



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Kroniek van het sociaal recht**

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

### **Citation**

Heerma van Voss, G. J. J., & Slooten, J. M. van. (2008). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, (34), 2137-2144. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13589>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13589>

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

# Kroniek van het sociaal recht

Guus Heerma van Voss en Jaap van Slooten<sup>1</sup>

IN DE EEUWIGDURENDE DISCUSSIE OVER DE HERZIENING VAN HET ONTSLAGRECHT IS DE *UITSLUITENDE* WERKING ALS NIEUW ARGUMENT OPGEKOMEN. HET HOF VAN JUSTITIE HAD IN HET ARREST *COLEMAN* GOED NIEUWS VOOR MANTELZORGERS VAN GEHANDICAPTEN. IN HET ARREST *PHILIPS/OOSTENDORP* KOOS DE HOGE RAAD VOOR DE VOOR DE WERKGEVER MEEST PRAKTISCHE, MAAR DAARDOOR VOOR DE WERKNEMER MEEST ONDUIDELIJK VARIANT. EN VERDER WAREN ER NIEUWE ONTWIKKELINGEN OP HET GEBIED VAN DE SITUATIEVE ARBEIDSONGESCHIKTHEID, VERKEERSBOETES EN ONTBINDING EN OPTIESCHADE.

De wetgever deed het afgelopen jaar op het gebied van het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht weinig. Het wachten is op de uitwerking van de plannen van de Commissie Bakker, die dit voorjaar advies uitbracht over de bevordering van de arbeidsparticipatie. Dit najaar zal kunnen worden verwacht in hoeverre het kabinet naast een aantal kleinere punten voor de korte termijn ook de langere termijnplannen van de Commissie gaat voorbereiden.<sup>2</sup> Dit betreft onder meer een herziening van het ontslagrecht, waarbij de werkgever tijdens een zogenoemd transferfase werknemers naar ander werk moet begeleiden. Een aanpak die lijkt op de re-integratie van zieke werknemers.

De rechtspraak gaf dit voorjaar een groot aantal interessante arresten te zien, zowel internationaal (discriminatie) als nationaal, op het gebied van onder meer wijziging van arbeidscontracten, en het schriftelijkheidsvereiste van het concurrentiebeding, situatieve arbeidsongeschiktheid, het verhaal van verkeersboetes, de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en de – onvermijdelijke – zoveelste uitspraak over de Baijings-leer.

## Uitdijning van de personele werkingssfeer van het arbeidsrecht

De personele werkingssfeer van het arbeidsrecht is plotseling weer een actueel thema. In het kader van de eeuwigdurende discussie over de herziening van het ontslagrecht is de *uitsluitende werking* als nieuw argument opgekomen. De gedachte is simpel: door werknemers steeds meer rechten te geven wordt de drempel steeds groter voor een werkgever om nieuwe werknemers tot dit 'walhalla' toe te laten. Om die reden zal, zo is de hypothese althans, steeds meer worden gezocht naar andere arrangementen, die aanmerkelijk minder aantrekkelijk zijn. Gedacht moet

dan worden aan contracten voor bepaalde tijd, overeenkomsten van opdracht of uitzendrelaties. Hier kan worden gewezen op een tegengestelde ontwikkeling: enerzijds gebruikt de Nederlandse wetgever de arbeidsovereenkomst in toenemende mate als een drager van sociale politiek. De wet Arbeid en Zorg is hiervan een goed voorbeeld. Anderzijds ontwaren onderzoekers een toenemende neiging tot flexibilisering.<sup>3</sup> Ook in de voorstellen van Minister Donner en de commissie Bakker en in het Flexsecurity project van de Europese Commissie komt deze uitsluitende werking aan de orde.

## Gelijke behandeling

### De zaak Coleman

Ook in de rechtspraak kwam het thema van de personele werkingssfeer van het arbeidsrecht op diverse plaatsen aan de orde. In de eerste plaats heeft het Hof van Justitie op 17 juli 2008 een belangrijk arrest gewezen. In de zaak Coleman is de werkingssfeer van het Europese discriminatierecht uitgebreid tot situaties waarin de werknemer niet

#### Auteur

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad. Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en medewerker van dit blad.

#### Noten

- Zie voor een eerste reactie de Brief van Minister Donner d.d. 27 juni 2008, *Kamerstukken II 2007/08*, 29 544, nr. 158.
- Robert Knegt (ed.), *The employment contract as an exclusionary device. An analysis on the basis of 25 years of developments in the Netherlands*, Antwerpen: Intersentia 2008.

## Door werknemers steeds meer rechten te geven, zou de drempel steeds groter worden voor een werkgever om nieuwe werknemers tot dit 'walhalla' toe te laten

zelf voldoet aan een door dit recht beschermd persoonskenmerk, maar iemand met wie hij of zij een nauwe band heeft.

De feiten in deze zaak zijn snel verteld: een secretaresse op een advocatenkantoor bevalt in 2002 van een zoon die lijdt aan apneu-aanvallen en aangeboren laryngomalacie en bronchomalacie. De gezondheidstoestand van haar zoon vereist gespecialiseerde en bijzondere verzorging. Coleman is zijn voornaamste verzorger. Op 4 maart 2005 neemt Coleman vrijwillig ontslag. Later dat jaar stelt zij evenwel beroep in bij het Employment Tribunal met de stelling dat er sprake is van *constructive unfair dismissal*. Zij stelt minder gunstig te zijn behandeld dan andere werknemers, op grond van het feit dat zij de zorg heeft over een gehandicapt kind. Tevens stelt zij dat zij als gevolg van deze behandeling ertoe gedwongen is geweest haar arbeidsovereenkomst te beëindigen. Coleman noemt een aantal pittige staaltjes van de behandeling die haar ten deel is gevallen, waaronder:

- Coleman heeft niet dezelfde flexibele werkuren en dezelfde arbeidsomstandigheden gekregen als haar collega's met niet gehandicapte kinderen.
- Coleman is als 'lui' bestempeld toen zij vrij wilde nemen om voor haar kind te zorgen.
- Er zijn misplaatste en beledigende opmerkingen gemaakt over haarzelf en haar kind.
- Verzoeken om vrij werden strenger behandeld dan van anderen.
- Ook te laat komen in verband met de toestand van haar kind werd veel kritischer bejegend dan het te laat komen van collega's.

Het Employment Tribunal komt niet toe aan de vraag of deze feiten juist zijn, maar stelt eerst prejudiciële vragen, erop neerkomende of het in de Richtlijn 2000/78/EG neergelegde discriminatieverbod ook betrekking heeft op gevallen waarin een werknemer zelf geen handicap heeft, maar op grond van een band met de gehandicapte minder gunstig wordt behandeld dan zijn collega's. In navolging van A-G Poiras Maduro beantwoordt het Hof die vraag bevestigend.<sup>4</sup> De motivering van het Hof komt er kort gezegd op neer dat de bepalingen van Richtlijn 2000/78 geen beperking bevatten tot personen die zelf een handicap hebben in de zin van de richtlijn. In tegendeel, aldus het Hof, de richtlijn richt zich juist op de bestrijding van 'alle vormen van discriminatie op grond van handicap'. Er zijn weliswaar enkele bepalingen van Richtlijn 2000/78 die blijkens hun bewoordingen uitsluitend voor gehandicapte personen gelden, maar het gaat daarbij hetzij om maatregelen van positieve discriminatie, hetzij om specifieke maatregelen die zinledig zouden zijn of onevenredig indien zij niet waren beperkt tot personen met een handicap. De doelstellingen van Richtlijn 2000/78 en het nuttige effect hiervan zou in het gedrang komen indien een werknemer zich niet kan beroepen op het verbod van

directe discriminatie wanneer is aangetoond dat hij minder gunstig is behandeld dan een andere werknemer in een vergelijkbare situatie op basis van handicap van zijn kind, terwijl deze werknemer zelf niet gehandicapt is.

Voor mantelzorgers is dit uiteraard geweldig nieuws. De vraag die opkomt is of het tot mantelzorgers van gehandicapten beperkt blijft. Wij denken dat dat niet het geval is. De motivering van het Hof biedt ruimte om deze ook toe te passen op andere gronden, zoals leeftijd, geslacht of religie. Zoals A-G Poiras Maduro in een overigens zeer fraaie conclusie opmerkt: 'De richtlijn werkt op het niveau van gronden van discriminatie' en niet op het niveau van personen. Een andere opvatting zou, aldus de A-G, leiden tot een beperking van het vermogen van personen met een verdacht kenmerk om hun autonomie uit te oefenen. De A-G noemt het voorbeeld van iemand die trouwt met een persoon die een bepaalde religie aanhangt en wordt gediscrimineerd op grond van de religieuze overtuiging van zijn echtgenoot. Andere situaties laten zich eenvoudig bedenken. Is mantelzorg voor hoogbejaarde ouders niet iets dat potentieel onder het verbod op leeftijdsdiscriminatie valt? Aldus bezien is met dit arrest een bron van afdwingbare rechten gecreëerd dat doet denken aan hetgeen voor ons land al is neergelegd in de Wet Arbeid en Zorg. Wellicht is dit met name voor andere landen relevant. Hier zal de komende jaren nog wel mee geworsteld worden.<sup>5</sup>

Een ander gebied waarin de personele werkingssfeer van het arbeidsrecht aan de orde is, betreft de werking van collectieve regelingen ten aanzien van gepensioneerde werknemers. In de praktijk ziet men zaken over de afschaffing van de werkgeversbijdrage ziektekostenverzekering. Deze bijdrage was in veel cao's en andere collectieve regelingen opgenomen totdat de Zorgverzekeringswet in werking trad. Deze voorzag in de toekenning van een wettelijke werkgeversbijdrage, die evenwel niet voor gepensioneerden gold. Veel bedrijven kenden de regeling dat werknemers na hun pensioen aanspraak konden blijven maken op de werkgeversbijdrage. Veel ondernemingen hebben getracht deze bijdrage na invoering van de Zorgverzekeringswet af te schaffen. Dat heeft inmiddels tot tientallen procedures geleid.<sup>6</sup> In een aantal gevallen heb-

### Is mantelzorg voor hoogbejaarde ouders niet iets dat potentieel onder het verbod op leeftijdsdiscriminatie valt?

ben die bedrijven afspraken op dit vlak vastgelegd in een cao, die ook van toepassing was op werknemers die ten tijde van de afsluiting gepensioneerd waren. Een ander voorbeeld betreft de beperking van de indexatie van het pensioen. Ook daar wordt veel over geprocedeerd.<sup>7</sup> De uitsluitend lagere rechtspraak op dit punt was tot voor kort afwijzend tegen de gedachte dat een cao reeds gepensioneerde werknemers kon binden.<sup>8</sup> Het lijkt erop alsof er recent een tegenstroming op gang is gekomen.<sup>9</sup> Dit is een belangrijke rechtspolitieke vraag die de gemoederen de komende jaren nog flink zal bezighouden. Los van de vraag of de Wet CAO nu wel of niet ruimte biedt voor binding van gepensioneerden, moet worden vastgesteld dat daar niet echt aan is gedacht in 1927. Gepensioneerden beschikken niet over het stakingswapen. Bovendien kan men zich afvragen hoe gepensioneerden, die niet lid zijn van een (vak)organisatie gebonden kunnen raken aan een regeling.

### Bevruchte eicellen

Om nog even bij het thema te blijven: in vitro bevruchte eicellen vallen buiten de werking van het gelijke behandelingsrecht. Aldus oordeelde het Hof van Justitie in een Oostenrijkse zaak.<sup>10</sup> De feiten luisteren hier zeer nauw:

- Op 8 maart 2005 wordt bij Mayr een eicelpunctie verricht.
- Diezelfde dag worden de eicellen in vitro bevrucht met het zaad van haar partner.
- Op 10 maart wordt Mayr ontslagen met ingang van 26 maart.
- Op 13 maart worden de bevruchte eicellen in haar baarmoeder geplaatst.

Vraag: was Mayer zwanger ten tijde van het ontslag? De prejudiciële vraag van de Oostenrijkse rechter ziet toe op de uitleg van artikel van Richtlijn 92/85, dat ontslag van werknemers gedurende de periode *vanaf het begin van hun zwangerschap* verbiedt. Het Hof oordeelt op grond van het rechtszekerheidsbeginsel dat de bescherming van deze richtlijn zich niet uitstrekt tot een werkneemster bij wie op de dag van de aanzegging van haar ontslag de in vitro bevruchte eicellen nog niet in de baarmoeder zijn geplaatst. Het Hof wijst daarbij op de praktijk in verschillende lidstaten die het mogelijk maakt om bevruchte eicellen gedurende kortere of langere tijd te bewaren (in Oostenrijk zelfs maximaal tien jaar). Er is geen duidelijke

## Gepensioneerden beschikken niet over het stakingswapen

grens te stellen, waardoor zelfs een terugplaatsing die verscheidene jaren wordt uitgesteld leidt tot ontslagbescherming. Dat gaat het Hof te ver.

Wel oordeelt het Hof dat een ontslag waarvoor de voornaamste reden is dat de vrouw zich in een vergevorderd stadium van een IVF-behandeling bevindt, in strijd is met Richtlijn 76/207/EEG omdat alleen vrouwen een dergelijke behandeling kunnen ondergaan. Of een dergelijke reden aan het ontslag in casu ten grondslag heeft gelegen is onduidelijk en zal door de verwijzende rechter moeten worden beantwoord, aldus het Hof. Er is op gewezen dat dit deel van de uitspraak de deur opent naar een bredere bescherming van vrouwen die een IVF-behandeling ondergaan. Ook als zij vrij nemen voor een dergelijke behandeling kan dat als benadeling worden gezien die alleen vrouwen treft. De Hoge Raad zal mogelijk niet geporteerd zijn van een dergelijke extensieve interpretatie van het gelijkebehandelingsrecht, getuige het principiële arrest op grond waarvan vrouwelijke zelfstandigen geen gelijke behandeling kunnen claimen in verhouding tot mannen als het gaat om de voorwaarden van een arbeidsongeschiktheidsverzekering die ook zwangerschap en bevalling dekt.<sup>11</sup>

### Rassendiscriminatie

Om nog even te blijven in de sfeer van beschermde personen: ook als er geen identificeerbaar slachtoffer is van rassendiscriminatie, kan er sprake zijn van overtreding van Richtlijn 2000/43 en dient er een nationale bepaling te zijn waarbij doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties zijn gesteld. Het ging hier om een Belgische installateur van kantelportalen. De eigenaar van het bedrijf had, enigszins indirect, verklaard dat zijn klanten geen allochtonen als monteur over de vloer wilden en dat hij er niet aan ontkwam die wensen te honoreren omdat hij anders aan het einde van het jaar de omzet niet haalde. Het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding vraagt de Belgische arbeidsrechter vast te stellen dat het bedrijf een discriminerend aanwervingsbeleid voert. Het Hof van Justitie stelt vast dat een werkgever die publie-

## In vitro bevruchte eicellen vallen buiten de werking van het gelijke behandelingsrecht

### Noten

4. HvJ EG 17 juli 2008, JAR 2008/208.

5. Overigens sluit het komende arrest aan bij de wijze waarop de Commissie Gelijke Behandeling uitleg geeft aan de WGBH/CZ; zie daartoe bijvoorbeeld CGB 23 november 2006, oordeel 206-227.

6. Ktr. Leiden 9 augustus 2006, JAR 2006/219; Ktr. Delft 30 november 2006,

JAR 2007/6; Ktr. Delft 15 maart 2007, rolnr. 06/5957; Ktr. Arnhem 9 juli 2007, LJN BA9532; Ktr. Utrecht 16 januari 2008, JAR 2008/48; Ktr. Deventer 8 maart 2007, JAR 2007/99; Ktr. Den Haag 1 mei 2007, LJN BA8424; Hof Arnhem 26 juni 2007, LJN BA9573; Ktr. Utrecht 21 november 2007, JAR 2008/5; Ktr. Den Haag 5 december 2007, JAR 2008/1.

7. Ktr. Arnhem 17 december 2007, 486406CV EXPL 07-2115IHK/198/HK.

8. Ktr. Meppel 27 januari 2005, JAR 2005/260; Rb. Middelburg 9 november 2003, JAR 2003/291 en Rb. Arnhem (pres.)16 april 2004, LJN AO7711.

9. Ktr. Amsterdam 18 december 2007, PJ 2008/17; Ktr. Arnhem 9 juli 2007, PJ 2008/72 en Ktr. Utrecht 21 november

2007, JAR 2008/5. Zie nader over dit thema M.F. Baltussen, 'Gepensioneerden aller bedrijven verenigt u?', SMA 2008, p. 82 e.v. (afl. 2).  
10. HvJ EG 26 februari 2008, JAR 2008/93; RAR 2008, 61.  
11. Zie HR 11 juli 2008, RvdW 2008, 726.

kelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, directe discriminatie bij aanwerving begaat, aangezien dergelijke verklaringen voor bepaalde kandidaten een ernstige reden kunnen zijn om niet te solliciteren. In casu gaat het dan om feiten die in ieder geval een vermoeden van onderscheid opleveren. De werkgever zal dan dienen te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden. Het Centrum dat hier de zaak had aangespannen was ingesteld bij de Belgische wet ter implementatie van artikel 13 van Richtlijn 2000/43. Op dezelfde grondslag is bij ons de Commissie Gelijke Behandeling ingesteld. Daarnaast schrijft artikel 7 van dezelfde Richtlijn voor dat verenigingen of organisaties in de gelegenheid worden gesteld om namens of ter ondersteuning van klagers naleving van de Richtlijn af te dwingen. Het Hof gaat ook in op de vraag of er sprake moet zijn van een identificeerbaar slachtoffer. Hoewel diverse bepalingen uit de Richtlijn wel veronderstellen dat er een slachtoffer is, staat dat niet aan de conclusie in de weg dat er sprake is van directe discriminatie. Op grond van artikel 7 en artikel 13 dienen verenigingen en/of bij wet ingestelde organisaties in de gelegenheid te zijn een gerechtelijke procedure in te stellen. In Nederland biedt de Algemene Wet Gelijke Behandeling (art. 15) de grondslag voor de Commissie Gelijke Behandeling om in rechte een vordering in te stellen.

In overeenstemming met de tekst van de Richtlijn en eerdere jurisprudentie dienen de sancties onder meer voldoende doeltreffend te zijn. Het Hof wijst erop dat de Richtlijn niet bepaalde sancties voorschrijft, maar wel eist dat deze aan onder meer de eis van doeltreffendheid voldoen. Het Hof noemt een aantal sancties op, waaronder:

- bekendheid geven aan de vaststelling dat sprake is van discriminatie, waarbij de kosten van de bekendmaking ten laste van de werkgever worden gelegd;
- het gebod om de vastgestelde discriminerende praktijk te beëindigen, eventueel verstrekt met een dwangsom;
- toekenning van schadevergoeding aan het orgaan dat de procedure heeft gevoerd.

Dit laatste is interessant. Artikel 15 AWGB voorziet nu niet in de mogelijkheid dat de Commissie Gelijke Behandeling of een vereniging op grond van artikel 7 van de Richtlijn schadevergoeding vordert. Overigens maakt de Commissie überhaupt nooit gebruik van de bevoegdheid in dit artikel gegeven. Artikel 3:305 a (collectieve actie) biedt wel de mogelijkheid om een verklaring voor recht die openbaar wordt gemaakt. Schadevergoeding in geld is echter uitdrukkelijk uitgesloten (art. 305 a lid 2 BW). Is dit nu in strijd met Europees Recht? Nee, zouden wij zeggen. Het Hof wijst erop dat de lidstaten de vrije keus hebben. Overigens heeft de Commissie Gelijke Behandeling ook nu wel de mogelijkheid om haar oordelen openbaar te maken, zonder dat de gebruikelijke anonimisering wordt toegepast.

Hoewel de uitspraak geen mogelijkheden opent die niet reeds in de Nederlandse Wetgeving zijn voorzien, kan zij vermoedelijk wel een impuls vormen voor anti-discriminatiebureaus om meer in de structurele zin iets te doen aan rassendiscriminatie. Geheel impliciet in de uitspraak wordt ook erkend dat de mededeling dat discriminerende klanten zullen worden gehoorzaamd neerkomt op discriminatie. Ook dat mag wel weer eens gezegd worden.

## Inhoud arbeidsovereenkomst

### Concurrentiebeding en schriftelijkheidsvereiste

Toen de wet in 1907 eenvoudig bepaalde dat een concurrentiebeding schriftelijk moest worden overeengekomen, wisten de meeste mensen wel wat dat betekende. Contracten waren kort en nog te overzien. Tegenwoordig kan men echter concurrentiebedingen op allerlei plaatsen tegenkomen. Niet alleen in een schriftelijke arbeidsovereenkomst, maar ook in aparte arbeidsvoorwaarden. De vraag dient zich dan ook vaak aan of het ook voldoende is dat de werknemer een overeenkomst tekent die verwijst naar de arbeidsvoorwaarden waarin het concurrentiebeding is opgenomen en zo ja, of de arbeidsovereenkomst dan specifieke de aandacht op het beding moet vestigen. Het gevaar is immers groot dat de werknemer de arbeidsvoorwaarden niet volledig leest en daarmee ongemerkt instemt met het beding. In het arrest *Philips/Oostendorp* heeft de Hoge Raad gekozen voor de voor de werkgever meest praktische, maar daardoor voor de werknemer meest onduidelijke variant. Het is voldoende dat de werknemer de overeenkomst tekent, ook als niet specifiek daarin wordt vermeld dat hij ook een concurrentiebeding aanvaardt. Dit ligt slechts anders, indien de arbeidsvoorwaarden niet schriftelijk zijn bijgevoegd. Ook het ondertekenen door de werknemer van enig geschrift waarin een concurrentiebeding als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden voorkomt is voldoende. Als reden voor deze beslissing geeft de Hoge Raad dat hiermee is voldaan aan de gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 7:653 BW, namelijk dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen.<sup>12</sup>

A-G Verkade had geopteerd voor een werknemersvriendelijker variant, waarin het begeleidende geschrift uitdrukkelijk moet verwijzen naar het concurrentiebeding. Verkade verwijst ook naar de moderne vormen van verwijzing naar documenten via e-mail, hyperlink of deeplink. Deze moderne vormen van publicatie van documenten roepen overigens wel mogelijke bewijsproblemen op indien in een later stadium moet worden vastgesteld, welke versie van welk document nu eigenlijk is aanvaard. De partijen zouden er bij toepassing van deze moderne communicatiemiddelen waarschijnlijk goed aan doen om het concurrentiebeding uit te printen en aan de overeenkomst te hechten alvorens deze te archiveren. Gezien dit belang, is het misschien maar goed dat de Hoge Raad niet op deze overpeinzingen is ingegaan. Want het is dan toch maar beter dat wordt vastgehouden aan de klassieke methode, dat de werknemer alles wat hij aanvaardt op papier moet hebben gekregen van de werkgever. Om later te kunnen bewijzen dat hij het arbeidsvoorwaardenreglement echt had bijgevoegd, doet de werkgever er overigens toch verstandig aan om ook de bijlage door de werknemer te laten tekenen.

Inmiddels blijft de vraag of de bedoeling van de wetgever van titel 7.10 NBW met het arrest wel recht wordt gedaan. Deze heeft immers willen uitsluiten dat een concurrentiebeding bij cao kon worden gesloten, teneinde te benadrukken dat de werknemer zich er individueel van bewust moet zijn dat hij bij indiensttreding een concurrentiebeding aanvaardt. Formeel wordt daar nu aan

voldaan, doordat de werknemer voor het beding tekent, maar bij plaatsing van het beding in een begeleidende arbeidsvoorwaardenregeling zonder nadere waarschuwing, zal menig werknemer zich daarvan toch niet bewust zijn. Daarbij komt dat algemeen geformuleerde concurrentiebedingen in arbeidsvoorwaardenregelingen doorgaans veel ruimer worden geformuleerd dan nodig is voor de iedere aparte werknemer. Indien men de werkgever verplicht het concurrentiebeding individueel in de arbeidsovereenkomst overeen te komen, opent dit de weg voor onderhandelingen over de reikwijdte ervan. Om die reden zal dit arrest een bijdrage vormen aan een eerder te ruim gebruik van concurrentiebedingen, terwijl wij – na het echech van het wetsvoorstel dat hiertoe voorstellen deed – eerder zouden mogen hopen dat de rechtspraak zou stimuleren tot een bewuster en beperkter gebruik van dit niet alleen voor de werknemer maar ook voor de goede werking van de arbeidsmarkt bezwarende beding.

### Wijziging van de arbeidsovereenkomst

Tien jaar geleden deed de Hoge Raad een spraakmakende uitspraak in de *Taxi Hofman*-zaak. Hij overwoog toen dat een goede werknemer op redelijke voorstellen van zijn 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 kon worden gevergd.<sup>13</sup> Die uitspraak veroorzaakte veel commotie in de wereld van het arbeidsrecht. Enerzijds werd het in het algemeen juist geacht dat ook van de werknemer zonnodig inschikkelijkheid mag worden verwacht indien dit noodzakelijk is. Doch anderzijds leek de omschrijving wel erg veel ruimte te bieden aan de werkgever om de werknemer te dwingen tot een wijziging van het arbeidscontract, zonder de gebruikelijke waarborgen van het contractenrecht. Het royale gebruik van deze uitspraak door werkgevers en ook sommige rechters leverde veel kritiek op. De Hoge Raad heeft twee latere arresten gebruikt om deze tendens enigszins in de hand proberen te houden. In *Guitoneau* werd uitgemaakt dat de bezwaren van de werknemer grondig moesten worden onderzocht,<sup>14</sup> in het eerste *Mammoet*-arrest werd overwogen dat de werknemer mag opkomen voor wat hij als zijn rechten ziet bij dergelijke voorstellen van de werkgever.<sup>15</sup>

Gezien het mammoet-effect van de *Taxi Hofman*-leer is het aardig dat de Hoge Raad nu in een tweede *Mammoet*-arrest wederom geprobeerd heeft de eenzijdige toepassing van de *Taxi Hofman*-leer te matigen. De Hoge Raad overweegt nu 'dat bij de hier te hanteren maatstaf het accent niet eenzijdig moet worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en de ingrijpendheid

van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.' Daarmee krijgt de werkgever dus een hele checklist die hij moet nalopen alvorens hij een wijzigingsvoorstel aan de werknemer kan doen.

In deze zaak kreeg de Hoge Raad ook de kans om te doen wat hij in 1998 en daarna had nagelaten, namelijk om de plaats van de *Taxi Hofman*-leer ten opzichte van artikel 7:613 BW aan te geven. In dat begin 1998 ingevoerde artikel heeft de wetgever immers een zeer zware toets voorgeschreven bij het gebruik van een beding dat de werkgever de bevoegdheid geeft om de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Het zou wel vreemd zijn indien aan het gebruik van een te voren keurig overeengekomen wijzigingsbeding zwaardere eisen zouden worden gesteld dan aan het opdringen van een wijziging aan de werknemer zonder dat hierover tevoren afspraken zijn gemaakt. Volgens de Hoge Raad verschillen die situaties in die zin dat in de hier aan de orde zijnde situatie de werknemer 'in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Daarover moet tussen hen overeenstemming worden bereikt, ...' Ook met deze overweging wordt duidelijk dat 'positief ingaan' op voorstellen niet automatisch betekent dat deze moeten worden aanvaard. Het gaat er slechts om dat de werknemer serieus onderhandelt en voorstellen niet zonder meer verwerpt. Ook dit kan beschouwd worden als een aanmerkelijke terugdringing van het bereik van de *Taxi Hofman*-leer, vergeleken met wat tot voorheen door sommigen werd aangenomen.

Een in de arbeidsrechtelijke literatuur wel gedane suggestie is dat het wijzigingsbeding van artikel 7:613 BW op wijziging van collectieve regelingen betrekking zou hebben en de *Taxi Hofman*-leer op individuele contractswijzigingen. De Hoge Raad gaat in deze gedachtegang voorzichtig mee, door te overwegen dat artikel 7:613 BW de werkgever de bevoegdheid geeft eenzijdig een wijziging aan te brengen in de arbeidsvoorwaarden niet slechts ten opzichte van individuele werknemers, maar ten opzichte van verscheidene werknemers. In de praktijk zou een dergelijk onderscheid indien dit rigoreus werd toegepast weer nieuwe vragen oproepen naar de grens tussen beide situaties. Net zo min als de wetgever heeft gedaan, lijkt de Hoge Raad echter de toepassing van artikel 7:613 BW categorisch uit te sluiten voor individuele gevallen van contractswijziging.

De Hoge Raad ging niet in op de suggestie van het cassatiemiddel waarin werd bepleit de *Taxi Hofman*-leer aan te doen sluiten bij de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW. Dit zou meebrengen dat zou worden getoetst of afwijzing van het voorstel naar maatstaven van redelijkheid en bil-

### Noten

12. HR 28 maart 2008, *RvdW* 2008, 361, *JAR* 2008/113, *RAR* 2008, 75 (*Philips/Oostendorp*).

13. HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 767, *JAR* 1998/199 (*Van der Lely/Taxi Hofman*).

14. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 565, *JAR* 2000/120 (*Guitoneau/Midnet Tax*).

15. HR 14 november 2003, *NJ* 2004, 138, *JAR* 2003/296 (*Drie S-Invest/Mammoet*).

lijkheid onaanvaardbaar is. Dit zou de Taxi Hofman-leer in het civielrechtelijke wijzigingssysteem hebben ingebed. De Hoge Raad gaat echter niet op deze uitnodiging in. Opvallend is dat een motivering daarvoor ontbreekt. Er wordt slechts opgemerkt dat er 'geen grond' is voor deze afwijking. Waarna de wat beperkender interpretatie van de huidige leer wordt gegeven die hierboven werd aangehaald.<sup>16</sup>

Voor de praktijk blijft het toepassen van deze leer lastig. De werknemer wordt iets duidelijker beschermd dan vroeger, maar in elk concreet geval zal moeten worden beslist in hoeverre hij tot aanpassing bereid moet zijn. Het valt daarom te verwachten dat de rechtspraak zoekende zijn weg blijft vinden. Daarbij zullen twee nieuwe uitgaven behulpzaam zijn. De Laet publiceerde een omvangrijk overzicht van de jurisprudentie op dit gebied<sup>17</sup> en Bungeer promoveerde op een meer theoretische beschouwing over de relatie met het algemeen vermogensrecht.<sup>18</sup> In haar lezing voor het tiende Nationaal ArbeidsRecht Diner ging ook De Wolff op deze problematiek in.<sup>19</sup> Al deze publicaties konden echter nog geen rekening houden met het recente arrest.

### Situatieve arbeidsongeschiktheid

Situatieve arbeidsongeschiktheid is aan de orde wanneer er (i) sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, (ii) er bij de werknemer geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld (derhalve geen ziekte in de zin van artikel 7:629 BW), maar (iii) de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden. Deze drie elementen vormen de basis van de betekenis die de Hoge Raad in het arrest *Mak/SGBO* aan het – overigens consequent tussen aanhalingstekens geplaatste – begrip situatieve arbeidsongeschiktheid heeft gegeven.<sup>20</sup> Dat is geen verrassende definitie, maar wel de eerste keer dat de Hoge Raad het fenomeen als zodanig benoemt. De vraag is dan vervolgens of de werknemer aanspraak kan maken op loon gedurende die situatieve arbeidsongeschiktheid en of hij wegens werkweigering kan worden ontslagen.

De feiten waren als volgt. Mak was statutair directeur van SGBO, alwaar in een medewerkerstevredenheids-onderzoek kritiek te beluisteren was over zijn wijze van leidinggeven. Mak had zich naar aanleiding daarvan ziek gemeld, waarna een lange reeks gesprekken met mede directeuren, commissarissen, vertegenwoordigers van de aandeelhouders volgde, Mak een coach kreeg aangeboden en aanvankelijk steun kreeg toegezegd. Ondertussen werd de ziekmelding noch door de Arbo-arts aanvaard, noch door het UWV. Beide vonden dat Mak in ieder geval vanaf 11 augustus in staat was weer te werken. Mak weigerde evenwel op het werk te komen. In een op 8 september gehouden vergadering van aandeelhouders is Mak vervolgens ontslagen. De Hoge Raad formuleert een aantal voorwaarden waaraan de loonvordering van een situatieve arbeidsongeschikte werknemer moet voldoen wil zij voor toewijzing in aanmerking komen:

(i) De arbeidsomstandigheden dienen zodanig te zijn dat met het oog op de dreiging van psychische of lichamelijke klachten redelijkerwijs niet gevergd kan worden van de werknemer zijn werkzaamheden te verrichten.

- (ii) Dat die arbeidsomstandigheden zo zijn dient het gevolg te zijn van een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.
- (iii) De situatieve arbeidsongeschikte werknemer dient in een dergelijk geval alle medewerking te verlenen aan inspanningen die hierop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen.
- (iv) De werknemer dient feiten en omstandigheden te stellen zoonodig aannemelijk te maken.

De Hoge Raad stelt dus een aantal voorwaarden aan een loonvordering. Daarbij blijft onduidelijk wanneer de verstoorde arbeidsverhouding die de oorzaak vormt voor het wegblijven in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Dat geeft de rechter veel vrijheid om in een concreet geval de schuldvraag te beantwoorden. In de praktijk wordt die vraag vaak ontlopen door erop te wijzen dat niemand in overwegende mate schuld heeft. Men ziet geregeld oordelen waarbij in die fase het bestaan van een conflict wordt beschouwd als een oorzaak die voor rekening van de werkgever behoort te komen. In lijn met de re-integratiewetgeving van de afgelopen jaren (vgl. artikel 7:658a en 660a BW) wordt de werknemer de verplichting opgelegd om medewerking te verlenen aan het wegnemen van de oorzaken. Wij denken dan meteen aan mediation. Het arrest roept de vraag op wanneer de loondoorbetalingsverplichting eindigt. Stel dat de werknemer meewerkt aan de mediation, maar dat levert niets op. Moet de werkgever dan maar ontslag aanvragen, met alle vervelende gevolgen van dien?

### Verkeersboetes

Een arrest van het Hof Den Haag over verkeersboetes heeft in 2006 veel opzien gebaard. Indien de werknemer een verkeersovertreding begaat met de bedrijfsauto worden administratieve boetes geheven bij de werkgever. Indien de werkgever de werknemer deze boete wil laten betalen, komt de vraag op of het hier betreft schade veroorzaakt door de werknemer in de zin van artikel 7:661 BW. Het hof plaatste de mogelijkheid van verhaal in deze sleutel en oordeelde dat kleine overtredingen (tot tien kilometer per uur te hard rijden) niet duiden op bewuste roekeloosheid, maar grotere snelheidsovertredingen wel, waardoor alleen deze laatste voor risico van de werknemer komen.<sup>21</sup> De uitspraak heeft met name de vraag opgeroepen of de werkgever hiermee nog wel in staat zou zijn om een beleid te voeren om (kleine) boetes te voorkomen en om afspraken te maken met werknemers om zich te houden aan de snelheidsnormen. De door het hof daarvoor bedachte constructie met het goed werknemerschap was niet zo sterk en bovendien levert dit een probleem op met het tweede lid van artikel 7:661 BW, dat eist dat bij afwijkende bedingen het risico wordt verzekerd. In cassatie heeft de Hoge Raad aan dit dilemma weten te ontsnappen, door de oplossing te zoeken in het eerste lid van artikel 7:661 BW. De Hoge Raad concentreert zich op het doel van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV, ook bekend als Wet Mulder). De risico-aansprakelijkheid van de kentekenhouder beoogde een eind te maken aan tijdrovende procedures. Het was wel degelijk de bedoeling dat de eigenaar van de auto de sanctie zou kunnen verhalen op de hem bekende bestuurder. Naar de mening van de Hoge Raad

rechtvaardigt dit afwijking van artikel 7:661 BW zoals de tweede zin van lid 1 van dit artikel toelaat indien dit uit de omstandigheden van het geval voortvloeit. Van belang acht hij daarbij vooral dat de werknemer de overtreding zelf heeft gemaakt. De Hoge Raad wijst ook op de ongerijmdheid dat indien de werknemer zijn eigen auto voor zijn werk gebruikt boetes ook door hemzelf moeten worden betaald. Als tegemoetkoming aan de bezwaren van de Abvakabo wijst de Hoge Raad er wel op, dat niet valt uit te sluiten dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden op grond van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) gehouden is een boete voor zijn rekening te nemen, bijvoorbeeld indien hij het begaan van de desbetreffende overtreding heeft bevorderd.<sup>22</sup> Het nadeel daarvan is natuurlijk wel, dat de werkgever die deze boete niet spontaan voor eigen rekening neemt de boete feitelijk eenvoudig met het loon kan verrekenen (ook al is dit juridisch eigenlijk niet geoorloofd, want dat kan slechts met de arbeidsrechtelijke boete, artikel 7:632 lid 1 onder b BW). De werknemer die het daarmee niet eens is, zal dan een vordering tegen de werkgever moeten instellen om zijn geld terug te krijgen.

## Ontslagrecht

### Arbeidsongeschiktheid en ontslagvergoeding

Indien arbeidsongeschiktheid van de werknemer leidt tot ontslag kan de werknemer reden hebben om een schadevergoeding te vorderen uit kennelijk onredelijk ontslag indien de werkgever geen passende vergoeding heeft aangeboden. In het befaamde *Boulidam*-arrest overwoog de Hoge Raad dat de werknemer het causaal verband tussen het werk en de arbeidsongeschiktheid niet precies hoeft aan te tonen. De woorden 'niet doordat, maar nadat' (langdurig zwaar werk is verricht) zijn velen bijgebleven.<sup>23</sup> In het *Wustlich*-arrest preciseert de Hoge Raad deze leer nader. De enkele omstandigheid dat een werknemer na een langdurig dienstverband is ontslagen, levert op zichzelf geen grond op voor het toekennen van een vergoeding. De lengte van het dienstverband in samenhang met andere factoren, zoals dat de werknemer te oud en te zwak is geworden om zijn zware en slecht voor de gezondheid zijnde werk nog langer te verrichten, de leeftijd van de werknemer, de voor hem beperkte mogelijkheid om ander (passend) werk te vinden en een slechts beperkte aangeboden vergoeding kunnen samen wel redenen zijn voor een schadevergoeding.<sup>24</sup>

Deze verheldering is waardevol, nu immers de Hoge Raad zich in zaken over kennelijk onredelijke opzegging nogal eens beperkt tot de constatering dat alle omstandigheden moeten worden afgewogen. In deze uitspraak doet hij iets meer, in elk geval door een ondergrens aan te geven.

## De werkgever krijgt een hele checklist die hij moet nalopen alvorens hij een wijzigingsvoorstel aan de werknemer kan doen

Het enkele feit dat na een langdurig dienstverband ontslag plaatsvindt wegens arbeidsongeschiktheid is niet voldoende om een schadevergoeding toe te kennen. Er moet meer bijkomen en wat dat zoal kan zijn, wordt aangegeven.

### Ontbinding en optieschade

Ten slotte een arrest dat interessante overwegingen bevat op het vlak van de aard van de ontbindingsvergoeding en schadevergoeding wegens verlies aan optierechten.<sup>25</sup> Als gevolg van een ontslag verloor werknemer Van Wielink opties van de moedermaatschappij van de werkgever, Seminis.

De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst en kent een vergoeding toe op basis van de Kantonrechttersformule. Hij overweegt expliciet dat hij geen rekening houdt met de optieschade en dat het de werknemer vrijstaat de moedermaatschappij aan te spreken op eventueel door hem geleden schade op dat vlak. De werknemer stelt vervolgens een dergelijke procedure in jegens de werkgever zelf (en dus niet tegen de moedermaatschappij). Grondslag van de vordering is de redelijkheid en billijkheid. In beginsel is een werknemer na een ontbindingsprocedure nog ontvankelijk in een dergelijke vordering wanneer de ontbindingsrechter kenbaar heeft gemaakt dat hij bij de vaststelling van de door hem toe te kennen vergoeding de aanspraak die in de vervolprocedure wordt gevorderd niet in de afweging heeft betrokken. Dit is vaste rechtspraak sinds het *Baijings*-arrest.<sup>26</sup> De Hoge Raad werkt drie aspecten van de zgn. *Baijings*-leer uit. De Hoge Raad werkt allereerst het ontvankelijkheidsvereiste iets verder uit. Het feit dat de ontbindingsrechter slechts had gemeld dat tegen de moedermaatschappij een vordering kon worden ingesteld, is niet doorslaggevend. 'Vereist maar ook voldoende is dat de Kantonrechter op ondubbelzinnige wijze heeft kenbaar gemaakt dat hij bij de vaststelling' geen rekening heeft gehouden met de betreffende aanspraak. Het tweede punt betreft het karakter en de vaststelling van de vergoeding die in een dergelijke vervolprocedure wordt gevorderd. De werknemer had € 330 000 gevorderd en het Hof kende hem € 100 000 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid toe. De Hoge Raad overweegt dat het hier niet gaat om een schadevergoeding maar om een vergoeding die de

#### Noten

16. HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (Stoof/Mammoet).

17. J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Reeks VvA, nr. 36, Deventer: Kluwer 2008.

18. A.F. Bungerer, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogens-*

*rechtelijk perspectief* (diss. UvA), Reeks Mon. Sociaal Recht, nr. 45, Deventer: Kluwer 2008.

19. D.J.B. de Wolff, 'De betekenis van redelijkheid en billijkheid bij wijziging van arbeidsvoorwaarden', *AR* 2008, 41.

20. HR 27 juni 2008, *JAR* 2008/188 (Mak/SGBO).

21. Hof 's-Gravenhage 12 mei 2006, *JAR* 2006/137, *RAR* 2006/87 (Abvakabo/TPG).

22. HR 13 juni 2008, *JAR* 2008/185 (TPG Post/AbvaKabo en Snel).

23. HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 601, *JAR* 1999/149 (Driessen/Boulidam). Zie nadien nog HR 3 december 2004, *NJ*

2005, 119, *JAR* 2005/13, 2005, 2 (Van Ree/Damco).

24. HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 (Wustlich/Chromalloy).

25. HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203 (Seminis/Van Wielink).

26. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, *JAR* 1997/248 (Baijings).

rechter op de voet van artikel 7:685 lid 8 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheden toekent. Gelet op de aard van die vergoeding zal het oordeel van de rechter 'mede op een gemotiveerde schatting mogen berusten. In dat kader komt (...) aan het intuïtieve inzicht van de rechter mede betekenis toe.' Dat was altijd al de praktijk, maar zo duidelijk is het door de Hoge Raad nog niet eerder gezegd.

In de derde plaats oordeelt de Hoge Raad dat de rechter in de vervolprocedure rekening moet houden met de waarde van de verloren gegane opties per de ontbindingsdatum. Alleen omstandigheden die op dat moment bekend waren of bekend hadden kunnen zijn, dienen dus te worden meegewogen bij de vaststelling van de vergoeding.

De laatste twee punten zijn van belang voor de werknemer die twijfelt of hij de ontbindingsrechter moet vragen optieschade uitdrukkelijk buiten beschouwing te laten. Overwegingen daartoe zijn vaak dat de ontbindingsprocedure zich niet goed leent voor de vaststelling van de schade, mede gelet op het feit dat over de omvang van die schade op het moment van ontbinding niet meer dan een calculated guess kan worden gedaan. Dit arrest relateert die overwegingen: strikt genomen zal ook de rechter in de vervolprocedure zich als een echte 685-rechter moeten opstellen. Feit blijft echter dat er wel hoger beroep mogelijk blijft tegen het vonnis van de vervolgrechter. Zeker wanneer de rechter op zijn intuïtie af mag gaan, lijkt dat een prettige gedachte. •