van toetsing van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. De werknemer moet zonodig daartegen protesteren, tenzij ontslag onvermijdelijk is. Overigens is deze mededeling uitsluitend relevant voor de gevallen waarin ontslag plaatsvindt zonder toestemming

van de CWI, dus door ontbinding via de kantonrechter of met wederzijds goedvinden. Volgens artikel 24 lid 3 WW kan een werkloosheid immers niet verwijtbaar zijn, indien voor het ontslag toestemming is gegeven door de CWI op uitsluitend bedrijfseconomische gronden. Juist bij collectief ontslag wordt meestal de CWI ingeschakeld, zodat de brief er kennelijk met name op is gericht om de weg van ontbinding via de kantonrechter te ontmoedigen. Wordt toch gekozen voor de weg via de kantonrechter, dan stelt de brief dat in de toekomst aanvullend onderzoek zal plaatsvinden bij de werknemer en indien nodig de werkgever. De CWI speelt hierin een adviserende rol. Op basis van de gegevens van het onderzoek adviseert de CWI over de bedrijfseconomische aspecten van ontslag. Dit advies neemt het UWV mee in de beoordeling voor het toekennen van een WW-uitkering. Het vertrouwen dat de CWI in staat is de noodzaak van een bedrijfseconomisch ontslag te toetsen is bij het UWV kennelijk nog steeds groot. Over onder meer deze problematiek verdedigde op 4 juni 2003 in Leiden A.C. Damsteegt haar proefschrift, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, waarin met name uitvoerig wordt ingegaan op de jurisprudentie over de WW in relatie tot het ontslagrecht. In de Reeks Monografieën Sociaal Recht, verscheen als nr 27 van de hand van J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de CWI*, Deventer: Kluwer 2003.

Het ontslagrecht wordt met deze nieuwe extra toetsing van ontbindingsbeslissingen slechts ingewikkelder gemaakt. De vereenvoudiging van het ontslagrecht die de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (ADO), ook wel Commissie-Rood, voorstond, krijgt

in ieder geval geen bijval van de de Stichting van de Arbeid. De STAR kwam op 15 juli 2003, bijna 3 jaar na het verzoek daartoe en op de valreep van deze Kroniek, met haar advies (te vinden op www.stichtingvandearbeid.nl). Zij wijst zowel het repressieve civielrechtelijke model, als het geactualiseerde dual model van de commissie Rood had voorgesteld af. Daarmee is de kans dat het voorstel van de Commissie Rood wordt ingevoerd er niet groter op geworden. Dat het rapport lang op zich liet wachten, hield wellicht verband met de teruglopende conjunctuur en de noodkreet van de werkgevers dat de ontslagkosten moeten worden verminderd, geuit in een interview met VNO-NCW voorzitter Schraven in Het Financieel Dagblad van 22 april 2003. Hij suggereert daar aan de politiek om de kantonrechtformule aan te pakken. Werkgevers werden op hun beurt weer bekritiseerd om de gouden handdrukken van topmanagers, waarover C.G. Scholtens, *NJB* 2003, p. 972. Wellicht kan de politiek de problematiek van het ontslagrecht beter structureel bezien, nu de sociale partners kennelijk niet bij machte zijn oplossingen te vinden. Hierover P.F. van der Heijden, *NJB* 2003, p. 1009.

Ziekte en arbeidsongeschiktheid

Het lijkt nog te vroeg om de resultaten van de in april 2002 ingevoerde Wet verbetering poortwachter te kunnen beoordelen. Doel van deze regeling was het terugdringen van het langdurig ziekteverzuim, door werkgevers en werknemers te dwingen om reeds in het eerste ziektejaar werk te maken van reïntegratie van zieke werknemers. Uitvoerig over deze wet de derde druk van I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Monografieën Sociaal Recht nr 16, Deventer: Kluwer 2003.

Wel bleek dit voorjaar uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek dat het ziekteverzuim terugliep, maar dit werd vooral in verband gebracht met angst voor ontslag of een dalende werkdruk bij een inzakkende economie. In het eerste kwartaal van 2003 daalde het ziekteverzuim in het bedrijfsleven van 5,9 naar 5,3 procent, bij de overheid nog sterker. Ook het UWV laat in een persbericht van 11 februari 2003 weten dat reïntegratie van zieke werknemers steeds vroeger in het arbeidsproces plaatsvindt (zie *PS Actua* 2003, nr 8, p. 1 en P.S. Fluit, *SR* 2003, 34, p. 139-140).

Opmerkelijk was het arrest in de zaak Stal tegen UWV over reïntegratie. Stal was sinds 1990 werknemer van het GAK en in 1991 arbeidsongeschikt geworden. Na de volgens de cao verplichte aanvulling van de uitkering gedurende de eerste drie jaar van ziekte was het GAK gestopt met loonbetalingen in 1994. In 1995 werd toestemming tot ontslag geweigerd. In de tussentijd waren enkele pogingen tot reïntegratie mislukt en waren ook diverse kort gedingen hierover gevoerd. In 1998 werd een nader onderzoek overeengekomen, dat uiteindelijk in 2001 leidde tot de conclusie dat reïntegratie niet mogelijk was. Stal vorderde nu het loon over de jaren 1994 tot 2001 en deze eis werd toegewezen door kantonrechter en rechtbank. In cassatie overwoog de Hoge Raad dat reeds eerder is uitgemaakt dat wanneer een werknemer die door ziekte tot het verrichten van de bedongen arbeid blijvend ongeschikt is geworden, zich jegens zijn werkgever bereid heeft verklaard andere passende arbeid te verrichten en zijn werkgever hem daartoe zonder deugdelijke gronden niet in staat heeft gesteld, van het tijdstip af dat voormelde deugdelijke gronden ontbraken, recht heeft op zijn loon dan wel op een voor de door hem aangeboden pas-

sende arbeid passend gedeelte van dit loon (HR 8 november 1985, NJ 1986, 309, Van Haaren/Cehave). Daaraan voegt de Hoge Raad nu toe dat in overeenstemming met deze regel de werkgever in geval van een zodanige bereidverklaring van de werknemer zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is dient te onderzoeken of andere passende arbeid voorhanden is en daarover duidelijkheid te verschaffen aan de werknemer. Indien de werkgever daarmee in gebreke blijft, moet, ook als later blijkt dat geen passende arbeid voorhanden is, worden aangenomen dat een deugdelijke grond in deze zin heeft ontbroken zolang de werkgever in gebreke is gebleven terzake duidelijkheid te verschaffen (HR 17 januari 2003, JAR 2003/41, Stal/UWV). Deze uitspraak zal ten aanzien van het GAK bijzonder zwaar zijn aangekomen: er moet immers nog zes jaar extra loon worden betaald na de reeds royale aanvulling gedurende de eerste drie jaar, terwijl achteraf gezien geen passende arbeid voorhanden was. Deze principiële beslissing (wellicht speelde ook het 'noblesse oblige' een zekere rol) ligt wel in de lijn van de Wet Verbetering Poortwachter. Onder de huidige wet zal de werkgever als regel veel sneller duidelijkheid moeten scheppen in de vraag of passende arbeid voorhanden is. De mogelijkheid om daarbij een deskundigenoordeel van het UWV aan te vragen biedt daarvoor een belangrijk instrument.

Arbeidsomstandigheden en arbeidsongevallen

Op het gebied van het arbeidsomstandighedenrecht is vermeldenswaard het arrest van het Hof van Justitie van de EG, waarin Nederland werd veroordeeld wegens een onjuiste omzetting van de kaderrichtlijn op dit gebied (Richtlijn 89/391/EEG). Volgens de richtlijn dient de werkgever in beginsel eigen werknemers in te zetten voor een deskundige dienst. In Nederland zijn de zogenaamde arbodiensten verplicht gesteld, waarbij de werkgever een vrije keuze heeft tussen een interne en een externe dienst. Niet alleen is dit in strijd met de tekst van de richtlijn, maar het nuttig effect van de richtlijn kan volgens het hof ook het best worden verzekerd door de evenwichtige deelneming van werkgevers en werknemers aan de activiteiten ter bescherming tegen en preventie van beroepsrisico's. Daarom dienen deze activiteiten bij voorrang binnen het bedrijf te worden georganiseerd. Daardoor wordt bovendien de betrokkenheid van werknemers bij hun eigen veiligheid vergroot. Nederland voldoet derhalve niet aan de eisen van de richtlijn en zal de wetgeving alsnog moeten aanpassen. De vraag is natuurlijk of dit ook sommige werkgevers uiteindelijk tot wijziging van hun arbo-organisatie zal nopen. (HvJ EG 22 mei 2003, nr C-441/01, JAR 2003/48 (Commissie/Nederland). Over de effectiviteit van het sociaal recht van de EG verscheen overigens Jonas Malmberg (ed.), *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Kluwer Law International 2003.

Inmiddels werd een aanscherping aangekondigd van de Arbeidstijdenwet. De ministerraad heeft ingestemd met een wetsvoorstel dat meebrengt dat overtredingen van deze wet in de toekomst direct kunnen worden bestraft met een boete. Het wetsvoorstel bestuurlijke boete in de Arbeidstijdenwet is voor advies naar de Raad van State gezonden. Het boetesysteem bestaat reeds in de Arbeidsomstandighedenwet en blijkt efficiënt te werken. Naar verwachting kan 95% van de overtredingen met een boete worden afgedaan. De maximale boete zal € 45 000 per overtreding bedragen. Strafrechtelijke vervolging blijft mogelijk voor de zwaardere overtredingen. De Arbeidsinspectie rapporteerde in het jaarverslag

dat het aantal dodelijke arbeidsongevallen sinds twee jaar daalt. Tussen 1997 en 2000 vielen jaarlijks gemiddeld honderd dodelijke slachtoffers. In 2001 was dit gedaald naar 86 en vorig jaar naar 75.

Individuele arbeidsongevallen blijven de jurisprudentie halen. Dakdekker Dusarduyn was in dienst van Du Puy en werd door deze uitgestuurd om werkzaamheden uit te voeren op het dak van opdrachtgever Van de Velde, die door een aannemer een bijkeuken had laten bouwen. In het dak was ten behoeve van een lichtkoepel een gat opengelaten, dat met materiaal was afgedekt. Dusarduyn stapte hierop en viel door het gat. Hij vorderde ca. € 75 000 aan schade. Kantonrechter en rechtbank wezen de vordering af, evenals de Hoge Raad het cassatieberoep. Opvallend was dat het gat niet was gemarkeerd overeenkomstig de Arbeidsomstandighedenregeling. Volgens de Hoge Raad hangt het van de omstandigheden van het geval af of de in artikel 7:658, lid 1 BW bedoelde zorgplicht meebrengt dat een werkgever die een werknemer naar een karwei wil sturen om daar werkzaamheden te verrichten vooraf een inventarisatie van de aan die werkzaamheden verbonden veiligheidsrisico's dient te verrichten. De rechtbank heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op grond van enerzijds de aard van de betrokken werkzaamheden en anderzijds de werker-
varing van Dusarduyn en diens uit het bezit van een veiligheidsdiploma blijkende kennis te oordelen dat Du Puy niet in haar zorgplicht tekort is geschoten (HR 16 mei 2003, JAR 2003/147 Dusarduyn/Du Puy). A-G De Vries Lentsch-Kostense had wel tot vernietiging geconcludeerd, wegens het ontbreken van een risico-inventarisatie en van waarschuwingen voor mogelijke risico's. Dezerzijds kan daaraan nog worden toegevoegd dat het enerzijds wel een logische gedachte is dat een beter opgeleide werknemer minder bescherming behoeft, maar dat anderzijds de Arbeidsomstandighedenwetgeving niet alleen voor ongeschoolde werknemers is bedoeld. Het wordt wat ingewikkeld als de werknemer in gevallen als deze zelf het aannemingsbedrijf aansprakelijk moet stellen, waarbij voor hem bovendien een zwaardere stelplicht en bewijslast geldt.

Commissie Tabaksblat

Mede als gevolg van de Wet openbaarmaking bezoldiging en aandelenbezit bestuurders en commissarissen (*Stb.* 2002, 225; inwerking getreden per 1 september 2002) viel de afgelopen periode voortdurend op de voorpagina te lezen hoeveel bestuurders van grote Nederlandse ondernemingen verdienen en welke afvloeiingsregeling zij krijgen. De toenemende publieke onvrede daarover heeft er zeker toe bijgedragen dat een aantal instellingen de commissie Corporate Governance onder leiding van Morris Tabaksblat heeft ingesteld. Deze bracht op 1 juli een concept rapport uit. Hierin werd tal van zaken betreffende het bestuur van beursgenoteerde vennootschappen aan de orde gesteld. Hier zijn relevant de gedachten van de commissie met betrekking tot de rechtspositie van de bestuurder. Opvallend is dat de commissie zich daarbij niet beperkt tot de bestuurder van beursgenoteerde vennootschappen, maar haar aanbevelingen uitbreidt tot alle bestuurders van vennootschappen.

Het gaat om twee zogenaamde 'best practice bepalingen'. Best practice bepaling I.1.1 luidt: 'Een bestuurder wordt benoemd voor een periode van maximaal 4 jaar. De termijn kan telkens voor een periode van maximaal 4 jaar worden verlengd.' Best practice bepaling I.2.10 luidt: 'De maximale vergoeding bij onvrijwillig ontslag is eenmaal het jaarsalaris (het "vaste" deel van de bezoldi-

ging), ongeacht de lengte van het dienstverband.' Hieraan voegde de commissie toe: 'Ter facilitering van de best practice bepalingen I.2.1 en I.2.10 beveelt de commissie de wetgever aan om de arbeidsrechtelijke positie van bestuurders in het algemeen en zeker die van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen bij ontslag te heroverwegen, in het bijzonder om het mogelijk te maken dat een vergoeding bij ontslag in het licht van de bezoldigingsstructuur en -omvang niet hoger wordt gesteld dan eenmaal het jaarsalaris, ongeacht de lengte van het dienstverband van de bestuurder. De commissie is tevens van mening dat een bestuurder van een beursvennootschap niet langer als werknemer moet worden beschouwd.' [benadrukking toegevoegd] Kort gezegd beveelt de commissie dus aan dat bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen niet langer onder het arbeidsrecht komen te vallen en dat alle bestuurders beperkt worden in hun arbeidsrechtelijke positie.

Men kan hierbij twee vragen onderscheiden: 1. Zijn deze voorstellen wenselijk? en 2. Is het haalbaar om de wet aan te passen zonder al te veel problemen? Als het om de wenselijkheid gaat is het aardig op te merken dat de NJV-leadadviseurs P.F. van der Heijden en F.M. Noordam tijdens de NJV-vergadering van 2001 als vraagpunt formuleerden of de wetgever bestuurders van vennootschappen diende te beschouwen als opdrachtnemers in plaats van als werknemers. Een meerderheid ter vergadering antwoordde toen bevestigend. Het vraagpunt werd door de leadadviseurs met name onderbouwd met de stelling dat directeuren zeer wel in staat zijn in vrije onderhandelingen hun eigen boontjes te doppen. Ook elders in de literatuur is dit standpunt verdedigd (door Jacobs, *NJB* 1994, p. 10041 e.v. en J. Huizink in zijn oratie uit 2001). Andere argumenten zijn dat een gezagsrelatie ontbreekt en dat de samenloop van het arbeidsrecht en het ondernemingsrecht de rechtsverhouding tussen de vennootschap en haar bestuurder compliceert.

Opvallend is dat de commissie geen reden aanvoert voor het niet langer toepassen van het arbeidsrecht op bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen. De commissie stelt slechts: 'Betoogd kan worden dat de positie van de bestuurder (nu al) niet gelijk is aan de positie van een "gewone" werknemer. De Algemene Vergadering van Aandeelhouders of de Raad van Commissarissen kan de bestuurder te allen tijde ontslaan en de bestuurder kan geen herstel van de dienstbetrekking vorderen (artikel 2:134 BW).' Hoewel hierop nog wel wat is af te dingen (zoals ontslagbescherming tijdens ziekte), kan dit geen redengeving zijn het arbeidsrecht in haar geheel buiten toepassing te laten. Het is jammer dat de commissie niet duidelijk maakt wat haar tot dit voorstel brengt.

Ten aanzien van het voorstel het ontslagrecht ten aanzien van alle bestuurders te heroverwegen, licht zij een tipje van de sluier op. Dit voorstel moet kennelijk worden gezien 'in het licht van de bezoldigingsstructuur en -omvang'. Ook hier wordt een nadere analyse gemist. Kennelijk vindt de commissie dat bestuurders zoveel verdienen, dat zij toekunnen met een minder vergaande ontslagbescherming dan gewone werknemers. Maar geldt dat dan voor alle bestuurders? En is het criterium 'bestuurder zijn' niet arbitrair? Zeker in beursgenoteerde vennootschappen komen ook werknemers voor die zoveel verdie-

nen dat zij misschien niet dezelfde bescherming behoeven als gewone werknemers. Dat doet de vraag rijzen of een ander criterium, bijvoorbeeld een inkomensgrens of het opleidingsniveau, beter is. Naar aanleiding van een suggestie in die richting van Jacobs (*NJB* 1994, p. 1041) is opgeworpen dat ook een dergelijke grens arbitrair is en tot (grens)geschillen leidt. Uiteraard heeft een dergelijk criterium het voordeel van de eenvoud, maar er zou dan meer empirisch onderzoek moet worden gedaan of werknemers boven die grens inderdaad zoveel krachtiger zijn dat zij het met minder of geen bescherming toekunnen.

Door het ontbreken van een analyse, rijst ook de gedachte dat de commissie zich hier iets te gemakkelijk heeft laten meeslepen door de onlustgevoelens naar aanleiding van publicaties over afvloeiingsregelingen. Zoals Scholtens onlangs in dit blad uiteenzette (*NJB* 2003, p. 972), is er in ieder geval lang niet altijd sprake van bevoorrechtiging van bestuurders, maar krijgen zij een afvloeiingsregeling volgens dezelfde systematiek als gewone werknemers. De 'gewone directeur' heeft bovendien niet zo vreselijk veel bescherming. Afgezien van een ziekmelding, kan zijn arbeidsovereenkomst na een daartoe strekkend besluit van het bevoegd orgaan worden opgezegd. Hierna rest hem slechts de mogelijkheid om een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te vorderen. Nu kan men tegenwerpen dat bestuurders zoveel verdienen dat dit niet uitsluitend strekt tot levensonderhoud, maar tevens tot vermogensvorming. Om op basis van dergelijke inkomsten een afvloeiingsregeling te berekenen, leidt alleen maar tot verdere vermogensvorming en daar is een afvloeiingsregeling niet bedoeld. Dergelijke argumenten zou men echter ook kunnen aanvoeren in een kennelijk onredelijk

Opvallend is dat de commissie geen reden aanvoert voor het niet langer toepassen van het arbeidsrecht op bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen.

ontslagprocedure die gevoerd moet worden indien de bestuurder meent aanspraak te moeten maken op een vergoeding. Het opstellen van een best practice bepaling is daarvoor niet nodig.

Of de publieke onvrede wordt weggenomen met de voorstellen, valt te betwijfelen. Wanneer de omvang van de vergoeding straks tot een jaarsalaris beperkt is, zal er nog altijd de vraag kunnen worden gesteld of de directeur op dat jaarsalaris recht had, gelet op de gedachte dat hij in de ogen van zijn critici gefaald heeft. Wat in ieder geval blijft is de noodzaak om de Algemene Vergadering en de Ondernemingsraad bij de ontslagprocedure te betrekken. Vaak wordt een ontslagzaak tegen een bestuurder afgekocht omdat men negatieve publiciteit vreest indien die gremia worden geraadpleegd.

Een andere kanttekening die men kan plaatsen betreft de werknemer die al lange tijd in dienst is van het bedrijf en op een gegeven moment wordt gepromoveerd tot directeur. Een werknemer van 50 die na 25 jaar bestuurder wordt is in een klap bijna tweede van de potentiële ontslagvergoeding kwijt. Is dat rechtvaardig? Bestaat niet het gevaar dat dergelijke 'predirectiedienstverbanden' weer moeten worden afbetaald, zonder dat daar eigenlijk aanleiding toe is? Nu is de bestuurder van de grotere vennootschap geen diersoort die de bescherming van een panda verdient. Het is evenwel de vraag of de commissie de door haar gesignaleerde problemen op de door haar voorgestelde wijze zal hebben opgelost.

Los daarvan zal implementatie technisch ingewikkeld worden. Diverse bepalingen uit titel 7.10 (zoals met betrekking tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en bepalingen in verband met ontslagvergoedingen) zullen moeten worden uitgezonderd voor bestuurders. Het zal nog moeilijk zijn alle vluchtwegen uit te sluiten die het arbeidsrecht op dit moment biedt om een vergoeding in de wacht te slepen. Zal een directeur straks ook niet op grond van een onrechtmatige daad gerechtigd zijn een hogere vergoeding te eisen? Te voorzien is dat ook het algemeen overeenkomstenrecht een bescherming zal bieden die verder gaat dan menig ontevreden aandeelhouder billijk acht. Los daarvan zullen de contracten dikker worden omdat men voor allerlei onderwerpen waar titel 7:10 BW nu een regeling biedt (vakantie, aansprakelijkheid voor fouten, concurrentie, arbeidsongeschiktheid) zelf een afspraak zal moeten maken.

Met de vergaande voorstellen van de commissie wordt een poging tot diversificatie gedaan. Dat betekent het verlaten van de eenheidsgedachte die aan het Nederlandse arbeidsrecht ten grondslag ligt (zie daarover nader: I.P. Ascher-Vonk, *Eén sociaal recht, vele uitkomsten*, (oratie KUN, 1995) en R.A.A. Duk, 'Uniform arbeidsovereenkomstenrecht?', in: C.J. Loonstra e.a. (red.) *Arbidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996). Het zou verstandig zijn om eerst het fundamentele debat over deze uniformiteit (verder) te voeren, alvorens één betrekkelijk willekeurige categorie op voorshands onduidelijke gronden uit te zonderen. Daarin zouden dan ook andere en/of meer genuanceerde oplossingen kunnen worden bekeken, zoals de mogelijkheid om ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers, makkelijker van dwingend arbeidsrecht af te wijken. Verdere gedachtevorming over de arbeidsrechtelijke aspecten van de voorstellen van de commissie Tabaksblat zijn te vinden in het septemhernummer van het Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht.

Loondoorbetaling

Op 21 maart wees de Hoge Raad het arrest Van der Gulik / Vissers & Partners, voorafgegaan door een fraaie conclusie van de A-G Verkade (*RvdW* 2003, 55; *JAR* 2003/91). Het ging hier om het recht op loondoorbetaling tijdens schorsing van de werknemer. De Hoge Raad geeft een duidelijke regel, die echter ook vragen oproept.

Van der Gulik was directeur van een hypotheekcentrum. Hij had onenigheid met de vennoten voor wie hij werkte. Dat leidde tot een uitbarsting waarbij de vennoten worden uitgeoeterd (de lezing van Van der Gulik) of worden bedreigd (de lezing van de vennoten). Voor de werkgever vormt dit aanleiding Van der Gulik op 28 maart 1996 op non-actief te stellen. Diezelfde dag wordt Van der Gulik eveneens arbeidsongeschikt verklaard door zijn huisarts en meldt hij zich met ingang van die dag ziek. Bijna een jaar later wordt Van der Gulik weer hersteld bevonden. Per 1 juli 1997 wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden door de kantonrechter. Daarnaast loopt een door Van der Gulik aangespannen loonvorderingsprocedure.

In een tussenvonnis legt de rechtbank bij de beoordeling van de vordering als norm aan of Van der Gulik de op non-actiefstelling aan zichzelf te wijten heeft, zodat de oorzaak van het niet verrichten van de werkzaamheden voor zijn rekening behoort te komen. In het eindvonnis oordeelt de rechtbank dat Van der Gulik zich inderdaad zodanig heeft misdragen dat de werkgever hem naar huis mocht sturen. Zij wijst de loonvordering af. De Hoge Raad casseert

met de overweging: *'Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is 'een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen' in zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon. Dat is ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten.'* Als onderbouwing voor dit oordeel geeft de Hoge Raad: *'De werkgever kan zich immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken, ook niet in geval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert.'*

Het arrest is door annotatoren tot op heden met instemming begroet als de enige juiste uitkomst (zie Buijs in *Sociaal Recht* 2003/6, p.7-8, Sagel in *Arbids-Recht* 2003/6/7, nr 29 en Grapperhaus in *Onderne-mingsrecht*, p. 233-234). Het arrest is dan ook in overeenstemming met de heersende leer. Er zijn bovendien zowel praktische als theoretische bezwaren tegen de aanpak van de rechtbank aan te voeren. Het praktische bezwaar is dat per geval zou moeten worden nagegaan of een schorsing of op non-actiefstelling te wijten was aan de werknemer; een nieuwe twistappel voor partijen die vermoedelijk dan ook al over andere zaken met elkaar van mening verschillen. Een theoretisch bezwaar is dat bij deze benadering de werknemer *feitelijk* ontslag op staande voet krijgt, zonder de waarborgen die bij een dergelijk ontslag gelden.

Er zijn echter ook bezwaren tegen de aanpak van de Hoge Raad aan te voeren. In de eerste plaats kan zij leiden tot onbillijkheid. Een geschorste werknemer die vervolgens in de ogen van een rechter terecht op staande voet wordt ontslagen, ontvangt toch loon, hoewel de oorzaak van het feit dat hij niet heeft gewerkt gedurende de periode van de schorsing tot het ontslag, aan hem valt te wijten. In de literatuur is reeds opgemerkt dat evident onbillijke consequenties kunnen worden opgelost via de band van de deroegerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad heeft eerder in het arrest *Chicopee / Van Gerwen* (d.d. 1 juli 1993, *NJ* 1993 666) die mogelijkheid opengelaten. Daarnaast zou nog kunnen worden gedacht aan een ontbinding wegens wanprestatie ex artikel 7:686 BW. De gevolgen daarvan kunnen zich (via de ongedaanmakingsverbintenis) ook uitstrekken over de periode van de schorsing. Het is evenwel onduidelijk in hoeverre artikel 7:686 naast artikel 7:627/628 bestaansrecht heeft. Onbillijke uitkomsten zullen dus in sommige, maar lang niet in alle gevallen kunnen worden gemitigeerd.

Een tweede bezwaar is van staatsrechtelijke aard. Dit houdt verband met opmerkingen van bewindslieden tijdens de behandeling van de wetsvoorstellen 24 349 ('Wulbz') en 26 257 ('Repa-flexwet'). Met name bij de totstandkoming van deze laatste wet zijn relevante opmerkingen gemaakt. In de Wet flexibiliteit en zekerheid was namelijk de mogelijkheid voor partijen om schriftelijk af te wijken van artikel 628 beperkt tot zes maanden. Dat was bedoeld om oproepkrachten beter te beschermen tegen de tot dan toe bestaande praktijk waarin het ondernemersrisico op de werknemer werd afgewenteld. In de commentaren op die wet was opgemerkt dat de beperking van de schriftelijke afwijkingsmogelijkheid ook onbedoelde consequenties had. In dat verband is gewezen op het feit dat een schorsing zonder loon volgens de heersende leer alleen afdwingbaar was indien dit schriftelijk was overeengekomen (zie de conclusie O.M. onder C.). Deze literatuur moet vervolgens weer aanleiding zijn geweest voor kamerleden om tijdens de behandeling van de Repa-flexwet een reac-

Nu is de bestuurder van de grotere vennootschap geen diersoort die de bescherming van een panda verdient. Het is evenwel de vraag of de commissie de door haar gesignaleerde problemen op de door haar voorgestelde wijze zal hebben opgelost.

tie van de Minister te vragen. Deze verraste toen door te stellen dat een schorsing zonder loon ook mogelijk is wanneer er geen daartoe strekkend beding in de arbeidsovereenkomst is gemaakt. De motivering voor dat oordeel was dat een schorsing immers aan de werknemer kan worden verweten en daarmee in zijn risicosfeer valt. Er is dan geen reden meer een andere risicoverdeling af te spreken.

De Hoge Raad stelt hierover dat de uitlatingen van de minister hem niet tot een ander oordeel brengen en wijst er fijntjes op dat die uitlatingen in strijd waren met de heersende rechtsopvatting. De A-G Verkade concludeert dat de uitlatingen van die minister op een omissie berustten. Het kind van de rekening is hier dus het parlement dat verkeerd werd voorgelicht en mogelijk daarom afzag van amendering van de Repa-flexwet teneinde zo de mogelijkheid te behouden bij overeenkomst af te spreken dat de werknemer zonder loon zou kunnen worden geschorst. Thans bestaat die mogelijkheid uitsluitend voor wat betreft de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Hoewel het erop lijkt dat de Minister inderdaad de heersende leer niet goed voor ogen had toen hij zijn uitlatingen deed, valt er op grond van de systematiek van de artikelen 7:627 en 628 BW ook wel wat te zeggen voor zijn standpunt. Die systematiek houdt immers in dat het vraagstuk omtrent loondoorbetaling moet worden opgelost aan de hand van de begrippen schuld en risico (zie HR 10 november 1972, NJ 1973, 60). Indien de reden van het niet werken aan de schuld van een van beide partijen is te wijten, komt men verder niet toe aan de vraag in wiens risicosfeer dit valt. Een voorbeeld van schuld aan werknemerszijde is het ondergaan van gevangenisstraf of te laat komen. Systematisch beschouwd is het niet vreemd wanneer schorsingen wegens misdragingen van de werknemer hiermee op een lijn worden gesteld. Een voorbeeld: de werknemer die de avond tevoren te diep in het glaasje heeft gekeken, kan twee dingen doen: indien hij zijn roes uitslaapt en pas 's middags op het werk komt, heeft hij geen recht op loon. Verschijnt hij wel, terwijl hij nog voldoet aan de 'trias alcoholica', dan zal de werkgever hem schorsen en moet het loon volgens de leer van dit arrest worden doorbetaald. Een ongerijmde consequentie.

Loondoorbetaling en collectieve actie

Loondoorbetaling was ook aan de orde in twee uitspraken betreffende collectieve actie. Het ging daarbij om de door vakorganisaties georganiseerde treinstakingen van april 2001 en de gratis-openbaarvervoer-actie van april 2002. De uitspraken zijn interessant omdat er na de vele arresten met betrekking tot loondoorbetaling bij collectieve actie van de Hoge Raad (HR 10 november 1972, NJ 1973, 60; HR 21 december 1973, NJ 1974 142; HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55; HR 25 januari 1980, NJ 1980, 282 en HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688) vrijwel geen lagere rechtspraak is over het recht op loondoorbetaling aan werkwilligen of stakers. Deze arresten plaatsen het vraagstuk van loondoorbetaling tijdens collectieve

actie eveneens in het kader van de artikelen 7:627 en 628 BW.

De eerste zaak betreft een vonnis van de Kantonrechter te Utrecht inzake de treinstakingen (Ktr. Utrecht 4 september 2002 en 19 maart 2003, JAR 2003/99). Eisers waren FNV Bondgenoten en VVMC, alsmede zeven leden van die organisaties, die niet gestaakt hadden, maar evenmin de in het kader van een noodrooster opgedragen werkzaamheden hadden verricht. De rechtvaardiging daarvoor vonden de betrokken personeelsleden in het feit dat de werkzaamheden krachtens het noodrooster niet tot de bedongen arbeid behoorden en 'besmet werk' betroffen, terwijl men daartoe krachtens de CAO niet kan worden verplicht. De Kantonrechter wijst de vordering op grond van artikel 7:628 BW af omdat de staking er een van het type is waarbij alle lonen mogen worden ingehouden, derhalve ook die van de werkwilligen (het type klassieke arbeidsvoorwaardenstaking, geïnitieerd door de vakorganisatie). Vervolgens wijst de Kantonrechter de loonvordering op de subsidiaire grondslag van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) toe. Daartoe overweegt hij dat deze norm rechtstreeks van toepassing is op de verhouding tussen de NS en de werknemers, terwijl op de verhouding tussen de NS en de bonden het beginsel van redelijkheid en billijkheid geldt. De bonden en de werknemers hadden aangevoerd dat de NS bij eerdere stakingen alleen loon van stakers inhield en niet dat van werkwilligen. De Kantonrechter is van oordeel dat *'de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid in het stakingsrecht een (duidelijke) rol kan spelen, omdat, waar van de bonden verlangd mag worden dat zij bij de aanzegging zorgvuldig optreden, ook van de werkgever mag worden verlangd dat zij de bonden en de werknemers, zeker indien voordien na een staking altijd de lonen zijn doorbetaald, niet in het ongewisse laat omtrent de beslissing of de lonen van bepaalde categorieën van werknemers wel of niet zullen worden betaald'*. Deze uitspraak is van belang omdat hierin een algemene regel valt te lezen dat een werkgever zich voorafgaand aan de staking moet uitlaten over het recht op loondoorbetaling van verschillende categorieën werknemers (stakers, werkwilligen en de in deze uitspraak aangeduide categorie 'niet-werkwilligen'), op straffe van verval van zijn recht loon in te houden. Het is echter de vraag of die regel (altijd) opgaat. De loonvordering wordt toegewezen op grond van goed werkgeverschap. De Hoge Raad heeft een dergelijke grondslag voor een loonvordering erkend in het Agfa-arrest (HR 8 april 1994, NJ 1994 704; JAR 1994/94). Het roept de vraag op in welke gevallen een loonvordering op grond van artikel 611 toewijsbaar is, terwijl hij op grond van artikel 628 is afgewezen. In dat kader is het opvallend dat de kantonrechter de vordering toekent op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daar waar een vordering op grond van de wet (artikel 7:628 BW) in beginsel dient te worden afgewezen, zou toch eigenlijk alleen de *beperkende* werking van de redelijkheid en billijkheid (en van het goed werkgeverschap) een toewijzende vordering moeten kunnen dragen.

In het arrest van Het Hof Amsterdam 9 januari 2003 (JAR 2003/34) was de gratis vervoeractie van FNV en de CNV Bedrijvenbond aan de orde. De deelnemers hadden op 11 t/m 14 april 2002 gratis openbaar vervoer aangeboden aan de passagiers. In dat kader zouden de bussen wel rijden, maar zouden er geen kaartjes worden gekocht en gecontroleerd. De Voorzieningenrechter had de vordering van de werkgevers om de actie te verbieden reeds afgewezen. Het Hof bevestigt die uitspraak. De kern van het geschil in hoger beroep betrof de vraag of de werkgevers onevenredige schade hadden geleden. Het Hof merkt de hier

bedoelde actie aldus aan dat enerzijds een deel van de werkzaamheden wordt verricht, maar anderzijds de verkoop van vervoersbewijzen wordt gestaakt. De werkgevers voerden onder andere aan dat zij enerzijds wel inkomsten missen, maar anderzijds niet eenvoudig kunnen vaststellen of, en zo ja in welke mate en volgens welke maatstaven de salarissen van de werknemers gekort kunnen worden. Daardoor dreigt het machtsevenwicht tussen partijen verstoord te worden. De werknemers hoeven aldus, nog steeds in de visie van de werkgevers, geen enkel offer te brengen voor de gekozen activiteit, hetgeen unfair is jegens de werkgevers. Het Hof oordeelt op dit punt evenwel dat het 'buiten redelijke twijfel' staat dat bij een dergelijke activiteit 'een salariskorting van 50% in ieder geval gerechtvaardigd zou zijn geweest'. Hier wordt nog aan toegevoegd dat, gelet op het type staking, de werkgevers gerechtigd waren geweest bij het salaris korting toe te passen op het gehele personeel, ongeacht de vraag of iedere werknemer daadwerkelijk aan de actie zou hebben deelgenomen. Dit is een toepassing van het NS-arrest (HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688). Hierin is geoordeeld dat een redelijke wetstoepassing ertoe kan leiden dat een werkgever die wordt geconfronteerd met het personeel dat, in het kader van dergelijke collectieve acties, geheel of in telkens wisselende delen niet naar behoren of niet volledig presteert en daardoor zijn bedrijf ontwricht ziet, zijnerzijds tegenover het gehele personeel wordt ontheven van zijn verplichting het loon over de betrokken periode volledig door te betalen.

Collectieve actie

Naast loondoorbetalingsperikelen moesten diverse Voorzieningenrechtters zich het afgelopen halfjaar uitspreken over stakingen van o.m. treinschoonmakers, particulier ambulancepersoneel en medewerkers van een distributiecentrum van de supermarkten Aldi. In laatstgenoemde zaak ging het om een wilde staking naar aanleiding van het treffen van maatregelen tegen 2 medewerkers van het distributiecentrum (Vzng. Rb. Utrecht 16 juli 2003, JAR 2003/193). Naar de mening van de stakers pasten deze maatregelen van Aldi in het slechte arbeidsklimaat bij het distributiecentrum. Deze werd door hen als 'intimiderend en feodaal' omschreven. De FNV, die de staking overnam, stelde een aantal eisen, waaronder het opheffen van de disciplinaire maatregelen tegen de betrokken personeelsleden. De Voorzieningenrechter Utrecht verbiedt de staking nu het, kort gezegd, geen belangenconflict betreft dat valt onder de bescherming van artikel 6 lid 4 ESH. In het algemeen is er volgens de Voorzieningenrechter geen sprake van een dergelijk door het ESH bestreken geschil indien het gaat om een maatregel die tegen een individuele werknemer is genomen. Dit is anders indien de maatregel niet zozeer zijn grondslag vindt in het functioneren van de werknemer zelf, maar rechtstreeks verband houdt met onderliggende feiten en omstandigheden, welke binnen de organisatie van de werkgever in redelijkheid als een collectief geschil kunnen worden aangemerkt.

Hoewel Aldi erkent dat er spanningen zijn, betwist zij dat de maatregelen tegen de personeelsleden voortkomen uit die spanningen. De Voorzieningenrechter volgt die stelling, nu er sprake is van verschillende sancties tegen de personeelsleden en de maatregelen op basis van verschillende feitencomplexen zijn genomen. Men kan bij dit oordeel de kanttekening maken dat kennelijk geen gewicht wordt toegekend aan het feit dat ongeveer de helft van het gehele personeelsbestand van het distributiecentrum (80 van de 190) wél een duidelijke link zag met het klimaat in de onderneming. De vraag is hoe streng de

rechter moet zijn bij het aannemelijk achten dat de staking niet alleen op de individuele zaak is gericht. De rechter past enige terughoudendheid bij het concluderen dat het collectieve belang ontbreekt, zeker als het collectief door zijn actie toont het belang aanwezig te zien. In dat verband valt nog te wijzen op het feit dat het Comité van Deskundigen onlangs Nederland op de vinger tikte omdat de rechtsspraak van de Hoge Raad niet in overeenstemming met artikel 6 lid 4 ESH is, zie Conclusions XVI-1, Netherlands (Kingdom in Europe) art. 6, p. 447.

Stakingrecht komt ook uitgebreid aan de orde in een recent verschenen monografie van A.T.J.M. Jacobs (*Collectief Arbeidsrecht*, Monografieën Sociaal Recht 28, Deventer: Kluwer 2003).

Concurrentiebeding

In zijn arrest van 4 april 2003 maakte de Hoge Raad een einde aan een tweetal kwesties die de afgelopen jaren speelden rond het concurrentiebeding. Het ging in de zaak om een werknemer die op detachingsbasis automatiseringswerkzaamheden verrichtte en een concurrentiebeding had aanvaard. Een dergelijke detachering (te kwalificeren als: terbeschikkingstelling) wordt naast titel 7.10 BW bestreken door de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs ('Waadi'). De voorganger van deze per 1 juli 1998 in werking getreden wet was de Arbeidsvoorzieningswet ('Avw'). Ingevolge artikel 93 lid 1 Avw was het de werkgever van de ter beschikking gestelde verboden hem een belemmering in de weg te leggen om met derden een arbeidsverhouding aan te gaan. Een dergelijk verbod kent de Waadi niet. Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag opgeworpen of dit niet nodig was. De Minister reageerde afwijzend op die suggestie en stelde dat dit niet meer nodig was 'omdat op grond van het algemeen overeenkomstenrecht partijen beschermd zijn tegen onredelijk bezwaar met bedingen die door de rechter vernietigd kunnen worden'. De Minister leek hier te doelen op de regels met betrekking tot algemene voorwaarden, maar die zijn blijkens artikel 6:245 BW niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten. De vraag kon gesteld worden waar nu precies door de Minister op was gedoeld. Dat is, zo bevestigt de Hoge Raad, artikel 7:653 BW. Overigens volgt uit hetzelfde arrest dat bedingen die vóór 1 juli 1998 tot stand zijn gekomen in het kader van een arbeidsverhouding die viel onder de Avw, vernietigbaar zijn.

In de tweede plaats oordeelt de Hoge Raad dat artikel 7:650 BW, betreffende het boetebeding, niet van toepassing is op de boete die in het kader van een concurrentiebeding wordt afgesproken. Onder vigeur van titel 7A:7A, dat de arbeidsovereenkomst voor 1 april 1997 regelde, was dit de heersende leer. Er was echter na inwerkingtreding van titel 7.10 BW enige lagere rechtspraak die oordeelde dat boetes in het kader van concurrentiebedingen getoetst dienden te worden aan artikel 7:650 BW (onder meer Hof Leeuwarden 24 juni 1998, JAR 1998/51). De Hoge Raad oordeelt evenwel dat bij de inwerkingtreding van het nieuw BW in het arbeidsrecht geen materiële wijziging was beoogd aan te brengen in de regeling omtrent het boetebeding en het concurrentiebeding. Dit oordeel kwam bovendien overeen met het standpunt van de meerderheid van de literatuur. ■