



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De dynamiek van het goed werkgeverschap

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2011). De dynamiek van het goed werkgeverschap. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 10(77), 5-10. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18216>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18216>

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

De dynamiek van het goedwerkgeverschap

Over de thermometer en de kraamkamer van het arbeidsrecht

77

Er kunnen drie functies van het goedwerkgeverschap worden onderscheiden. De eis dient als norm voor toetsing van werkgevershandelen; het voorschrift opent de mogelijkheid om nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht te verwerken en het kan worden benut om de arbeidsverhouding te wijzigen. In deze bijdrage wordt door de auteur aan ieder van deze functies enige aandacht besteed.

1 Inleiding

De voorbereiding van de derde druk van mijn aanvankelijk in 1993 aan de Vereniging voor Arbeidsrecht uitgebrachte preadvies over goedwerkgeverschap,² biedt een goede aanleiding om te bezien in hoeverre het goedwerkgeverschap³ in de afgelopen periode van bijna twintig jaar een rol is blijven spelen om het arbeidsrecht te vernieuwen. En om stil te staan bij de vraag: hoe bevordert de norm van goedwerkgeverschap de dynamiek van het arbeidsrecht?

In 1993 werden drie functies van het goedwerkgeverschap onderscheiden. De eis van goedwerkgeverschap dient allereerst als norm voor de toetsing van het werkgevershandelen – daarvoor formuleerde ik ‘beginselen van goedwerkgeverschap’. Daarnaast opent het voorschrift de mogelijkheid om nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht te verwerken. Ten slotte kan het worden benut om de arbeidsverhouding te wijzigen. Deze drie functies van het goedwerkgeverschap gelden mijns inziens nog onverkort en ik zal aan ieder van die functies enige aandacht besteden.

2 Beginselen van goedwerkgeverschap

In 1993 vroeg ik mij af hoe we de norm van ‘goedwerkgeverschap’ verder zouden kunnen ontwikkelen. Het gaat hierbij om een vage norm en de vraag was hoe je zo’n norm concreter kunt maken. Je kunt natuurlijk lijnen trekken tussen losstaande uitspraken, maar daarvoor is het wenselijk om een criterium te hebben dat houvast biedt. Om kans te maken op succes, zou het criterium het liefst ook eenvoudig

te onthouden moeten zijn. Je zou om zo’n criterium te vinden, kunnen aansluiten bij algemene rechtsbeginselen en bij ontwikkelingen in de maatschappij. Ik heb dat allebei proberen te doen.

Wat betreft de aansluiting bij algemene rechtsbeginselen, vond ik inspiratie bij de manier van werken van de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR). Deze vereniging heeft sinds de Tweede Wereldoorlog een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van het bestuursrecht, een vakgebied dat voor de oorlog nog weinig was ontwikkeld. De VAR pikte het idee van beginselen van behoorlijk bestuur op, dat in rechtspraak was ontwikkeld vanuit de toetsing op willekeur en dat later als algemene toetsingsnorm in enkele wetten werd vastgelegd. De VAR heeft deze beginselen geformuleerd en in regelmatige publicaties de toepassing geïnventariseerd, waardoor het leerstuk geleidelijk kon worden verfijnd. Op deze wijze werd de basis gelegd voor de expliciete vastlegging van diverse van deze beginselen in de vorm van concrete rechtsregels in de Algemene Wet bestuursrecht van 1994.

Daarnaast maakte ik gebruik van een theorie van de befaamde Belgische jurist Walter van Gerven. Deze theorie hield in dat de beginselen van behoorlijk bestuur algemene rechtsbeginselen zijn, die ook in het privaatrecht kunnen gelden, met name waar sprake is van gezagsverhoudingen.⁴ In het arbeidsrecht ligt dat des te meer voor de hand omdat de werkgever hier ook een bestuurlijke functie heeft, naast die van contractspartij.⁵ Hij moet dagelijkse beslissingen over de werknemer nemen. Al sinds de jaren vijftig leeft het idee dat de basisgedachte van de rechtsstaat kan worden doorgetrokken naar de onderneming; ook hier zou recht moeten heersen boven willekeur, we spreken dan van de rechtsorde van de arbeid.⁶ Beslissingen van de werkgever kunnen aldus worden getoetst aan beginselen die te vergelijken zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur. Wat is nu het voordeel van het werken met beginselen?

Beginselen kunnen als functie hebben dat zij de vage norm van goedwerkgeverschap preciseren. Zij kunnen verschillende gevallen vergelijkbaar maken. Zij hebben als het ware een abstractieniveau dat hoger ligt dan dat van een concrete rechtsregel. Maar zij zijn wel concreter dan de vage norm van goedwerkgeverschap zonder meer.

Het lastige van beginselen is echter ook, dat zij niet zonder meer ‘gelden’. Zij vormen, naar de bekende omschrijving

1 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht te Leiden en redacteur van dit blad. Dit artikel is een bewerking van zijn voordracht gehouden te Leiden op 26 mei 2011 ter gelegenheid van het 65-jarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht.
2 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 17, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993; tweede druk Reeks VVA nr. 29, Deventer: Kluwer 1999.
3 In navolging van D.B.J. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007, p. 2, schrijf ik de term ‘goedwerkgeverschap’ als één woord, hetgeen overeenkomt met de huidige spellingregels.

4 W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent & Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 6-9.

5 M.G. Rood, ‘De werkgever als Janus?’, in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend* (De Leede-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 397-404, spreekt van de werkgever als contractspartij en als ‘quasi-overheid’.

6 Zie M. Ruppert, *Naar een rechtsorde van de arbeid*, Den Haag: J.N. Voorhoeve z.j. Meer actueel: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar, & A.J.C.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

van Paul Scholten, 'grondgedachten, die in en achter ieder in wetsvoorschriften en rechterlijke uitspraken belichaamd rechtssysteem liggen en waarvan de bijzondere bepalingen en beslissingen als uitwerking kunnen worden gedacht.'⁷ De grenzen van de toepassing van beginselen moeten van geval tot geval worden bepaald. Zij zijn dus niet mechanisch toepasbaar op een casus, maar kunnen wel richting geven. Tussen haakjes: de regel in het ontslagbesluit over afspiegeling via leeftijdsgroepen wordt door veel arbeidsrechtjuristen het 'afspiegelingsbeginsel' genoemd, maar eigenlijk is dit geen beginsel. Het is een concrete rechtsregel die niet kan worden gezien als gebaseerd op een grondgedachte van het rechtssysteem. Voor het anciënniteitsbeginsel kun je dat nog wel zeggen. Hier is het beginsel dat de werknemer naarmate hij langer in dienst is, meer rechten verwerft. Dit beginsel is ook terug te vinden in andere delen van het arbeidsrecht en het leeft al vanouds sterk in het rechtsbewustzijn van werknemers.

Omdat beginselen slechts een richting aangeven, kan het ook voorkomen dat twee beginselen tegelijk toepasbaar zijn op een casus en dat ze botsen. Welk beginsel dan voorrang heeft, moet dan nog op grond van nadere afweging worden bepaald en beargumenteerd.

Op basis van een deductie vanuit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de inductie vanuit de rechterlijke uitspraken kwam ik in 1993 tot de formulering van een zestal beginselen van goedwerkgeverschap. Dat waren die beginselen die regelmatig in de rechtspraak te herkennen waren. Overigens had ik hetzelfde onderzoek een jaar eerder ook gepubliceerd over het ontslagrecht.⁸ Dit leverde praktisch hetzelfde resultaat op. De volgende beginselen van goedwerkgeverschap konden uit dit onderzoek worden afgeleid:

- zorgvuldigheidsbeginsel;
- zuiverheid van oogmerk;
- motiveringsbeginsel;
- vertrouwensbeginsel;
- evenredigheidsbeginsel;
- gelijkheidsbeginsel.

In de periode sinds 1993 zijn deze beginselen weer vele malen toegepast in de rechtspraak over goedwerkgeverschap.⁹ In de derde druk van mijn boek over goedwerkgeverschap zal dit resultaat worden gepubliceerd. Dat overzicht zal in voorkomende gevallen argumenten kunnen opleveren voor nieuwe casus waarmee de rechtspraktijk wordt geconfronteerd. Ik heb begrepen dat advocaten zich met enige regelmaat in procedures op deze beginselen beroepen. Soms zijn zij ook met zo veel worden terug te vinden in rechterlijke uitspraken. Wat ik echter met enige regelmaat zie, is dat er slechts gesproken wordt over 'de beginselen van goedwerk-

geverschap' of zelfs 'het beginsel van goedwerkgeverschap',¹⁰ maar men stoot dan als het ware niet door naar het volgende niveau van het concrete beginsel. Ik zou willen aanmoedigen om daarbij dan ook met zo veel woorden een beroep te doen op de specifiek aan de orde zijnde beginselen, vanuit het uitgangspunt dat die als het ware zijn geïncorporeerd in de norm van goedwerkgeverschap.¹¹ Als rechters de beginselen dan ook meer gaan vermelden in hun uitspraken, kunnen we als arbeidsrechtbeoefenaren gezamenlijk de ontwikkeling van dit leerstuk verder brengen. De afgelopen periode is er maar één duidelijk voorbeeld te geven waarin een beginsel van goedwerkgeverschap is teruggedrongen. Dat betreft het gelijkheidsbeginsel. Maakte ik in 1993 nog slechts voorzichtig melding van de eerste uitspraak in de *Agfa/Schoolderman*-zaak, het arrest van de Hoge Raad in deze affaire vormde een belangrijke versterking van de werking van het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht.¹² Het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid moest bij de beoordeling van wat redelijkheid en billijkheid meebrengen in aanmerking worden genomen. In dit opzicht is echter sprake geweest van een mogelijke stap terug, doordat de Hoge Raad in het arrest *Parallel Entry* dit beginsel op een zodanige wijze in het systeem heeft ingepast, dat het potentiële belang van het beginsel aanzienlijk begrenst. Dit gebeurde door de doorwerking van het beginsel voor zover het contracten terzijde moet stellen te plaatsen in de sleutel van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Hierdoor is in die gevallen de afwijking van een contractuele bepaling om te voldoen aan het gelijkheidsbeginsel onderworpen aan een strenge onaanvaardbaarheidstoets.¹³ Juist het loon zal dikwijls wel contractueel zijn geregeld. Voor de andere beginselen van goedwerkgeverschap heeft dat overigens weinig effect, daar deze meestal niet ingaan tegen een contractuele bepaling. Ook het gelijkheidsbeginsel blijft zijn belang houden, met name in de gevallen waarin het wordt gehanteerd ten aanzien van een kwestie die niet in een overeenkomst is geregeld. Het *Parallel Entry*-arrest heeft in elk geval onverlet gelaten en nog nader uitgewerkt dat langs de band van art. 3:12 BW beginselen van behoorlijk bestuur als algemene rechtsbeginselen onder het goedwerkgeverschap kunnen worden gebracht.

Een regelmatig gebruik van de beginselen van goedwerkgeverschap zal er ook toe kunnen leiden dat deze beginselen nader worden verfijnd. Het meest uitgebreid is dat al gebeurd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit had ik al eerder nader onderverdeeld in:

- onderzoeksplicht;
- hoorplicht/recht op verweer;
- waarschuwingsplicht;

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

8 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, p. 285-317.

9 In de literatuur is door diverse schrijvers ingestemd met het concept van de beginselen van goedwerkgeverschap. Zie onder meer E.G. Hoorn & A. Turgut, 'Beginselen van goed werkgeverschap', *AI* 2008, 1, p. 23-36.

10 Waarom dit laatste onjuist is, heb ik reeds uiteengezet in mijn lezing voor het Arbeidsrecht diner 2008, G.J.J. Heerma van Voss, 'Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2008/40.

11 Zie voor een voorbeeld daarvan de conclusie van A-G Koopmans in de zaak *Agfa/Schoolderman*.

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

13 HR 30 januari 2004, *NJ* 2008/536, *JAR* 2004/78 (*Parallel Entry/KLM*).

- zorg voor de werksfeer;
- belangenafweging.

Dat laatste punt, de belangenafweging, is meestal het laatste redmiddel, als er geen concretere normen voorhanden zijn. Het kan tevens een rol spelen bij de bepaling van de intensiteit van de toetsing aan het beginsel. Maar vragen als wanneer een onderzoeksplicht geldt en hoe ver een waarschuwingsplicht reikt zijn de moeite waard om verder te verkennen.

Zo worden de beginselen geleidelijk verder ontwikkeld en ontstaat een steeds verfijnder systeem van invulling van de norm van goedwerkgeverschap.

Voor de goede orde verdient hier overigens vermelding dat het gebruik van de beginselen van goedwerkgeverschap niet betekent dat dit een exclusieve invulling van de norm van goedwerkgeverschap is. De beginselen zijn ten dele van procedurele aard, zij het niet uitsluitend. Zo brengt het motiveringsbeginsel ook mee dat de draagkracht van de motivering kan worden getoetst. En het zorgvuldigheidsbeginsel zal de werkgever ook beletten om onevenwichtige besluiten te nemen. Wel laat het beginselkarakter toe dat de nodige vrijheid om te ondernemen wordt gerespecteerd. Tegelijkertijd kan aan het goedwerkgeverschap ook op andere wijzen invulling worden gegeven, zoals uit de twee andere functies ook blijkt.

3 Nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht

In de afgelopen achttien jaar is er veel veranderd in het arbeidsrecht. Het vak heeft een enorme vlucht genomen, gezien bijvoorbeeld het aantal jurisprudentietijdschriften, gespecialiseerde advocaten en de totstandkoming van regionale en een landelijke specialisatievereniging. Maar ook de maatschappelijke omstandigheden zijn sterk veranderd en dat heeft zijn sporen nagelaten in het arbeidsrecht.

Als voorbeeld kan ik noemen de ontwikkeling van het recht op aanpassing van de arbeidsduur. In 1993 was er nog slechts enige jurisprudentie over vrouwen die na het krijgen van een kind in deeltijd wilden gaan werken. Regelmatig werd dat geweigerd en werden daar procedures over gevoerd. In het preadvies betoogde ik dat de werkgever voor een weigering om zo'n verzoek te honoreren een redelijke grond zou moeten aanvoeren. Ik herinner mij dat de toenmalige *éminence grise* van het arbeidsrecht Bakels tijdens de bijeenkomst van de Vereniging voor Arbeidsrecht op 22 april 1993 waarin het preadvies werd besproken, verdedigde dat dit een te grote inperking zou meebrengen van de ondernemingsvrijheid. Na afloop zei diens generatiegenoot Frenkel mij echter dat ik volgens hem gelijk had. Zijn toelichting verklaarde waarom hij daar anders over dacht dan Bakels: zijn dochter had hier mee te maken. En hij voor-spelde mij dat deze regel binnen vijf jaar algemeen zou zijn aanvaard. Die voorspelling is precies uitgekomen. In de tweede druk van 1999 kon ik melden dat er diverse wetgevingsinitiatieven vanuit de Tweede Kamer waren, een EG-richtlijn over deeltijdarbeid en ten slotte ook een wetsvoorstel van de regering. Dat laatste werd uiteindelijk aangenomen en in 2000 bereikte de Wet aanpassing arbeidsduur

het *Staatsblad*. Deze wet eist van een werkgever die een verkorting van de arbeidsduur wil weigeren niet 'slechts' de redelijke grond die Bakels zeven jaar daarvoor nog te veel vond gevraagd. Die werkgever moet volgens die wet nu aanvoeren dat *zwaarwegende* bedrijfs- of dienstbelangen zich tegen de inwilliging van het verzoek verzetten. En bijgevolg kan ik in de derde druk van mijn boek over dit onderwerp kort zijn. Het valt niet meer onder de algemene norm van het goedwerkgeverschap, maar is zelfstandig wettelijk geregeld.

Deze gang van zaken vormt een mooi voorbeeld van een functie die het goedwerkgeverschap kan hebben voor de dynamiek van het arbeidsrecht: datgene wat zich in de maatschappij ontwikkelt, wordt voorwerp van procedures en krijgt op die manier geleidelijk erkenning in het arbeidsrecht. Als het gaat om onderwerpen van voldoende algemeen belang, kan dit uiteindelijk leiden tot wetgeving. En soms geldt het omgekeerde: juist omdat de nieuwe norm via het goedwerkgeverschap gemeengoed is geworden, is wettelijke regeling niet meer dringend. Hier herbergt het goedwerkgeverschap een zekere dubbelzinnigheid: enerzijds laat de norm zien waar wetgeving nodig is, anderzijds maakt zij wetgeving juist overbodig, omdat het bestaan van de norm al voldoende is. Voorwaarde daarvoor is dat er in de rechtspraak eenstemmigheid ontstaat over een nieuwe ontwikkeling. Zo is opvallend dat in de kortgedingrecht-spraak het recht op tewerkstelling in beginsel is erkend, maar dat dit tot nu toe nog niet is bevestigd door de Hoge Raad. Wellicht is dit een gevolg van het feit dat de kwestie al geruime tijd niet meer als zodanig is voorgelegd, want sommige hoven blijken nu in hoger beroep erg voorzichtig te zijn, terwijl ook hier een volledige eenstemmigheid in de rechtspraak zou bijdragen aan de rechtsontwikkeling. Sinds 1999 hebben weer nieuwe belangrijke ontwikkelingen hun weg in het arbeidsrecht gevonden via het goedwerkgeverschap. Twee trekken er in het bijzonder de aandacht: de verzekeringsplicht voor werknemers die zich in het verkeer begeven en het kennelijk onredelijk ontslag. En hier speelt de Hoge Raad wel een voorttrekkersrol.

Verzekeringsplicht

In 1993 achtte ik de mogelijkheid om op het gebied van de arbeidsomstandigheden iets met het goedwerkgeverschap te doen heel beperkt. Zo kon men denken aan het geven van reflexwerking aan de Arbeidsomstandighedenwet en een eventueel aanvullende claim naast die uit (de voorloper van) art. 7:658 BW, bijvoorbeeld voor immateriële schade. In 1999 was het aantal voorbeelden van rechtspraak op dit punt wel uitgebreid, maar erg spectaculair oogde dit nog niet. Hoe anders ligt dit anno 2011! De Hoge Raad is begonnen om schade die niet kan worden vergoed omdat het ongeval buiten de werkingssfeer van art. 7:658 BW valt, onder het goedwerkgeverschap te brengen.

In 1999 weigerde de Hoge Raad nog om de werknemer uit goedwerkgeverschap recht te geven op vergoeding van schade door bescherming te bieden tegen een aanval door

een cliënt in zijn privé-huis.¹⁴ Maar vanaf 2001 werd het goedwerkgeverschap in toenemende mate ingezet. Aanvankelijk leek het nog te gaan om incidentele correcties ingeval van ernstige onbillijkheden. Bijvoorbeeld het geval van een werknemer die als chauffeur een aantal collega's naar het werk reed en als enige niet verzekerd was tegen ongevallen.¹⁵ Dat leek ook nog het geval bij de piloot die tussen twee vluchten een ernstig verkeersongeval kreeg in Afrika. In 2005 bevestigde de Hoge Raad de uitspraak van het hof, dat deze piloot zijn schade vergoed moest krijgen op grond van goedwerkgeverschap. Interessant was echter de motivering dat de werkgever hem meer informatie had moeten geven over het belang van het afsluiten van een verzekering.¹⁶

Dat heeft de Hoge Raad kennelijk aan het denken gezet in de richting van een verzekeringsplicht. Want ronduit revolutionair waren de arresten van 1 februari 2008, waarin werd aangenomen dat de werkgever als goede werkgever zorg dient te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden als bestuurder van een motorvoertuig betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval.¹⁷ Al snel volgde de logische consequentie dat dat dan ook moet gelden voor werknemers die als fietser deelnemen aan het gemotoriseerde verkeer of als voetganger door een aanrijding met gemotoriseerd verkeer schade oplopen.¹⁸

Hoe ver moet dit gaan? De uitspraken hebben aanleiding gegeven tot nieuwe creativiteit bij advocaten en feitenrechters om nieuwe verzekeringsplichten en aansprakelijkheden op grond van goedwerkgeverschap te suggereren.

Zo werd door de Hoge Raad een verzekeringsplicht aangenomen voor de werkgever die een activiteit buiten werktijd organiseerde waarbij werknemers van middelbare leeftijd op rolschaatsen gingen rijden.¹⁹ Feitenrechters deden dit voor werknemers die werken met psychiatrische patiënten,²⁰ postbezorgers bij grote sneeuwval²¹ en voor winkeliers met gewelddadige klanten.²² Ook een verzekeringsplicht voor de inlener werd al aangenomen.²³

Deze ontwikkeling roept uiteraard de vraag op hoe ver de rechter kan gaan met het invoeren van verzekeringsplichten, ook met het oog op de rechtszekerheid van de werkgever. Annotator Hartlief stelde die vaag zo indringend aan de

orde,²⁴ dat A-G Spier het nodig achtte krachtig op de rem te gaan staan.²⁵ Wellicht dat de jurisprudentie van de Hoge Raad ook voor de wetgever aanleiding vormt om zich te bezinnen op het gat in het arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidsrecht en op de wenselijke reikwijdte van de verzekeringsplicht van de werkgever.

Kennelijk onredelijk ontslag

De Hoge Raad heeft in de arresten over kennelijk onredelijk ontslag uit 2009-2010 benadrukt dat ook het ontslagrecht in het teken staat van het goedwerkgeverschap. Hij maakt in de beide arresten een duidelijk onderscheid tussen de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is en anderzijds de berekening van de schadevergoeding. Ten aanzien van beide onderdelen speelt het goedwerkgeverschap een belangrijke rol, een aspect dat in de uitvoerige literatuur daarover tot nu toe weinig wordt belicht.

Laten we eerst de eerste vraag bezien, die ten aanzien van de vraag of de opzegging kennelijk onredelijk is. In het basis-arrest *Van de Grijp/Stam* overweegt de Hoge Raad in de eerste plaats dat de *kennelijke onredelijkheid* van een ontslag afhangt van de vraag 'of voldaan is aan de in de wet neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goedwerkgeverschap.'²⁶

Daarnaast wordt ook de *hoogte* van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag gerelateerd aan het goedwerkgeverschap: 'Bij kennelijk onredelijk ontslag is de hoogte van de toe te kennen vergoeding bovendien gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en aan de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer.' (r.o. 4.3)

In het vervolgarrest *Rutten/Breed* wordt dit nog iets aangescherpt. Hier werd overwogen dat de rechter de vergoeding moet relateren 'aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen.' (r.o. 3.5.6)²⁷ Het woord *bovendien* is in deze formulering weggelaten, hetgeen meebrengt dat de relatie met het goedwerkgeverschap meer voorop komt te staan.

Met deze benadering lijkt het goedwerkgeverschap steeds meer als algemene grondslag voor het arbeidsrecht te fungeren. We kunnen ons afvragen wat de Hoge Raad hiermee beoogt. Wat voegt de norm van goedwerkgeverschap nu toe aan de beantwoording van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is en voor de berekening van de hoogte van de schadevergoeding? Ik denk echter ook dat dit een uitgelezen kans biedt aan de arbeidsrechtbeoefenaar om in ontslagzaken de beginselen van goedwerkgeverschap in te brengen. Zij kunnen daarmee nu ook de vage norm van

14 HR 22 januari 1999, NJ 1999/534, JAR 1999/44 (Reclassering/S.).

15 HR 12 januari 2001, NJ 2001/253, JAR 2001/24 (Vonk/Van der Hoeven) en HR 9 augustus 2002, NJ 2004/235, JAR 2002/205 (De Bont/Oudenallen).

16 HR 18 maart 2005, NJ 2009/328, JAR 2005/100, RAR 2005/42 (KLM/De Kuijjer).

17 HR 1 februari 2008, NJ 2009/330, JAR 2008/56, RAR 2008/38 (Maasman/Akzo Nobel); HR 1 februari 2008, NJ 2009/331, JAR 2008/57, RAR 2008/37 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

18 HR 12 december 2008, NJ 2009/332, JAR 2009/15, RAR 2009/25 (Werven/Van der Graaf).

19 HR 17 april 2009, RvdW 2009/552, JAR 2009/128, RAR 2009/86 (M/V Communicatie).

20 Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, JAR 2010/195, RAR 2010/141 (tbs-kliniek); Hof Leeuwarden 11 januari 2011, JAR 2011/56, RAR 2011/54 (psychiatrisch centrum).

21 Rb. Utrecht 16 juni 2010, RAR 2010/132.

22 Ktr. Rotterdam 8 mei 2008, RAR 2008/142.

23 Ktr. Nijmegen 12 november 2010, JAR 2011/60, RAR 2011/66.

24 Noot T. Hartlief bij NJ 2009/335.

25 Conclusie A-G Spier bij HR 26 november 2010, NJ 2010/635, JAR 2011/16, RAR 2011/26 (Jones/Fugro Survey).

26 HR 27 november 2009, NJ 2010/493, JAR 2009/305, RAR 2010/15 (Van de Grijp/Stam), r.o. 4.2.

27 HR 12 februari 2010, NJ 2010/494, JAR 2010/72, RAR 2010/37 (Rutten/Breed).

'kennelijk onredelijk' gaan inkleuren. Daarbij kan men zich voorstellen dat in het geval van een ondeugdelijke motivering van de opzegging de sanctie meer zal zijn gericht op het terugnemen van de werknemer, en de vergoeding ingeval dit niet gebeurt dus zeer hoog zal zijn, terwijl bijvoorbeeld een onfatsoenlijke wijze van ontslag aanzeggen 'slechts' zal worden gesanctioneerd met een vergoeding voor immateriële schade, die zoals bekend in Nederland niet zo hoog pleegt te zijn.

4 Wijziging van de arbeidsverhouding

Mijn derde invalshoek betreft dan de wijziging van de arbeidsverhouding. Dit onderwerp komt ook uitvoerig aan de orde in het artikel van Diana de Wolff.²⁸

In 1993 was de situatie ten aanzien van het wijzigen van de arbeidsverhouding nogal onduidelijk. Ik beschreef toen hoe twee theorieën meestal impliciet de benadering van dit leerstuk domineerden: de contractuele en de institutionele theorie. De eerste leer gaat ervan uit dat contractspartijen het eens moeten worden over een wijziging. De institutionele theorie heeft als uitgangspunt dat het mogelijk moet zijn om de arbeidsverhouding te wijzigen, ook al is dat in strijd met het oorspronkelijke contract. Mijn standpunt was dat deze twee benaderingswijzen elkaar niet moeten uitsluiten, maar dat per geval moet worden bekeken welke theorie voorrang moet hebben. Wanneer het contract een wijziging niet toelaat, zouden er wel zwaarwegende argumenten moeten zijn om deze aan de werknemer op te dringen. In 1998 heeft de Hoge Raad vervolgens het arrest *Taxi Hofman* gewezen, waarin werd overwogen dat de goede werknemer 'op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.'²⁹ Daaruit werd vrij algemeen afgeleid dat de woorden 'ingaan op' praktisch gelijk stonden aan 'aanvaarden'. De zogenoemde *Taxi Hofman*-formule werd sindsdien op ruime schaal toegepast. Het in datzelfde jaar ingevoerde art. 7:613 BW, waarin de toepassing van een wijzigingsbeding aan zware eisen werd gebonden, werd door het *Taxi Hofman*-arrest, naar het leek, ondermijnd. In de tweede druk van 1999 bestreed ik de opvatting dat in het toen nog recente arrest rigoureuus was gekozen voor de institutionele theorie. Inmiddels zijn wetenschap en praktijk na tien jaar verdere discussie over de reikwijdte en betekenis van de *Taxi Hofman*-formule, geconfronteerd met het arrest *Stoof/Mammoet* waarin de formule werd aangepast.

De Hoge Raad hield vast aan de *Taxi Hofman*-formule, maar plaatste deze in een aanmerkelijk genuanceerder daglicht. Thans dient '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.' (r.o. 3.3.2)

Even zo interessant is de overweging ten aanzien van het verschil tussen wijziging via de *Taxi Hofman*-formule en met behulp van een wijzigingsbeding in de zin van art. 7:613 BW. Het verschil is, volgens de Hoge Raad, dat 'de werknemer bij het ontbreken van het bedoelde beding in beginsel niet is gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden'.³⁰ De werknemer behoeft in deze *Stoof/Mammoet*-leer wijzigingsvoorstellen in beginsel niet te accepteren. We zijn daarmee ver verwijderd van de oorspronkelijke *Taxi Hofman*-gedachte dat de werknemer op voorstellen van de werkgever 'moet ingaan'.

Mijn conclusie, die ik ook in mijn noot in de *NJ* heb verwoord, is dus dat de HR de *Taxi Hofman*-formule (thans) ziet als een *onderhandelingsplicht* voor de werknemer, maar niet als een *aanvaardingsplicht*. De werknemer mag niet zonder voldoende grond een wijziging weigeren, maar hij mag wel degelijk op redelijke gronden zijn instemming weigeren.

We zien deze problematiek mooi geïllustreerd in de arresten van Hof Amsterdam zittingsplaats Arnhem inzake de afvloeiingsregelingen en bonussen van een aantal ABN AMRO-bankiers. De werkgever had in deze gevallen ontslag aangezegd en wilde op hetzelfde moment via de *Taxi Hofman*-formule overeengekomen regelingen wijzigen. Het hof oordeelde daarover dat de brief waarin dit werd medege-deeld niet kan worden opgevat als een voorstel in de zin van *Stoof/Mammoet*, 'nu van enig overleg over de wijze waarop en omstandigheden waaronder (de beëindigingsvergoeding daarin begrepen) het dienstverband zou worden beëindigd geen sprake was'.³¹

Dit betekent dus dat een werkgever niet met behulp van de *Taxi Hofman*-formule eenzijdig het contract kan veranderen. Er moet worden onderhandeld en dat kan niet als het ontslag al is aangezegd. Wat wel denkbaar is, is dat in zo'n situatie een beroep wordt gedaan op art. 6:248 lid 2 BW (derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid) of art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden). Daarbij geldt dan echter een zware toets op onaanvaardbaarheid van de toepassing van het contract.

Tegelijkertijd dient zich een nieuwe mogelijkheid aan tot contractswijziging, het zogenoemd wijzigingsontslag. Hier van bestaan twee varianten. De eerste is dat de werkgever die een wijziging wil doorvoeren de arbeidsovereenkomst van de werknemer die daarmee niet wil instemmen opzegt onder aanbidding van een nieuw, gewijzigd contract. Dit gebeurt dan al bij de aanvraag van toestemming voor de opzegging bij het UWV. De Hoge Raad liet dit uitdrukkelijk toe in het arrest *De Vries/Woonzorg*, waarin hij oordeelde dat wanneer de uit art. 7:613 en 7:611 BW voortvloeiende rechtsbescherming van de werknemer tegen onredelijke

28 D.J.B. de Wolff, 'Drie jaar wijziging van individuele arbeidsvoorwaarden', *TRA* 2011/78.

29 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767, *JAR* 1998/199 (*Taxi Hofman*).

30 HR 11 juli 2008, *NJ* 2011/185, *JAR* 2008/204, *RAR* 2008/128 (*Stoof/Mammoet*).

31 Hof Amsterdam zittingsplaats Arnhem 28 september 2010, *JAR* 2010/270, *RAR* 2010/164 (*De Jong/RBS*). Inmiddels nagevolgd door Hof 's-Gravenhage 3 mei 2011, *LJN* BQ7192, *RAR* 2011/125 (*ABN AMRO Bank*).

(voorstellen tot) wijziging van de arbeidsvoorwaarden wordt omzeild doordat is gekozen voor een wijzigingsontslag met toestemming van het UWV, zulks een omstandigheid is die moet worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Daarbij moet worden beoordeeld of is voldaan aan de in die bepaling neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goedwerkgeverschap.³²

Mijns inziens houdt dit in dat niet alleen aan de inhoudelijke eisen van *Stooff/Mammoet* moet zijn voldaan, maar ook aan de procedurele, dus de noodzaak van behoorlijk overleg. Het is dus wel mogelijk om een wijzigingsvoorstel te verbinden aan ontslag, maar dan moet er wel eerst overleg zijn gevoerd over het voorstel in de zin van het arrest *Stooff/Mammoet*.

Mijns inziens geldt hetzelfde voor de tweede variant, de 'wijzigingsontbinding'. Dit levert mogelijk ook een oplossing voor de discussie die vaak is gevoerd over de vraag of een zogenoemde partiële ontbinding mogelijk is. De kantonrechter oordeelt dan over de vraag of er reden is voor ontbinding zonder de contractuele wijziging en tevens of is voldaan aan de *Stooff/Mammoet*-criteria. Is dat het geval, dan kan hij mijns inziens de arbeidsovereenkomst ontbinden zonder vergoeding, omdat de werknemer immers onder de nieuwe voorwaarden in dienst kan treden; of met een vergoeding, indien hij meent dat nog een aanvullende compensatie gerechtvaardigd is. Het spreekt vanzelf dat in de beide varianten van een wijzigingsontslag de werkgever gehouden kan worden aan zijn toezegging om het gewijzigde contract aan te gaan, nadat de toestemming voor opzegging is verleend respectievelijk de ontbinding is uitgesproken.

5 Conclusie

In de afgelopen periode van bijna twintig jaar heeft de norm van goedwerkgeverschap een vooraanstaande rol gespeeld bij belangrijke ontwikkelingen in het arbeidsrecht. Het voordeel hiervan is dat de rechter kan zorgen voor een soepele ontwikkeling van het arbeidsrecht. Maar het heeft ook nadelen. De rechter kan niet de rol van de wetgever geheel overnemen, zodat de ontwikkeling stapsgewijs gaat. Er dreigt ook een risico van vervaging van normen omdat alles onder het goedwerkgeverschap wordt gebracht. Rechter en wetgever zouden hun eigen rollen zo veel mogelijk moeten blijven vervullen en zich niet achter elkaar verschuilen. Daarbij rijst de vraag: wat is de taak van de wetgever en wat die van de rechter?

Soms neemt de Hoge Raad taken op zich, die sommigen liever aan de wetgever hadden gelaten. Aan de andere kant laat de wetgever sommige zaken liggen, omdat zij politiek niet voldoende van belang zijn of juist te gevoelig liggen. Zo heeft de kortgedingrechter (niet eens de Hoge Raad) het recht op tewerkstelling vorm gegeven, omdat de wetgever dit laat liggen. Sommigen zullen vinden dat de Hoge Raad

bij de invoering van een verzekeringsplicht te ver is gegaan. Anderen zullen het mooi vinden dat de Hoge Raad een belangrijk deel van het gat in het arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidsrecht heeft opgevuld. Maar het nadeel daarvan is dan weer dat de ene oplossing de volgende vragen oproept. En is het opleggen van een verzekeringsplicht niet meer iets voor de wetgever?

Als we een criterium zoeken voor de taakafbakening tussen wetgever en rechter, dan zou een aspect daarvan kunnen zijn dat technisch ingewikkelde, ingrijpende en politiek gevoelige veranderingen in beginsel door de wetgever moeten worden doorgevoerd. De rechter is er dan voor het bevestigen van maatschappelijke ontwikkelingen, het oplossen van dringende kwesties en het doorbreken van impasses in de politiek. Maar als de wetgever bepaalde onderwerpen lang laat liggen, dan kan een oplossing door de rechter dringender nodig worden. De wetgever kan overigens desgewenst een ongewenst geacht beleid van de rechter terugdraaien door de wet aan te passen. En omgekeerd: de rechter kan de weg plaveien voor de wetgever door de weg naar een oplossing aan te geven, ook als die uiteindelijk wettelijke regeling behoeft.

Je kunt de rechtspraak op het gebied van het goedwerkgeverschap zien als de *thermometer* van de ontwikkeling van de arbeidsverhoudingen. Als het systeem verhit raakt doordat zich nieuwe problemen voordoen, schiet de thermometer omhoog omdat er plotseling veel rechterlijke beslissingen worden gevraagd. Dat kan een aanwijzing vormen voor het bestaan van een probleem dat wettelijke regeling behoeft. De rechter is dan de EHBO'er die eerste hulp verleent. Daarnaast is het goedwerkgeverschap ook te beschouwen als de *kraamkamer* van het arbeidsrecht. Nieuwe ontwikkelingen kunnen via de rechter geleidelijk worden geïncorporeerd in het systeem van het arbeidsrecht.

De norm van het goedwerkgeverschap heeft in de afgelopen periode een centrale rol gespeeld in de dynamiek van het arbeidsrecht. Daar waar het arbeidsrecht zich vernieuwt, is het goedwerkgeverschap zelden ver weg. Steeds meer wordt het goedwerkgeverschap ook als algemene achtergrond voor arbeidsrechtelijke regels gezien. En mijn conclusie is dan ook dat of de regering nu een meer of minder ambitieuze agenda voor het arbeidsrecht heeft, de beoefenaars van het arbeidsrecht het zelf in hun vermogen hebben om met behulp van de norm van goedwerkgeverschap voor de nodige vernieuwing te zorgen.

³² HR 24 december 2010, RvdW 2011/53, JAR 2011/20, RAR 2011/38 (De Vries/Woonzorg).