

Ik wens u veel personeel

Marco Swart

Ik wens u veel personeel

Het arbeidsrecht in de praktijk

Swart Advocaten

Gewaardeerde lezer,

Het aannemen van de eerste werknemer blijkt voor veel ondernemers een enorme drempel. Dat heeft met de hoge loonkosten te maken: salarissen vormen voor de meeste ondernemingen de grootste kostenpost. Daarnaast leeft de indruk dat een werknemer die eenmaal in loondienst is maar moeilijk kan worden ontslagen en dat werknemers door nogal wat rechten worden beschermd zonder dat daar de nodige plichten tegenover staan.

Het is waar dat het arbeidsrecht steeds ingewikkelder is geworden. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid heeft in 1999 enerzijds de mogelijkheid ingevoerd van flexibele arbeidsrelaties, zoals arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en uitzendcontracten. Anderzijds heeft de wet de risico's op contractuele misers vergroot. Bij de aanpak van ziekte en re-integratie hebben wetgever en rechters in het afgelopen decennium evenmin stilgezeten. Door wettelijke maatregelen lopen werknemers bij ontslag sinds 2006 aan de ene kant minder risico's bij de aanvraag van hun WW-uitkering. Aan de andere kant dienen partijen bij het onderhandelen over de voorwaarden tot beëindiging van hun arbeidsrelatie wel met veel meer juridische aspecten rekening te houden, zoals de fictieve opzegtermijn. Ook de werking van het concurrentiebeding staat regelmatig in de maatschappelijke belangstelling.

Voor mij als gespecialiseerde advocaat is het arbeidsrecht een prachtig rechtsgebied, bijzonder en interessant. Bijzonder, omdat het werknemers bescherming biedt tegen willekeurig ontslag, aangezien zij van oudsher als de zwakkere partij worden gezien. Interessant, omdat actuele maatschappelijke ontwikkelingen erin tot uitdrukking komen, zoals de vergrijzing, de bevordering van de emancipatie van vrouwen, beperkte mogelijkheden tot het stellen van kledingvoorschriften, hardere aanpak van discriminatie wegens geloof, ras, geslacht, leeftijd of ziekte, terugdringing van situatieve arbeidsongeschiktheid, minder tolerantie bij misdrijven en meer flexibiliteit voor partijen om hun juridische verhoudingen vorm te mogen geven.

Voor veel mensen vormt het verrichten van bevredigend werk de hoeksteen van hun bestaan. Daarin verschillen ondernemers niet van werknemers. Daarom liggen arbeidsconflicten vaak nogal gevoelig voor beide partijen. Ontslag is nog altijd een van de meest stressvolle gebeurtenissen in een mensenleven. Dat onderstreept het belang van een evenwichtig stelsel van arbeidsrechtelijke regels en de toepassing ervan.

Arbeidsconflicten kunnen vaak op evenwichtige wijze worden beslecht. Dit boek bevat veel praktijkgevallen die duidelijk maken dat de meeste arbeidscon-

flicten met gezond en redelijk verstand zijn op te lossen. Op dat vlak zijn nog wel wat vooroordelen en misverstanden weg te nemen.

Ik wens u veel personeel. Niet alleen wil ik met dit boek laten zien dat het aannemen van personeel minder juridische risico's inhoudt dan vaak wordt gedacht. Ook zult u hierin kunnen ervaren dat goede afspraken met uw personeel vooraf en een goede conflictoplossing achteraf vooral kunnen leiden tot tevreden personeel en een tevreden ondernemer. Last but not least wens ik u veel leesplezier bij de uiteenlopende, kleurrijke, herkenbare, alledaagse situaties die in dit boek naar voren komen.

Mr. M. (Marco) C.J. Swart,
Advocaat arbeidsrecht

Mei 2012

Inhoudsopgave

1	Werven, selecteren, solliciteren	13
1.1	De toeters en bellen in de arbeidsovereenkomst	14
1.2	Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst?	18
1.3	Verzwegen kwaal geen reden voor ontslag	21
1.4	Bijzondere aspecten van de leerwerkovereenkomst	24
1.5	Voorkom onrechtmatige concurrentie door uw aanstaande ex-werknemer	26
1.6	U kunt al bij het sluiten van het arbeidscontract een beëindigingsregeling treffen	28
1.7	Gedwaald over tbs-verleden nieuwe werknemer	30
1.8	Veroordeling wegens personeelsadvertenties met leeftijdseis	32
2	Veranderen, wijzigen, aanvullen	35
2.1	Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden geen onmogelijke opgave	36
2.2	Bonusregeling kan niet zomaar eenzijdig worden opgezegd	40
2.3	Wanneer kan ik de aanvraag van mijn medewerker weigeren om zijn arbeidsduur te verminderen?	43
2.4	Mag een werkgever bij bedrijfsverhuizing langere reistijd verlangen?	46
2.5	Juridische valkuilen bij bedrijfsovername	48
2.6	Cao-afspraken kunnen verlenging werkweek in de weg staan	51
2.7	Hindernissen bij het aanvragen van collectieve werktijdverkorting	54
3	Functioneren, belonen, straffen	57
3.1	Hoe ga ik om met een medewerker die niet meer functioneert?	58
3.2	Rechter: Bied slecht functionerende werknemer eerst coaching aan	61
3.3	Intimiteiten op het werk verlangen een voorzichtig antwoord	64
3.4	Kledingvoorschriften op het werk: over het hoofddoekje, het keppeltje en het kruis	69
3.5	Onderscheid maken wegens chronische ziekte of handicap is bij wet verboden	74
3.6	Gemeente gekapitteld wegens discriminatie gehandicapte medewerker	76
3.7	Europees Hof: Verschil in anciënniteit rechtvaardigt verschil in beloning	78
3.8	Dienstwoning als beloningsvorm is problematisch bij einde dienstverband	80
3.9	Fout bij inhouding WW-premies voor rekening werkgever	83
3.10	Keuze muzikzender Radio 538 leidt tot arbeidsconflict	85
3.11	Creëer uw kansen met innovatieve sociale media, maar voorkom juridische avonturen	86

4	Verlof, vakantie, vrije tijd	89	7	Ontslaan, opzeggen, beëindigen	175
4.1	Vakantiedagen weigeren mag niet zomaar	90	7.1	De valkuilen rond ontslag wegens pensionering	176
4.2	Commissie Gelijke Behandeling: Leeftijdsafhankelijke verlofregeling is discriminatoir	93	7.2	Werknemer kan niet worden verplicht om met vroegpensioen te gaan	179
4.3	Europees Hof: Wachtdiensten draaien is arbeidstijd	96	7.3	Studiekosten volledig voor rekening van vertrekkende werknemer	181
4.4	Voorkom vakantieblues	99	7.4	Toestemming UWV Werkbedrijf tot opzegging niet altijd vrijbrief	182
4.5	Nevenactiviteiten niet altijd in strijd met bedrijfsbelang	102	7.5	Verdenking misdrijf geen reden voor ontbinding arbeidsovereenkomst	186
4.6	Het voedingsrecht van de werkneemster is wettelijk verankerd	104	7.6	Een gouden handdruk ongedaan maken wegens verzwijgen nieuwe baan	187
4.7	Laat geen onzekerheden ontstaan bij overwerk	106	7.7	Wat is er nodig om mijn alcoholverslaafde werknemer te ontslaan?	190
5	Ziek melden, genezen, re-integreren	113	7.8	Privégebruik drugs mag leiden tot ontslag op staande voet	193
5.1	Neem ziekmeldingen altijd serieus	114	7.9	Aanhoudende rechtsonzekerheid over ontslagvergoedingen	195
5.2	Financiële compensatie voor arbeidsongeschikte medewerker bij einde dienstverband is niet vanzelfsprekend	117	7.10	Kan ik mijn werknemer houden aan zijn concurrentiebeding?	197
5.3	Loondoorbetaling ook verplicht bij ziekte na cosmetische ingreep	121	7.11	Het verbieden van concurrerende activiteiten ondanks ontbreken concurrentiebeding	199
5.4	Hoe ga ik om met een zieke werknemer die niet wil re-integreren?	122	7.12	Professioneel ruzie maken voor dummies	202
5.5	Loon opschorten bij vertragen of belemmeren van de genezing	124	8	Checklist: Veranderende arbeidsverhoudingen	205
5.6	Geen aanvulling salaris als werknemer schuld heeft aan uitval wegens ziekte	126	9	Index	213
5.7	Wanneer bent u als werkgever aansprakelijk voor RSI	129			
5.8	Werknemer dient oorzaak RSI te bewijzen	132			
5.9	Aansprakelijkheid wegens psychische schade in opkomst	134			
5.10	Geen vergoeding voor psychische schade na onzekerheid door reorganisatie	138			
6	Misstanden, misdragingen, misdrijven	141			
6.1	Ontucht door hulpverleners met patiënten en cliënten heeft vergaande consequenties	142			
6.2	Regeling ter bescherming van klokkenluiders	145			
6.3	Rechtbank: klokkenluider bracht misstand binnen bedrijf terecht naar buiten	148			
6.4	Personeelsfeest eindigt fataal voor dronken medewerker	151			
6.5	Ontbreken arbobeleid tegen pesten geen reden voor opleggen straf	154			
6.6	Medewerkers alleen in uitzonderlijke situaties aansprakelijk voor schade	156			
6.7	Geen ontslag voor caissière die klap uitdeelt	160			
6.8	Jolig gedrag pakt fataal uit	164			
6.9	Wangedrag werkgever stelt concurrentieverbod buiten werking	166			
6.10	Aanspraak op vergoeding van buitengerechtelijke kosten beperkt	169			

1.1 De toeters en bellen in de arbeidsovereenkomst

Wellicht herkent u deze situatie. Omdat u met een van uw medewerkers een probleem heeft, vraagt u uw advocaat om advies. Een van de eerste vragen die uw advocaat u zal stellen is: "Heeft u de arbeidsovereenkomst met uw medewerker schriftelijk vastgelegd en wat is daarin geregeld?" Ook zal hij van u een afschrift daarvan willen ontvangen "om u goed van dienst te kunnen zijn". Dat vragen wij advocaten niet zomaar. Wat u met uw medewerkers in de arbeidsovereenkomst heeft vastgelegd vormt namelijk de basis voor uw juridische positie. Ook bepalen die afspraken de kracht van uw uitgangspositie bij het voeren van onderhandelingen. Als rechtszekerheid u lief is, is het vastleggen van afspraken in een arbeidsovereenkomst dus niet iets om even snel als formaliteit af te doen.

Het is opmerkelijk hoe vaak wij, advocaten, in die arbeidsovereenkomsten gebreken constateren. Het opstellen van een arbeidsovereenkomst lijkt eenvoudig. De meeste werkgevers en werknemers stoppen haar na de ondertekening nonchalant weg in een lade en blijken bij het ontstaan van problemen te zijn vergeten dat ze er een voor akkoord hebben ondertekend. Verdacht vaak weten de betrokken contractspartijen niet welke verplichtingen zij exact met elkaar zijn aangegaan. Als dan het contract tevoorschijn wordt gehaald, plaatst dit betrokkenen soms voor nieuwe problemen door gebreken, zoals nietigheden en slordigheden. In plaats van de rechtszekerheid die een arbeidsovereenkomst behoort te bieden, verwordt deze dan door onvolkomenheden een onnodige bron van onzekerheden die vaak tot in de rechtszaal worden uitgevochten.

Wel of geen arbeidsovereenkomst?

De eerste vraag bij het aangaan van een werkverhouding is of het daadwerkelijk de bedoeling is een arbeidsrelatie met elkaar aan te gaan. Er zijn situaties denkbaar dat noch werkgever noch werknemer die intentie hebben. Denk aan freelanceopdrachten, bijvoorbeeld in de journalistiek en de fotografie, maar ook aan leerwerk- of stageovereenkomsten. Ook al willen partijen in een dergelijke situatie geen arbeidsovereenkomst met elkaar aangaan, dan nog kunnen rechters en UWV de werkrelatie als arbeidsovereenkomst beschouwen, waardoor u alsnog gebonden bent aan de wettelijke ontslagbescherming, het minimumloon en wellicht allerlei cao-verplichtingen.

Art. 7:610 van het Burgerlijk Wetboek definieert een arbeidsovereenkomst als "de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten." Op het eerste gezicht lijkt volgens de wettelijke definitie al van een arbeidsovereenkomst sprake te zijn als u de stagiair onder uw gezag tegen beloning werkzaamheden laat verrichten. De Hoge Raad deed hierover echter in 1983 een genuanceerde uitspraak. De Hoge Raad overwoog dat een van de vereisten van een arbeidsovereenkomst is dat de te verrichten arbeid een pres-

tatie moet zijn aan de werkgever. Indien, zoals bij een leerovereenkomst het geval kan zijn, de arbeid niet van waarde is voor de wederpartij, maar gericht is op scholing en vorming, zal de overeenkomst in het algemeen niet een arbeidsovereenkomst zijn. In geval van een gemengde leerwerkovereenkomst gaat het er dus om waarop het zwaartepunt ligt.

Gedurende de laatste jaren volgt de Hoge Raad consequent de redenering dat van belang is "hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. (...) Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderlinge verband worden gezien." Met andere woorden is datgene wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst uitdrukkelijk hebben beoogd van zwaarwegend belang, vooral als andere factoren in diezelfde richting wijzen, waaronder de wijze en het karakter van belonen.

Juridisch is het van belang dat u de stagiair ook daadwerkelijk werkzaamheden laat verrichten waarbij de nadruk ligt op de van tevoren beschreven leerdoelen. Als echter bij het verrichten van werkzaamheden de nadruk komt te liggen op de productiviteit, zal niet snel het bestaan van een leerovereenkomst worden aangenomen, maar toch van een arbeidsovereenkomst. Daarbij is het van belang dat u de stagiair serieuze begeleiding aanbiedt. Daarnaast is het van belang dat de beloning die u de stagiair toekent nadrukkelijk niet is bestemd als salaris, maar als dekking van onkosten en een klein deel, daarop in redelijke verhouding afgestemd, voor te verrichten prestaties. Tot slot is van belang dat de stagiair samen met u nadrukkelijk, bij voorkeur schriftelijk, de bedoeling van de overeenkomst onderschrijft, te weten het leren onder begeleiding. Voor de zekerheid kunt u samen aan de te sluiten overeenkomst een vooraf bepaalde duur toekennen waarna deze automatisch zal zijn beëindigd.

Zoveel mogelijk flexibiliteit

Bij het opstellen van een arbeidsovereenkomst ga ik ervan uit dat u als werkgever in de beginperiode zoveel mogelijk flexibiliteit wenst in te bouwen. Die flexibiliteit bereikt u door goed na te denken over het aangaan van oproepcontracten, arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, het vastleggen van de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging, het vastleggen van een proeftijd, het regelen van de opzegtermijnen en de mogelijkheid om bij zwaarwichtige belangen de arbeidvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Ook moet u nadenken of incidenteel voorkomend overwerk in de maandelijkse beloning is begrepen of afzonderlijk zal worden vergoed. Het concurrentie- en relatiebeding zijn vaak de met valkuilen omgeven hekkensluiters. Hoewel steeds meer bedrijven zaken doen over de grens, wordt helaas vaak vergeten om als hekkensluiter op te nemen dat uitsluitend Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van

toepassing is en dat de Nederlandse rechter bij uitsluiting bevoegd is om over geschillen daarover te oordelen. Ik loop hierna enkele instrumenten langs die de wet u biedt om uw arbeidsrechtelijke slagkracht te optimaliseren.

De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Op het eerste gezicht lijkt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de ideale oplossing voor de invulling van een arbeidsrelatie waarvan de verlenging (nog) niet zeker is. Bijvoorbeeld om eerst eens de kat uit de boom te kijken. Een arbeidscontract kan voor een welomschreven beperkte tijdsduur worden gesloten, zoals een aantal maanden. Het kan echter ook worden gesloten voor de duur van een project of de duur van de afwezigheid van de werknemer die wordt vervangen. Voorwaarde is steeds dat het aflopen ervan niet door partijen zelf tussentijds kan worden beïnvloed.

Let op dat het proeftijdbeding op straffe van nietigheid schriftelijk moet zijn aangegaan en nooit langer dan een maand mag zijn bij een arbeidsovereenkomst van minder dan twee jaar. Een andere valkuil is de stilzwijgende verlenging na het aflopen ervan, waardoor dezelfde arbeidsvoorwaarden blijven gelden en opzeggen lastiger kan worden. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt in ieder geval van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als verlenging plaatsvindt na het verstrijken van een periode van drie jaren of zodra gedurende die periode de arbeidsovereenkomst al dan niet stilzwijgend voor de vierde keer is verlengd. Ten slotte wordt vaak vergeten dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds alleen kan worden opgezegd als dit van tevoren uitdrukkelijk overeen is gekomen.

Oproepcontract

De grootste valkuil bij een oproepcontract is dat u daarin verzuimt het beding van 'uitgestelde prestatieplicht' op te nemen. Als u niet van tevoren bedingt dat de oproepkracht bij elke oproep zonder meer verplicht is te verschijnen, zal de rechter elke afzonderlijke oproep beoordelen als een nieuw gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, ook al is de duur van de opdracht enkele uren. Bij de vierde oproep zult u dan dus ongewild aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vastzitten.

Een andere valkuil bij een oproepcontract is dat de werknemer na verloop van tijd aanspraak kan maken op het verrichten van een minimaal aantal uren aan werkzaamheden. Er wordt dan gekeken naar het gemiddeld aantal uren verrichte werkzaamheden gedurende de voorgaande drie maanden. Een oproepcontract wordt dan snel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarvan de beëindiging niet zonder slag of stoot mogelijk is. Als dit alles niet de bedoeling is, bouwt u voor uzelf een vangnet in door tevens uitdrukkelijke afspraken te maken over de duur van het oproepcontract en de eventuele proeftijd.

De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

Werkgevers doen er goed aan met name bij een arbeidsovereenkomst van langere duur de aard van de te verrichten werkzaamheden ruim te omschrijven. Bij een eventuele reorganisatie is het dan eenvoudiger de functie van de werknemer te veranderen. De werknemer heeft daarentegen belang bij een zo gedetailleerd en nauwkeurig mogelijke beschrijving van de te verrichten werkzaamheden. Hij hoeft dan minder snel genoegen te nemen met een alternatieve functie.

Wist u dat werkgever en werknemer reeds van tevoren afspraken kunnen maken over de financiële gevolgen van het verbreken van de arbeidsovereenkomst? Vooral bij hogere managementfuncties en bij het aantrekken van schaarse arbeidskrachten kan dit een ideaal bindmiddel zijn. Op die manier wordt een eventuele ontslagprocedure voor de werkgever geen onvoorspelbaar financieel avontuur. En de werknemer weet ook beter waar hij bij het einde van de dienstbetrekking aan toe is.

Het arbeidsreglement

Het arbeidsreglement is bij uitstek de plek om op het eerste gezicht onschuldige huisregels in vast te leggen. Denk aan de wijze waarop verlofdagen worden vastgesteld. Het wettelijke uitgangspunt is dat de werkgever tijdig moet reageren op het opnamevoorstel van de werknemer. Doet hij dit niet, dan is hij gebonden aan het voorstel. In het arbeidsreglement kunt u van dit systeem afwijken door voorafgaande toestemming verplicht te stellen. Denk ook aan de autoregeling als u aan uw werknemer als deel van de arbeidsbeloning een auto van de zaak ter beschikking stelt. Het ontbreken van een dergelijke regeling en het doorlopen van de kosten hiervan laten zich vooral voelen als uw werknemer voor langere tijd uitvalt, bijvoorbeeld bij ziekte of een arbeidsconflict. Vergeet tot slot niet in uw arbeidsovereenkomsten het arbeidsreglement integraal van toepassing te verklaren.

Arbeidsovereenkomsten die voorzien zijn van alle mogelijke toeters en bellen en ook nog eens voldoen aan de wet, zijn een geschenk voor alle betrokkenen, te weten werkgever, werknemer, advocaten en rechters. Niet alleen is er voor de contractpartijen helderheid. Ook bent u dan beter voorbereid als het toch onverhoopt tot een arbeidsrechtelijk conflict komt. U vergroot daarmee de kans aanzienlijk dat u daaruit met zo min mogelijk kleerscheuren tevoorschijn komt. Een goed doortimmerd pakket van vooraf overeengekomen arbeidsrechtelijke voorwaarden zal zich met andere woorden gegarandeerd terugverdienen.

1.2 Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst?

In de juridische werkelijkheid kan een overeenkomst van opdracht onverwacht een arbeidsovereenkomst blijken te zijn. Als de rechter gaat beoordelen of een tussen partijen gesloten overeenkomst van opdracht moet gelden als een arbeidsovereenkomst zal hij alle relevante feiten op een weegschaal willen leggen. Een voorbeeld van zo'n casus is terug te vinden in het arrest van 15 augustus 2006 (LJN AY9740) van het gerechtshof te Arnhem. In weerwil van het betoog van een fotograaf die vooral voor De Gelderlander werkte, oordeelt het gerechtshof na zorgvuldige afweging van alle relevante feiten dat tussen partijen geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.

De casus

Een fotograaf werkt sinds 1 mei 1984 voor het regionale dagblad De Gelderlander. Tussen deze partijen ontstaat een conflict over de voortzetting van de relatie en de omvang ervan. De fotograaf beroept zich op art. 7:610a van het Burgerlijk Wetboek. Dit wetsartikel bepaalt: "Hij die ten behoeve van een ander tegen beloning door die ander gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht, wordt vermoed deze arbeid te verrichten krachtens arbeidsovereenkomst." De Gelderlander stelt dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een overeenkomst van opdracht (freelance). Een overeenkomst van opdracht kan zonder tussenkomst van CWI of kantonrechter worden beëindigd. Partijen tekenen hoger beroep aan bij het gerechtshof. De vraag is of in dit geval de relatie tussen de fotograaf en De Gelderlander moet worden beoordeeld als een overeenkomst van opdracht of als een arbeidsovereenkomst.

Kenbare bedoeling

Het hof oordeelt dat sprake is geweest van een overeenkomst van opdracht. Het hof constateert dat het bij aanvang van de werkzaamheden de bedoeling van beide partijen was dat de fotograaf freelance voor De Gelderlander zou gaan werken. De fotograaf heeft dit erkend, maar voert aan dat hij in de loop der jaren tegenover De Gelderlander kenbaar heeft gemaakt alleen nog maar in een vast dienstverband te willen werken. Uit de overgelegde stukken blijkt volgens het hof echter steeds het tegendeel. De partijen hebben namelijk jaarlijks nieuwe overeenkomsten gesloten met als titel 'overeenkomst van opdracht'. Het hof stelt vast dat het in de loop van de jaren de kenbare bedoeling van de partijen is gebleven dat de fotograaf als freelancer in opdracht van De Gelderlander bleef werken.

Het hof bekeek niet alleen met welke intentie de partijen de arbeidsrelatie wilden invullen, maar ook naar de wijze waarop beide partijen daar daadwerkelijk invulling aan hebben gegeven. Het hof nam in ogenschouw dat de fotograaf door De Gelderlander werd betaald op basis van door hem ingediende facturen,

waarbij hij de BTW apart in rekening bracht. Maandelijks betaalde De Gelderlander aan de fotograaf een voorschot, dat aan het einde van het jaar werd verrekend met het werkelijk aantal afgenomen foto's. De fotograaf had het recht een opdracht te weigeren. De fotograaf had de vrijheid voor andere opdrachtgevers te werken. De fotograaf investeerde zelf in (foto)apparatuur om aan zijn werkzaamheden voor De Gelderlander uitvoering te kunnen geven. Tijdens ziekte hoefde De Gelderlander het loon van de fotograaf niet door te betalen, maar werd die betaling overgenomen door het toenmalige GAK. Op zijn website profileerde de fotograaf zich als een zelfstandig werkende fotograaf. Verder stond hij ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en werkte hij onder zijn eigen naam.

Gezagsverhouding

Wanneer is er sprake van een arbeidsovereenkomst? Een belangrijk criterium is de gezagsverhouding tussen partijen. Het hof stelt vast dat De Gelderlander (slechts) het ontwerp van de foto's en de wijze en het moment van aanlevering bepaalde. De uitvoering van de foto kon de fotograaf naar eigen technisch en creatief inzicht doen. De instructies van De Gelderlander leverden dan ook geen wezenlijke beperking op van de vrijheid van de fotograaf om invulling aan het onderwerp te geven. De instructies die De Gelderlander gaf passen naar het oordeel van het hof binnen een overeenkomst van opdracht.

Commentaar

De wetsbepalingen in titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek zijn voor een belangrijk deel van dwingend recht. Dat geldt ook voor de vraag wanneer tussen partijen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Artikel 7:610 BW definieert de arbeidsovereenkomst als "de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten." Zodra inhoudelijk aan de wettelijke criteria is voldaan, is sprake van een arbeidsovereenkomst in de betekenis van de wet, ook als partij(en) dit anders noemen. Niet voor niets definieert art. 7:610a BW het rechtsvermoeden dat sprake is van een arbeidsovereenkomst indien tegen beloning gedurende ten minste drie maanden arbeid wordt verricht. Rechtsvermoedens mogen echter weerlegd worden. Die weerlegging doet zich ook in deze zaak voor.

In 1997 deed de Hoge Raad een opzienbarende uitspraak met het zo genoemde Groen/Schroevers arrest. Dit arrest vormt sindsdien de leidraad in het antwoord op de vraag of en wanneer van een gezagsverhouding kan worden gesproken. Volgens de Hoge Raad geldt in de eerste plaats de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst. Daarbij telt de manier mee waarop partijen feitelijk uitvoering en inhoud aan de overeenkomst hebben gegeven. Niet één enkel kenmerk kan beslissend zijn, maar uitsluitend het totale beeld. Vervolgens moet de rechter van de Hoge Raad onder ogen zien "of sprake was

1

van een zodanige gezagsverhouding (...) dat desalniettemin van een arbeids-overeenkomst moet worden gesproken.” Tot slot is van belang dat de rechter bij de vaststelling van de aard van de werkverhouding rekening houdt met de maatschappelijke positie van de betrokken werknemer. De Hoge Raad heeft deze uitspraak herhaald en bevestigd in 2003 en 2004.

Zo bezien is de uitkomst van het gerechtshof in de beschreven kwestie van de fotograaf tegen De Gelderlander weinig opzienbarend. Het hof past hierin op technische wijze de juridische lijn toe die door de Hoge Raad uitgezet is in het arrest Groen/Schroevens. Enerzijds is het standpunt van de fotograaf wel te volgen. De jarenlange samenwerking met De Gelderlander als zijn belangrijkste opdrachtgever schept in zekere zin verwachtingen over de continuïteit. Anderzijds ging die samenwerking niet ver genoeg om te kunnen spreken van een arbeidsovereenkomst. Doorslaggevend was dat partijen nooit de bedoeling hadden om een arbeidsovereenkomst te sluiten en dat de fotograaf zich bij zijn presentatie en facturering steeds onafhankelijk ten opzichte van De Gelderlander heeft opgesteld.

1.3 Verzwegen kwaal geen reden voor ontslag

1

Het bij een sollicitatie verzwijgen van een kwaal wil nog wel eens leiden tot een ontslag op staande voet. Dat de werkgever daarmee voorzichtig moet omgaan blijkt uit een uitspraak van de kantonrechter te Middelburg (JAR 2003, 204). In deze zaak had de werknemer bij zijn sollicitatie verzwegen dat hij in zijn vorige dienstbetrekking van stratenmaker ernstige rugklachten had opgelopen en daarvoor een gedeeltelijke WAO-uitkering ontving. De werkgever heeft de werknemer dit zwijgen kwalijk genomen en de werknemer om die reden op staande voet ontslagen. Volgens de kantonrechter was dit ontslag echter onterecht. Hij vond niet aannemelijk gemaakt dat de naar voren gekomen rugklachten de werknemer ongeschikt maakten voor zijn nieuwe functie.

De casus

De werknemer, een havenarbeider, is op 1 oktober 2001 in dienst getreden van een overslagbedrijf in de functie van depot-operator. Op 14 januari 2003 vertilt hij zich aan een zwaar voorwerp. Als gevolg daarvan raakt hij tijdelijk arbeidsongeschikt. Hij kan zijn werkzaamheden pas weer op 2 juni 2003 zonder beperkingen hervatten. Op 18 juni 2003 ontslaat het overslagbedrijf de havenarbeider op staande voet. De reden is dat hij bij zijn sollicitatie heeft verzuimd te melden dat hij wegens rugklachten in zijn vorige baan van stratenmaker gedeeltelijk arbeidsongeschikt was en daarvoor een WAO-uitkering ontving. Het overslagbedrijf is van mening dat de havenarbeider deze rugklachten uit eigen beweging bij zijn sollicitatie had dienen te melden, aangezien het overduidelijk was dat hij rugbelastende arbeid zou gaan verrichten. De havenarbeider laat het er niet bij zitten. In kort geding voor de kantonrechter vordert hij wedertewerkstelling en doorbetaling van zijn salaris.

Bij aanvang ongeschikt?

De kantonrechter stelt voorop dat het verzwijgen van een kwaal bij de sollicitatie een dringende reden voor ontslag op staande voet kan opleveren, zelfs als er geen daarop gerichte vraag is gesteld. Het criterium is of de werknemer bij de sollicitatie wist of moest begrijpen dat hij vanwege die kwaal ongeschikt is voor de betrekking. Dat is door de Hoge Raad in een arrest van 1981 uitgemaakt. Daarbij doet het er niet toe of de havenarbeider bij zijn sollicitatie heeft verzwegen dat hij een WAO-uitkering had. Relevant is alleen of hij al bij aanvang van zijn dienstverband wegens een kwaal ongeschikt was voor de functie van depot-operator bij het overslagbedrijf.

De kantonrechter oordeelt uiteindelijk dat de havenarbeider ondanks zijn rugklachten op het moment van indiensttreding niet ongeschikt was voor de functie van depot-operator bij het overslagbedrijf. Volgens hem is namelijk niet aannemelijk geworden dat de WAO-beperking van deze havenarbeider hem ongeschikt maakt voor zijn functie van depot-operator. Het overslagbedrijf be-

1
toogde weliswaar dat de functie een flinke rugbelasting met zich meebrengt en dat de havenarbeider zwaar moet tillen. De havenarbeider heeft daar tegenin gebracht dat die belasting niet moet worden overdreven, omdat het laden en lossen is gemechaniseerd en hij bovendien gewoon in staat is fysiek belastend werk te verrichten. Verder is de kantonrechter op de zitting gebleken dat de havenarbeider door fitnessoefeningen inmiddels over stevige rug- en andere spieren beschikt.

Volle tevredenheid

Op basis van deze informatie neemt de kantonrechter aan dat de havenarbeider ondanks zijn WAO-beperking geschikt is voor de functie van depot-operator. Hij neemt daarbij in ogenschouw dat de havenarbeider die functie reeds gedurende 15 maanden tot volle tevredenheid van het overslagbedrijf heeft vervuld. Daarbij blijkt de havenarbeider ook nog eens zeer veel overuren te hebben gemaakt. Het overslagbedrijf had dan ook geen dringende reden om de havenarbeider op staande voet te ontslaan. Niet kan worden aangenomen dat de havenarbeider vanwege zijn WAO-beperking ongeschikt is voor de functie van depot-operator bij het overslagbedrijf. De kantonrechter wijst daarom de vorderingen van de havenarbeider tot wedertewerkstelling en doorbetaling van salaris toe. Het overslagbedrijf wordt in de proceskosten veroordeeld.

Commentaar

Een werkgever kan zich bedrogen voelen als achteraf blijkt dat de aangenomen werknemer een ernstige, verborgen kwaal blijkt te hebben. De kans op al dan niet tijdelijke uitval wegens arbeidsongeschiktheid wordt door de aanwezigheid van die kwaal immers aanzienlijk vergroot. Uitval wegens arbeidsongeschiktheid brengt voor de werkgever tegenwoordig een wettelijke inspanningsverplichting met zich mee om tot re-integratie te komen. Een vergrote kans op uitval wegens een verborgen ernstige kwaal brengt dus ook een vergrote kans met zich mee om te belanden in de moeizame administratieve molens van arbeidsdiensten en uitvoeringsinstellingen. Begrijpelijk is de houding: voorkomen is beter dan genezen.

In de praktijk stellen rechters echter paal en perk aan de mate waarin de werkgever van de sollicitant mag verwachten dat hij zijn ernstige kwaal bij zijn sollicitatie uit eigen beweging aan hem meldt. De sollicitant behoeft die kwaal namelijk alleen te melden als die kwaal hem ongeschikt maakt om de functie uit te oefenen waarop hij solliciteert. Daarbij doet niet ter zake of de werknemer op het moment van zijn sollicitatie reeds een WAO-uitkering ontving. Als achteraf blijkt dat de werknemer al een WAO-uitkering ontvangt, mag de werkgever daar niet op koersen. Doorslaggevend is of de achteraf geconstateerde bestaande beperkingen van de werknemer hem voor het uitoefenen van zijn nieuwe functie bij de nieuwe werkgever ongeschikt maken. Als de werknemer die functie al geruime tijd zonder noemenswaardige problemen uitoefent, is

1
dat voor de rechter een belangrijke aanwijzing dat die functie bij de aanvang wel voor hem geschikt was. Reden temeer om bij sollicitaties door te vragen en bij de indiensttreding een maximale proeftijd in acht te nemen, desnoods door eerst een arbeidscontract voor bepaalde tijd aan te gaan.

1.4 Bijzondere aspecten van de leerwerkovereenkomst

“Bij mijn bedrijf heeft zich uit eigen beweging een stagiair gemeld. De stagiair bevindt zich aan het einde van zijn opleiding. Hij wil graag een praktijkstage lopen. Op zichzelf sta ik er wel voor open om hem onder mijn begeleiding op mijn bedrijf wat hand- en spandiensten te laten verrichten. Bovendien ben ik bereid hem daarvoor een kleine vergoeding te geven. Maar ik ben bang dat hij na zijn stage blijft hangen en een beroep zal doen op arbeidsrechtelijke bescherming. Bovendien vraag ik mij af of hij dan niet het wettelijk minimumloon zal eisen voor zijn hand- en spandiensten. Is het mogelijk een stagiair in dienst te nemen zonder het risico dat ik langdurig aan hem ben gebonden en hem een volwaardig salaris ben verschuldigd?”

Het antwoord hierop is: ja, dat is zeer goed mogelijk, hoewel u de wet tegen u lijkt te hebben. U dient echter nadrukkelijk met een aantal hierna te noemen aspecten rekening te houden.

Art. 7:610 van het Burgerlijk Wetboek definieert een arbeidsovereenkomst als “de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.” Zodra er sprake is van een arbeidsovereenkomst, bent u aan de wettelijke bepalingen gebonden die hiervoor zijn geschreven, waaronder de wettelijke ontslagbescherming. Bovendien bent u dan ten minste het wettelijke minimumloon verschuldigd.

Zwaartepunt

Op het eerste gezicht lijkt er volgens de wettelijke definitie al sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst als u de stagiair onder uw gezag tegen beloning werkzaamheden laat verrichten. De Hoge Raad deed hierover echter in 1983 een genuanceerde uitspraak. De Hoge Raad overwoog dat een van de vereisten van een arbeidsovereenkomst is dat de te verrichten arbeid een prestatie moet zijn aan de werkgever. De overeenkomst is in het algemeen geen arbeidsovereenkomst als de arbeid niet van waarde is voor de wederpartij maar gericht is op scholing en vorming, zoals bij een leerovereenkomst het geval kan zijn. In geval van een gemengde leerwerkovereenkomst gaat het er dus om waarop het zwaartepunt ligt.

De laatste jaren volgt de Hoge Raad consequent de redenering dat van belang is “hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. (...) Daarbij is niet één enkel kenmerk beslissend maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderlinge verband worden gezien.” Dus is het doel dat partijen hadden bij het aangaan

van de overeenkomst uitdrukkelijk van zwaarwegend belang, vooral als andere factoren in diezelfde richting wijzen, waaronder de wijze en het karakter van belonen.

Serieuze begeleiding

Juridisch is het van belang dat u de stagiair ook daadwerkelijk werkzaamheden laat verrichten waarbij de nadruk ligt op de van tevoren beschreven leerdoelen. Daarbij dient u de stagiair serieuze begeleiding aan te bieden. Als het accent bij de werkzaamheden komt te liggen op de productiviteit, zal niet snel het bestaan van een leerovereenkomst worden aangenomen, maar toch een arbeidsovereenkomst. Daarnaast mag de beloning die u de stagiair toekent nadrukkelijk niet bestemd zijn als salaris, wel vooral als dekking van onkosten en een klein beetje, daarop in redelijke verhouding afgestemd, voor te verrichten prestaties. Tot slot is van belang dat de stagiair samen met u nadrukkelijk de bedoeling van de overeenkomst onderschrijft, te weten het leren onder begeleiding. Regel dit bij voorkeur schriftelijk. Voor de zekerheid kunt u samen aan de te sluiten overeenkomst een vooraf bepaalde duur toekennen waarna deze automatisch zal zijn beëindigd.

1.5 Voorkom onrechtmatige concurrentie door uw aanstaande ex-werknemer

U zult niet de eerste zijn die het als werkgever overkomt. Een van uw meest loyale werknemers zegt zijn dienstverband bij u op. Aanvankelijk doet hij tegenover u geheimzinnig over zijn toekomstplannen. Na enkele weken komt de aap uit de mouw. Hij blijkt voor zichzelf te beginnen. Maar niet alleen dat. Met de bedrijfsactiviteiten die hij begint te ontplooiën, beconcurrereert hij u op het scherpst van de snede. De kennis die hij tijdens zijn dienstverband over uw bedrijf en uw relaties heeft verworven, dreigt hij volop te benutten. Bij u rijst de vraag of u voldoende juridische beschermingsmaatregelen heeft. Heeft u met uw medewerker vooraf een rechtsgeldig concurrentiebeding gesloten? Zijn er nog andere mogelijkheden om een spaak door de rijdende wielen van uw vertrokken medewerker te steken?

Klassiek omstreden

Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst is klassiek omstreden. Enerzijds wil de werknemer zich vrij op de arbeidsmarkt kunnen bewegen. Anderzijds wil de werkgever voorkomen dat zijn werknemer de bij hem opgedane specifieke, bedrijfsgevoelige kennis en ervaring aan zijn concurrenten weggeeft. In art. 7:653 BW stelt de wetgever daarom speciale eisen aan het concurrentiebeding. Zo dient het concurrentiebeding schriftelijk in het individuele basiscontract te worden opgenomen.

Postcontractuele zorgvuldigheid

Ook zonder dat u van tevoren een concurrentieverbod heeft bedongen kunt u onrechtmatige concurrentie van uw voormalige medewerkers verhinderen. De werknemer die zijn arbeidsovereenkomst opzegt en elders concurrerende activiteiten opzet kan namelijk, ook als er geen schriftelijk overeengekomen concurrentieverbod is, onrechtmatig handelen tegenover u. Tegen dergelijke acties kunt u achteraf alsnog via de rechter een verbod eisen. De naleving kunt u afdwingen onder dreiging van een dwangsom.

In juridische termen houdt een werknemer die zelf zijn arbeidsovereenkomst opzegt zogenoemde 'postcontractuele zorgvuldigheidsverplichtingen'. Dat wil zeggen dat de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst zorgvuldig moet blijven omgaan met de bedrijfsgegevens en -eigendommen die hem tijdens zijn dienstverband zijn toevertrouwd. Dan moet er wel sprake zijn van bijzondere bijkomende omstandigheden. De vaste rechtspraak noemt als bijvoorbeeld van een bijzondere omstandigheid dat de werknemer "gedurende een bepaalde periode na einde dienstverband stelselmatig klanten en relaties van zijn vorige werkgever probeert af te nemen, daarbij gebruik makend van de bij werkgever verworven speciale kennis en gegevens voor zijn bedrijfsdebet."

U bent dus niet aan de goden overgeleverd als u om welke reden ook geen rechtsgeldig concurrentieverbod met uw werknemer overeen bent gekomen. Ook dan mag deze na vertrek uw klanten niet actief benaderen en hij mag ook geen onware mededelingen doen over uw bedrijf. Toch is het verstandig om in de arbeidsovereenkomst nadrukkelijk schriftelijk een concurrentieverbod op te nemen.

1.6 U kunt al bij het sluiten van het arbeidscontract een beëindigingsregeling treffen

“Wij zijn de aandeelhouders van een besloten vennootschap. Voor de directievoering ervan zijn wij op zoek geweest naar een statutair directeur. Wij lijken een geschikte kandidaat gevonden te hebben. Nu zijn we met elkaar in onderhandeling over de contractuele voorwaarden. Een van de bespreekpunten is dat de kandidaat van tevoren in de arbeidsovereenkomst een afvloeiingsregeling opgenomen wil zien. Wij vragen ons af wat de juridische waarde is van zo’n beding.”

De juridische positie van een statutair directeur is een verhaal apart. Zo biedt de wet de statutair directeur minder juridische ontslagbescherming dan een ‘gewone’ werknemer. Voor de opzegging van het dienstverband met de statutair directeur is bijvoorbeeld geen ontslagvergunning nodig. Eenmaal ontslagen kan de gewezen statutair directeur bovendien ook geen herstel van de dienstbetrekking vorderen. Deze uitgekledede ontslagbescherming kan een voorname reden zijn om reeds van tevoren een beëindigingsregeling overeen te komen voor de situatie dat ontslag onvermijdelijk zal zijn.

Calculeerbare risico’s

Hiermee is niet gezegd dat de statutair directeur geen enkele wettelijke ontslagbescherming heeft. Ook het ontslag van een statutair directeur vereist namelijk de nodige omzichtigheid. Zo is voor de besluitvorming over het ontslag een aandeelhoudersvergadering nodig waarin de statutair directeur over het voornemen van het ontslag dient te worden gehoord. Als dergelijke formaliteiten niet correct plaatsvinden kan het ontslag achteraf nietig worden verklaard. Daarnaast kan de ontslagen directeur bij de rechtbank een bodemprocedure voeren als hij vindt dat er onvoldoende rekening is gehouden met de financiële gevolgen van zijn ontslag of als het ontslag in zijn ogen om andere redenen ‘kennelijk onredelijk’ is. Het voorkomen van zo’n onzekere juridische strijd kan ook een reden zijn om calculeerbare risico’s van tevoren in een beëindigingsregeling af te dekken.

Het wettelijk systeem gaat ervan uit dat partijen binnen de grenzen van de wet vrij zijn in wat zij overeen wensen te komen. In het arbeidsrecht is dat niet anders. De arbeidswetgeving laat het opnemen van een beëindigingsregeling in een arbeidsovereenkomst toe. Er is dus geen juridisch bezwaar tegen het bedingen van zo’n regeling.

Adder onder het gras

Er is echter wel een adder onder het gras. De rechter acht zich namelijk niet per definitie aan een beëindigingsregeling gebonden. Dat hoeft wettelijk gezien ook niet. Onder specifieke omstandigheden mag de rechter zijn eigen beoorde-

lingsmaatstaf volgen. De toepassing van de kantonrechttersformule blijft daarbij doorgaans zijn richtsnoer.

Alternatief

Een langere dan de wettelijke opzegtermijn kan een alternatief zijn voor de beëindigingsregeling. Nadat opzegging door de aandeelhoudersvergadering van het dienstverband heeft plaatsgevonden, houdt de statutair directeur immers nog aanspraak op doorbetaling van zijn salaris gedurende die opzegtermijn. Daarbij bestaat de kans dat de ontslagen statutair directeur voortijdig een andere dienstbetrekking vindt. Een langere uitwerkperiode kan een ontslag in de ogen van de rechtbank minder snel ‘kennelijk onredelijk’ maken.

U ziet dat het op zichzelf geen bezwaar is om van tevoren met uw statutair directeur een beëindigingsregeling te treffen. Dat is op zichzelf ook geen vreemde juridische eend in de bijt. Zo kunt u ook op de juridische gevolgen van een relatiebreuk anticiperen door het sluiten van huwelijkse voorwaarden of een samenlevingscontract. Het rekening durven houden met dergelijke breuken en dat van tevoren durven te bespreken kan op zichzelf van een vertrouwenwekkende onderlinge verhouding getuigen.

1.7 Gedwaald over tbs-verleden nieuwe werknemer

Stel dat u erachter komt dat een van uw werknemers een verleden heeft als tbs'er. Mag u hem dan op staande voet ontslaan? De kantonrechter oordeelde in de zaak die we hier beschrijven van niet. Relevant is of dat tbs-verleden een belemmering is voor de uitoefening van de functie.

De casus

Partijen ondertekenen op 18 maart 2005 een arbeidsovereenkomst van 1 april 2005 tot 1 mei 2006. De werknemer zal in dienst treden als magazijnmedewerker. In het sollicitatiegesprek vraagt de werkgever aan de kandidaat naar de 'witte vlek' op het cv van de kandidaat. De kandidaat antwoordt slechts destijds psychische problemen te hebben gehad. De werkgever neemt met dit antwoord genoegen.

Op 24 maart 2005, dus nadat de partijen de arbeidsovereenkomst voor akkoord hebben ondertekend, maar enkele dagen voordat de arbeidsovereenkomst ingaat, informeert de werknemer de werkgever dat hij een tbs-verleden heeft als gevolg van een zedendelict. De werkgever bericht de werknemer daarop bij brief d.d. 30 maart 2005 dat de per 1 april 2005 afgesloten arbeidsovereenkomst niet zal worden aangegaan. Daarnaast ontbindt de kantonrechter op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst wel zou bestaan, met ingang van 1 januari 2006 onder toekenning aan de werknemer van één maandsalaris.

Geen onaanvaardbare risico's

De werknemer stelt een loonvordering tegen de werkgever in. Hij verlangt de uitbetaling van het salaris over de periode tot 1 januari 2006, zijnde de datum waarop de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk heeft ontbonden. Hij stelt dat zijn werk, dat bestond uit glassnijden, uitzoeken, klaarzetten, bezorgen en algemeen magazijnbeheer, geen onaanvaardbare risico's voor zijn werkgever met zich meebracht. Hij voert daartoe aan dat hij inmiddels is getrouwd en een dochtertje heeft, in het magazijn enkel met mannen werkt en beperkte klantencontacten heeft. Zijn werkgever stelt dat wel sprake is van een onaanvaardbaar risico. Werknemer zou tijdens de inwerkperiode sporadisch met vrouwen hebben gewerkt. Werkgever merkt tot slot op dat ruim een kwart van de tbs'ers recideert.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemer toe. De kantonrechter stelt vast dat de werkgever niet heeft geïnformeerd naar een eventueel strafrechtelijk verleden omdat die informatie niet relevant lijkt te zijn voor het kunnen uitoefenen van de functie. Verder overweegt de kantonrechter: "Werknemer is ter zake van het gepleegde delict gestraft en hij heeft tbs ondergaan. Voor (verdere) verlenging van de tbs heeft de rechter kennelijk geen grond ge-

zien. Op grond van art. 8 lid 1 EVRM, betreffende het recht op privéleven van een werknemer, past bovendien terughoudendheid een onbeperkt recht aan te nemen van een werkgever om informatie in te winnen omtrent onderwerpen die dat privéleven diepgaand kunnen raken. De vraag van werkgever in de sollicitatieprocedure omtrent de witte vlek heeft werknemer derhalve niet hoeven noodzaken te verklaren omtrent zijn strafrechtelijk verleden en de aard van de functie maakte het op zich niet nodig dat die gegevens worden gevraagd of spontaan verstrekt." De kantonrechter concludeert dat het ontslag op staande voet geen stand kan houden. Wel matigt hij de loonvordering tot 3 maanden. De werknemer had namelijk ondertussen een andere dienstbetrekking gevonden.

Commentaar

De maatschappelijke onrust rond tbs'ers heeft ook het arbeidsrecht bereikt. Ook werkgevers kunnen worden geconfronteerd met een onbekend tbs-verleden van werknemers. Uit deze uitspraak blijkt dat het ontslag van zo'n werknemer niet zonder slag of stoot gaat. Maar ook dat het informeren naar privéaangelegenheden aan beperkingen is gebonden. Alleen in uitzonderlijke situaties, als de functie dat vereist, mag de werkgever van de hoed en de rand weten.

Deze uitspraak illustreert het spanningsveld tussen het werkgeversbelang om risico's op de werkvloer zo klein mogelijk te houden enerzijds en het maatschappelijk belang dat ook mensen met een afgesloten tbs-verleden weer aan het maatschappelijk verkeer kunnen deelnemen anderzijds. De rechter hanteert hierbij een formeel criterium, namelijk dat een andere rechter geen aanleiding heeft gezien de tbs te verlengen. Daarnaast beoordeelt hij of de aard van de functie verhoogde risico's met zich meebrengt. Er zijn banen voorstelbaar waarin van medewerkers een hoge mate van betrouwbaarheid wordt vereist.

Tot slot moet voor ogen worden gehouden dat de maatschappelijke onrust rond het tbs-beleid met name betrekking heeft op de risico's van recidive bij proefverloven. In deze zaak was geen sprake van een proefverlof, maar was de ex-tbs'er definitief op vrije voeten. Dat neemt niet weg dat veel werkgevers vrees hebben om mensen met een dergelijke achtergrond in hun gelederen te hebben. Het advies is steeds kritisch te blijven rond witte vlekken in cv's en bij tijdig ontdekte missers desnoods een beëindiging met vergoeding te aanvaarden.

1.8 Veroordeling wegens personeelsadvertenties met leeftijdseis

Het stellen van leeftijdseisen in personeelsadvertenties kan in strijd zijn met de wet. Dat blijkt uit een reeks van oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling. Volgens de Wet Gelijke Behandeling mag je in een personeelsadvertentie alleen een leeftijdseis of -indicatie opnemen als je ook een rechtvaardigingsgrond opneemt. Zonder een rechtvaardigingsgrond is de personeelsadvertentie met leeftijdseis of -indicatie zonder meer in strijd met de wet. Dan ligt het oordeel dat verboden onderscheid is gemaakt voor de hand.

De Commissie was gevraagd te oordelen over vier uiteenlopende personeelsadvertenties waarin een leeftijdsgrens of een leeftijdsindicatie was vermeld. In het Dagblad van het Noorden stond een personeelsadvertentie voor een horecamedewerker met de tekst: “zoekt een gemotiveerde, flexibele horecamedewerker/ster, +/- 18-20 jaar, voor circa 30 uur”. Een landelijke uitzendorganisatie plaatste op de website van het CWI een personeelsadvertentie met als aanvullende eis “maximaal 35 jaar” En een eenmanszaak publiceerde op internet een vacature met als eis: “Leeftijd tussen 24 en 34 jaar”. Enkele oudere sollicitanten ergerden zich hieraan omdat bij de vermelde leeftijdsbeperkingen geen redenen werden genoemd. Zij voelden zich door deze leeftijdseisen gediscrimineerd, temeer omdat ook werklozen ouder dan 57,5 jaar met aanspraak op een WW-uitkering tegenwoordig sollicitatieplichtig zijn.

Verweer

De aangeklaagde bedrijven voerden aan dat de leeftijdsgrenzen in de geplaatste personeelsadvertenties slechts indicatief bedoeld waren. “Geenszins is deze indicatie bedoeld om mensen van andere leeftijden uit te sluiten.” De bedrijven verzekerden tijdens de klachtprocedure alle sollicitatiebrieven serieus te nemen, ongeacht de leeftijd van de sollicitant. Zij stelden geen sollicitatiebrieven terzijde te leggen vanwege de leeftijd van de sollicitant. Zij voerden als rechtvaardiging voor het vermelden van de leeftijdsindicatie hun huidige samenstelling van het team aan. Het uitzendbureau bracht bovendien omstandig naar voren dat zijn opdrachtgever had gemeend een leeftijdseis van maximaal 35 jaar te mogen stellen “gelet op de leeftijdsopbouw van het team, de meer adequate kennis van recenter opgeleide medewerkers van planningssystemen en methodieken die essentieel is voor de uitvoering van de functie en wegens bedrijfseconomische redenen.”

Onvoldoende rechtvaardiging

De Commissie stelt in haar oordelen voorop dat “indien bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt” ingevolge art. 9 van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Leeftijd (WGBl) “de grond daarvan uitdrukkelijk dient te worden vermeld.” Alleen al het ontbreken van een motivering in de advertenties zelf waarom een maximale leef-

tijdgrens is gesteld of leeftijdsindicatie van belang is, maakt de advertenties onrechtmatig. Maar ook als de teamsamenstelling of andere redenen die tijdens de klachtenprocedure werden aangevoerd wel uitdrukkelijk zouden zijn vermeld, zouden die niet per se voldoende rechtvaardiging vormen voor het stellen van een leeftijdseis of -indicatie. De Commissie voegt eraan toe dat zij een leeftijdsindicatie in een personeelsadvertentie ziet als leeftijdseis. Het doet het er ook niet toe dat de betrokken bedrijven beweren dat zij bij de daadwerkelijke werving en selectie van personeel geen onderscheid op grond van leeftijd maken.

Dat niet elk bedrijf goed op de hoogte is van de nieuwste gelijke-behandelingswetgeving blijkt uit het volgende incident. Een sollicitant wilde inlichtingen over een vacature en belde daarvoor met een medewerker van het bedrijf waar hij wilde solliciteren. Hij vroeg of die medewerker op de hoogte was van de wetgeving die met ingang van 1 mei 2004 van kracht was op het gebied van gelijke behandeling. Het antwoord van de medewerker aan de sollicitant: “Dat weten we, maar we leven in een vrij land, dus kunnen we zelf bepalen wat we in de advertentie zetten.” De medewerker betoogde verder dat er geen wet is die hem kan verbieden een leeftijds criterium te stellen. Op de vraag van de sollicitant hoe hij het zou vinden als verzoeker een en ander aan de Commissie zou voorleggen, zei de medewerker dat de sollicitant dan op de zwarte lijst van het bedrijf zou komen te staan. Ook dit bedrijf kreeg van de Commissie Gelijke Behandeling het oordeel dat het een verboden onderscheid naar leeftijd had gemaakt, namelijk “door een ongemotiveerde leeftijdseis te stellen in een personeelsadvertentie en door verzoeker wegens zijn leeftijd af te wijzen voor de functie.”

Commentaar

De betekenis van deze uitspraken moet niet worden overschat. Op grond van de wet is het verboden in personeelsadvertenties leeftijdseisen of -indicaties te noemen. Gebeurt dat toch – al dan niet per ongeluk – dan levert dat de vermelde oordelen op dat u als bedrijf verboden onderscheid heeft gemaakt. En dat is het dan. Waar het bij deze uitspraken vooral om lijkt te gaan, is dat u als bedrijf niet openlijk ongemotiveerde leeftijdseisen stelt en dat u uw sollicitanten niet afwijst met als officiële redengeving hun leeftijd.

Op het eerste gezicht lijken deze oordelen dus nogal vrijblijvend. Want wat zijn de gevolgen als de Commissie Gelijke Behandeling oordeelt dat u als bedrijf een verboden onderscheid naar leeftijd hebt gemaakt? In juridische zin is daarmee het onrechtmatig handelen jegens de gediscrimineerde gegeven en bent u schadelijk. Maar bij in geld waardeerbare schade is in dit soort gevallen weinig voor te stellen. De betekenis van zo'n geanonimiseerde uitspraak is voorlopig vooral symbolisch. U heeft dan als bedrijf in strijd met de wet gehandeld en u zult zich de vraag stellen of u zich dat als bedrijf wilt aantrekken.

2.1 Eenzijdig wijzigen van arbeidsvoorwaarden geen onmogelijke opgave

Het kan gebeuren. U heeft een goed lopend bedrijf, maar door de economische recessie is de afgelopen jaren de klad gekomen in de winstgevendheid ervan. Dan moet er bezuinigd worden. De loep gaat over de kostenposten. Uw vermoeden wordt bevestigd dat ook de personeelskosten inmiddels de pan zijn uitgezeten. De conclusie is even eenvoudig als doeltreffend: u moet op de salariskosten bezuinigen.

Er zijn veel wegen die kunnen leiden tot het beoogde doel. Wellicht overweegt u een reorganisatie. In een moeite door wilt u de werkrelatie beëindigen met mensen die al een tijd de sfeer verpesten. Het is allemaal mogelijk. In dit artikel staat de vraag centraal hoe u de salarissen met bijkomende emolumenten structureel kunt verlagen van de medewerkers die u hoe dan ook wilt behouden.

Het arbeidsrecht beschermt werknemers, maar houdt de deur voor ondernemers gelukkig soms op een kier. Dat geldt zeker voor de mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Uiteraard zijn de mogelijkheden door de wetgever begrensd. Alleen met de nodige omzichtigheid is resultaat te boeken.

Wijzigingsbeding

In de eerste plaats kijkt u na of u met uw werknemers een zogenoemd 'wijzigingsbeding' bent overeengekomen. Dat is een beding in de individuele arbeidsovereenkomsten waarin u zich uitdrukkelijk het recht heeft voorbehouden om in geval van een 'zwaarwichtig belang' de arbeidsvoorwaarden te mogen wijzigen. Is het gebeurd, dan kunt u doorstomen. Zo niet, dan is er nog net geen man overboord, maar adviseren we om bij de eerstvolgende contractsluiting een dergelijk beding alsnog standaard in uw modellen op te nemen.

Niet voor niets heeft de wetgever namelijk in de wet de bepaling opgenomen dat werkgevers met werknemers overeen mogen komen dat arbeidsvoorwaarden eenzijdig mogen worden gewijzigd. Daaraan zijn wel voorwaarden verbonden. In de eerste plaats moet een dergelijk beding vooraf schriftelijk in het arbeidscontract zijn opgenomen. Mondeling is dus niet genoeg. In de tweede plaats mag u het slechts inroepen als sprake is van een 'zwaarwichtig belang'. Het meest sprekende voorbeeld van zo'n zwaarwichtig belang is dat door bedrijfseconomische problemen het voortbestaan van het bedrijf in het geding is.

Als u in uw oneindig optimisme geen contractuele voorzorgsmaatregelen heeft getroffen, is er zoals geschreven nog net geen man overboord. Wel moet u dan uitwijken naar een andere wettelijke bepaling. Die komt niet uit het arbeidsrecht, maar heeft een algemene gelding in het gehele vermogensrecht. Als u zakelijk bent ingesteld, weet u dat geldt: 'contract is contract' en dat afspraken

dus altijd moeten worden nagekomen. Toch kunnen zich zogenoemde 'onvoorzien omstandigheden' voordoen, die met zich meebrengen dat de gemaakte afspraken hoe dan ook moeten worden gewijzigd. Daarom heeft de wetgever in 'het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht' in het Burgerlijk Wetboek een vluchtweg opgenomen. U kunt de rechter om toestemming vragen om in een dergelijke situatie de gevolgen van de overeenkomst te mogen wijzigen.

U zult zich afvragen wat de verschillen zijn tussen deze beide door de wetgever geboden opties. Die verschillen zijn in de eerste plaats van strategische aard. Als u met uw werknemers bij voorbaat de optie hebt opengehouden om eenzijdig arbeidsvoorwaarden te mogen wijzigen, hoeft u niet vooraf de rechter nog om toestemming te vragen. Als u die optie niet hebt opgenomen, verwacht de wetgever van u dat u zelf in actie komt en toestemming vraagt aan de rechter om die eenzijdige wijziging door te voeren.

Daarnaast is er een verschil in reikwijdte. Een wijziging in de arbeidsvoorwaarden doorvoeren wegens een zwaarwichtig belang klinkt toch minder moeilijk dan in geval van "onvoorzien omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten." Het zou niet de eerste keer zijn dat het bij dit soort begripsverschillen aankomt op het finale oordeel van de Hoge Raad.

Verlaging pensioenbijdrage

Wellicht overweegt u te bezuinigen op uw bijdragen aan de pensioenopbouw van uw werknemers. Dat lijkt vooral bij jongere medewerkers minder zwaar te vallen. Toch moet u de verlaging van uw bijdragen aan de pensioenopbouw van uw medewerkers pas in laatste instantie overwegen. De wetgever hecht namelijk zwaar aan een deugdelijke pensioenopbouw van werknemers. In de Pensioen- en Spaarfondsenwet is een serie eisen opgenomen waaraan voldaan moet zijn voordat u als werkgever op uw eigen pensioenbijdragen mag beknibben. Er moet dan sprake zijn van een 'ingrijpende' situatie. Bovendien moet u het van tevoren schriftelijk eens zijn geworden met de betrokken werknemer over de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging van deze looncomponent. Daarnaast moet u de pensioenuitvoerder van dit voorbehoud vooraf in kennis hebben gesteld. Een administratief mijnenveld dus.

Open kaart spelen

De wettelijke basis voor een eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden is hoe dan ook aanwezig. Nu komt het aan op de juiste praktische aanpak. Uw geloofwaardigheid mag daarbij niet in twijfel komen. U moet open kaart spelen. Of, zoals u wilt, met de billen bloot.

U wilt dus de salarissen en bijkomende emolumenten verlagen vanwege stormachtige bedrijfseconomische tegenwind. Dat verlangt stuurmanskunst. Enerzijds wilt u onrust bij uw personeel, uw klanten en leveranciers voorkomen. Anderzijds moet het voor uw medewerkers wel duidelijk zijn dat voortmodderen met de bestaande hoge salarissen en gadgets het voortbestaan van uw onderneming en dus hun arbeidsplaatsen bedreigt. Daarom moeten in ieder geval de actuele verliescijfers en vermogenspositie zakelijk maar indringend op tafel komen. Het liefst ondersteund met een verslag van bevindingen van uw gecertificeerde accountant. Zodat de objectieve feiten voor zichzelf gaan spreken.

De volgende stap is het betrekken van de ondernemingsraad (als u die heeft) bij uw plannen. De instemming van de ondernemingsraad is verplicht als u een beloningssysteem heeft dat u op de schop neemt. In ieder geval kan de instemming van een personeelsvertegenwoordiging bijdragen aan de acceptatie van de salarisverlaging onder uw personeel. U heeft dan de belangrijkste strijd gewonnen. Maar u mag het hierbij niet laten. Uit voorbeelden in de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat er regelmatig ondernemers zijn die in het zicht van de finish onderuit gingen omdat ze in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat ze de eindstreep al gehaald hadden.

De eindstreep

Om de eindstreep te halen komt het uiteindelijk allemaal aan op het verkrijgen van instemming van elke individuele werknemer met wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Presenteer een eenzijdige wijziging daarom niet als een voldongen feit. De ervaring leert dat die aanpak min of meer een garantie voor juridische ongelukken vormt. Het minst erge daarvan is dat werknemers al dan niet na ingewonnen juridisch advies veelal gewoon door een dergelijke halfslachtige aanpak heen prikken. Dan zijn de rapen gaar, de werkverhoudingen voor langere tijd verziekt. Erger kunnen de gevolgen zijn als de betrokken werknemers binnen de wettelijke verjaringstermijnen alsnog op de clandestiene salarisverlaging terugkomen. Uw bezuinigingsoperatie is dan tot een hopeloze wassen neus geworden.

Mocht u uw onderneming willen verkopen dan zal de beoogde koper, vaak na een due diligence onderzoek, in ieder geval uiterst gecalculeerd reageren op het ontbreken van uitdrukkelijke schriftelijke instemmingen. De moraal van dit gedeelte van het verhaal luidt dan ook: laat uw werknemers voor de salarisverlaging na een goed gesprek met u persoonlijk tekenen.

Natuurlijk kan het gebeuren dat een enkele werknemer ondanks uw zorgvuldige aanpak niet akkoord gaat. Bestaat er een eenzijdig wijzigingsbeding dan zal hij zelf in actie moeten komen door u voor de rechter te dagen. Voor een procedure hoeft u bij de juiste, beschreven aanpak echter niet te vrezen. U heeft uw zaken op orde. Rechtspraak leert dat de rechter u bij de beschreven zorgvuldige

aanpak als goed werkgever zal beoordelen. Het komt dan alleen nog aan op de vraag of de werknemer wel goed werknemerschap toont door zich als een van de weinigen en tegen alle gegronde argumenten in bokkig te blijven opstellen.

Tips

- *Neem in al uw arbeidscontracten het voorbehoud op om arbeidsvoorwaarden in geval van zwaarwichtige belangen eenzijdig te mogen wijzigen.*
- *Ga pas in laatste instantie over op verlaging van uw pensioenbijdrage.*
- *Zorg dat u over actuele bedrijfseconomische cijfers beschikt.*
- *Schakel een accountant in om uw nijpende bedrijfseconomische positie te onderstrepen.*
- *Speel tegenover uw werknemers open kaart over uw nijpende bedrijfseconomische positie.*
- *Verhoog de acceptatie onder uw personeel door een vertegenwoordiging van uw personeel bij uw plannen te betrekken.*
- *Laat zien dat u niet alleen op personeelskosten bezuinigt.*
- *Organiseer met elke werknemer een persoonlijk, warm, goed en begripvol gesprek.*
- *Laat ieder van uw werknemers afzonderlijk tekenen voor de wijziging.*
- *Schakel in een vroegtijdig stadium juridische bijstand in van een arbeidsrechtelijk deskundige voor de juiste, zorgvuldige aanpak, en ter voorkoming van missers als het onverhoopt toch tot een procedure komt.*

2.2 Bonusregeling kan niet zomaar eenzijdig worden opgezegd

De werkgever mag een eenmaal overeengekomen bonusregeling niet zomaar eenzijdig wijzigen. Dat oordeelde de kantonrechter te Rotterdam. Evenals bij andere primaire arbeidsvoorwaarden is eenzijdige wijziging van een bonusregeling alleen toegestaan als er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden.

De casus

De beide werknemers zijn in 1992 bij Monterey Management in loondienst getreden. Zij zijn toen overeengekomen te zijner tijd deel te zullen nemen in het aandelenkapitaal. In plaats daarvan zijn partijen later een bonusregeling overeengekomen. Deze houdt onder andere in dat de beide werknemers elk recht hebben op minimaal 30 procent van de winst. Bij verkoop van de aandelen zullen de bonusrechten van de werknemers worden afgekocht door de betaling van een bedrag gelijk aan 33 procent van de verkoopprijs. De aandeelhouders zeggen de bonusovereenkomst echter eenzijdig op. De werkgever laat beide werknemers weten de bonusregeling eenzijdig te wijzigen in een prestatietoeslag. De werknemers zijn het er niet mee eens. Zij eisen bij de kantonrechter voortzetting van de bonusregeling.

De vraag die de kantonrechter dient te beantwoorden is of Monterey Management gerechtigd is om de bonusregeling eenzijdig te wijzigen in een prestatietoeslag. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever daartoe niet gerechtigd is.

Essentiële arbeidsvoorwaarde

Bij dit oordeel betreft de kantonrechter het gegeven dat partijen niet van tevoren een zogenoemd eenzijdig wijzigingsbeding (als bedoeld in art. 7:613 BW) overeen zijn gekomen. Evenmin kunnen de redelijkheid en billijkheid of de beginselen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap in dit geval tot zo'n eenzijdige wijziging leiden. De kantonrechter weegt hierbij mee dat de tussen partijen tot stand gekomen bonusregeling "aangemerkt moet worden als een essentiële primaire arbeidsvoorwaarde, die een substantieel deel van de beloning vormt". Dan kan een beroep op een eenzijdige wijziging slechts worden gedaan als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Daarvan is in dit geval geen sprake. De verwijzing door Monterey naar het zogenoemde Taxi-Hofman arrest van de Hoge Raad gaat niet op omdat het daarin uitgewerkte criterium alleen van toepassing is op secundaire arbeidsvoorwaarden, meer in het bijzonder op de vraag of een werknemer moet meewerken aan een functiewijziging.

Monterey beroept zich in deze procedure op gewijzigde omstandigheden. Zij stelt sinds kort niet langer een zelfstandige positie meer te hebben, maar voortaan te moeten voldoen aan de rendementseisen die Fortis Bank Nederland NV nastreeft. Daarmee zou de scheefgegroeide beloningsstructuur niet zijn

te verenigen. Bovendien zou het handhaven van de bonusregeling de verkoop van de aandelen vrijwel onmogelijk maken. De kantonrechter betwijfelt of de aangevoerde omstandigheden zijn aan te merken als onvoorzien. Daarvoor is nodig dat deze omstandigheden zich hebben voorgedaan na het aangaan van de overeenkomst, zonder dat partijen die hebben voorzien of verdisconteerd. Afgezien daarvan dienen de aangevoerde omstandigheden "krachtens de aard van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen" voor rekening van Monterey te blijven.

Commentaar

Bonusregelingen zijn van deze tijd. Ze stellen de werkgever in staat beloningsrisico's in te perken en kunnen medewerkers stimuleren tot betere prestaties. Steeds meer werkgevers moedigen het aangaan van bonusregelingen dan ook aan. Wat sterk meespeelt is de gedachte dat de werkgever optimale flexibiliteit behoudt over de invulling van een deel van de toegekende beloning. Daaraan zijn echter grenzen gebonden, blijkt uit deze uitspraak. De regeling zal al snel tot de primaire arbeidsvoorwaarden kunnen worden gerekend, vooral als de bonus een substantieel deel van de beloning uit blijkt te maken. En dan wordt eenzijdig wijzigen ervan, bijvoorbeeld als de bedrijfssituatie zich wijzigt als gevolg van een voorgenomen verkoop, aanzienlijk lastiger. Met de vermeende flexibiliteit als argument om een bonusregeling voor medewerkers in te voeren, kan het dus in de praktijk nogal tegenvallen.

Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat bonusregelingen steeds vaker een bron zijn van juridische conflicten. Ook daaruit is de toenemende populariteit van dit moderne beloningsinstrument af te meten. Zo vindt de Kring van Kantonrechters dat bij de berekening van de hoogte van de ontbindingsvergoeding deze looncomponent doorgaans buiten beschouwing kan worden gelaten. Volgens regelmatige rechtspraak in de dagelijkse praktijk moet de component wel bij de berekening van de beëindigingsvergoeding worden betrokken wanneer de bonusregeling structureel een deel van het vaste salaris is geworden. In dat geval kan de rechter de werkgever bij het goedkeuren van het ontbindingsverzoek alsnog met een daarbij behorend onverwacht duur prijskaartje confronteren.

Subjectieve beoordelingsfactoren

Onenigheid is ook met vaste regelmaat aan de orde als de werkgever het toekennen van de bonus afhankelijk heeft gesteld van het functioneren van de werknemer op de werkvloer. Het toepassen van dat criterium kan namelijk tot nogal wat verontwaardiging bij werknemers leiden, leert ons vaste rechtspraak. Uiteraard is er geen probleem als de werkgever het functioneren van de werknemer uitsluitend afleidt van diens financiële prestaties. Een probleem ontstaat doorgaans zodra subjectieve beoordelingsfactoren bij de toekenning een rol gaan spelen, bijvoorbeeld de mate van loyaliteit.

De contractuele keuzevrijheid over hoe de werkgever de werknemer aan een bonusregeling wil verbinden is onbeperkt. Elke vorm heeft zijn nadelen. Het is aan te bevelen geen concrete bonusregeling toe te zeggen en vast te leggen als de werkgever als ondernemer zelf optimale vrijheid wenst te behouden over het al dan niet toekennen ervan in enig jaar. Het nadeel is dat dit in een teleurstellend jaar tot verolgen, ontevreden (want zich rijk gerekend hebbende) en zelfs daarvoor de rechter opzoekende werknemers kan leiden. Een nauwkeurig vastgelegde bonusregeling waarmee de werknemer aan de hand van uitsluitend objectieve criteria kan vaststellen of hij daarop aanspraak kan maken heeft ook een nadeel. De werkgever geeft dan namelijk al zijn vrijheid en flexibiliteit zo goed als weg om van jaar tot jaar te variëren. Het voordeel is dat hij er een hoop rechtszekerheid en misschien zelfs wel extra motivatie en inzet mee creëert. Kortom, bezint eer u met een bonusregeling begint.

2.3 Wanneer kan ik de aanvraag van mijn medewerker weigeren om zijn arbeidsduur te verminderen?

“Een van mijn medewerkers werkt net iets minder dan een jaar bij mij in een productieploeg. Ik ben met hem een arbeidsovereenkomst aangegaan voor 36 uur per week. Nu heeft hij mij een brief geschreven dat hij over twee weken nog maar 24 uur per week komt werken. Ik heb wel eens gehoord van een wet die bepaalt dat ik zo’n verzoek in principe moet inwilligen. Als ik dat doe belandt mijn bedrijf en het overige personeel echter in een onmogelijke situatie. Het liefste wijs ik zijn aanvraag af. Hoe kan ik hiermee het beste omgaan?”

De Wet Aanpassing Arbeidsduur bepaalt inderdaad dat de werkgever een aanvraag van een medewerker om de arbeidsduur aan te passen moet honoreren. Toch is het niet onmogelijk om de aanvraag van uw medewerker af te wijzen. De wet staat namelijk een belangrijke uitzondering toe. U mag de aanvraag afwijzen op grond van aantoonbare zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De vraag is wat de wetgever bedoelt met ‘zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen’. De rechters hebben daarover in uitspraken meer helderheid geschapen. Aan de hand van vijf tips lopen we de mogelijkheden voor u langs.

1. Als kleine werkgever heeft u meer mogelijkheden.

Omdat kleine werkgevers eerder in dit soort bedrijfsorganisatorische problemen terecht kunnen komen, is de wet nadrukkelijk niet van toepassing voor werkgevers met minder dan tien medewerkers. Als u zo’n kleine werkgever bent dan hoeft u een afwijzing van de aanvraag dus niet uitvoerig te onderbouwen. Niet dat u als kleine werkgever een aanvraag altijd kunt afwijzen. Mocht uw medewerker een zwaarwegend persoonlijk belang bij de aanpassing hebben dan zult u daarmee ook als kleine werkgever rekening moeten houden. Dat gebeurt dan op basis van de open norm van goed werkgeverschap. Bovendien verwacht de wetgever van een kleine werkgever dat deze een interne regeling opstelt voor aanvragen met betrekking tot aanpassing van de arbeidsduur. Ook als u in de ogen van de wetgever een kleine werkgever bent, houd het hier dus niet voor u op.

2. Toets de aanvraag eerst aan de formele beperkingen.

Voordat u de aanvraag inhoudelijk beoordeelt, is het verstandig te onderzoeken of de aanvraag wel voldoet aan de formele eisen die de wetgever daaraan stelt. De eerste is dat de gewenste ingangsdatum in de aanvraag staat en de gewenste spreiding van de uren. Ten tweede moet uw medewerker op de door hem gewenste ingangsdatum ten minste een jaar voor u hebben gewerkt. Als er sprake is van elkaar opeenvolgende arbeidsperioden voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, dient u deze voor die berekening bij elkaar op te tellen. Ten derde moet uw medewerker zijn aanvraag ten minste vier maanden voor de beoogde ingangsdatum schriftelijk bij u indie-

nen. Kantonrechters hechten hier zwaar aan. Uw medewerker hoeft zijn aanvraag niet inhoudelijk te motiveren.

3. Maak uw zwaarwegende belangen concreet en aantoonbaar.

Pas als de aanvraag van uw medewerker aan deze formele eisen voldoet, komt u aan de inhoudelijke beoordeling van zijn aanvraag toe. U dient dan na te gaan of er 'zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen' zijn. Hier is in ieder geval sprake van als de vermindering van arbeidsduur zal leiden tot ernstige problemen voor de bedrijfsvoering op het gebied van veiligheid of problemen van roostertechnische aard bij herbezetting van de vrijkomende uren. Als het om een vermeerdering van arbeidsuren gaat kan het zijn dat u onvoldoende werk of formatieruimte heeft. Wanneer dit zou leiden tot ernstige problemen van financiële of organisatorische aard is er ook sprake van zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen.

Uit veel van de tot nu toe gepubliceerde rechterlijke uitspraken blijkt dat u als werkgever vooral een goede kans maakt als u uw zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen niet alleen uitvoerig onderbouwt, maar ook cijfermatig aantoot. Werkgevers hanteren vaak de argumenten dat het moeilijk en bovendien kostbaar is om voor de openvallende uren een ander te vinden. De meeste kantonrechters vinden echter dat u eerst maar eens daadwerkelijk moet zoeken. Bij uitspraken waarin de kantonrechter oordeelde dat de werkgever het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur terecht had afgewezen, betrof het meestal goed voorbereide werkgevers. Zij wisten cijfermatig aan te tonen dat de aanpassing zou leiden tot afname van betrokkenheid en aanzienlijk hogere productiekosten. De werkgever die dan ook nog eens aan kan tonen dat hij serieus maar vergeefs heeft gezocht naar medewerkers die de openvallende uren kunnen invullen, ziet zijn kansen op een succesvolle afwijzing aanzienlijk stijgen.

4. Spreid zo mogelijk de resterende arbeidsduur.

Veel rechters lijken enerzijds nogal zuinig te zijn met de erkenning dat zwaarwegende bedrijfs- en dienstbelangen zich tegen vermindering of vermeerdering van arbeidsduur verzetten. Anderzijds bieden ze de werkgever veel vrijheid bij het bepalen van de spreiding van de resterende arbeidsduur. Het staat u als werkgever namelijk vrij de voorgestelde spreiding van de resterende uren te wijzigen indien u daarbij een redelijk belang heeft. De wens van de medewerker om ondanks de verlangde vermindering van arbeidsuren ook nog eens op vaste dagen te blijven werken, moet daarom meestal wijken ten gunste van uw belang als werkgever bij bijvoorbeeld zoveel mogelijk spreiding. De medewerker mag enige flexibiliteit van zijn werkgever verlangen, maar dient zich in ruil daarvoor flexibel op stellen bij de spreiding van zijn resterende arbeidsduur vanwege de beperkte mogelijkheden voor de werkgever om de openvallende uren in te vullen.

5. Wees op tijd met de afwijzing.

Als u tot de conclusie komt dat er zwaarwegende bedrijf- of dienstbelangen zijn die aanpassing van de arbeidsduur verhinderen, dan moet u nog even goed opletten. Vergeet dan namelijk niet die afwijzing ten minste een maand voor het door uw medewerker beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing schriftelijk mee te delen. Bent u te laat, dan wordt de arbeidsduur automatisch conform het verzoek van uw medewerker aangepast.

Als de medewerker zich niet wil neerleggen bij de afwijzing, kan hij zijn werkgever dagvaarden voor de kantonrechter, desnoods in kort geding. De kantonrechter zal dan uw afwijzing toetsen aan de wet zoals besproken. Als u uw huiswerk goed heeft gedaan, hoeft u de rechtszaak niet te vrezen.

2.4 Mag een werkgever bij bedrijfsverhuizing langere reistijd verlangen?

“Ons bedrijf heeft meerdere vestigingen, verspreid over Nederland. Enkele vestigingen worden in het kader van een reorganisatie samengevoegd. Arbeidsplaatsen komen vooralsnog niet te vervallen. Wel dienen de medewerkers van die vestigingen een langere reistijd te overbruggen. Voor sommigen betekent dat een toename in reistijd tot zo'n drie uur per dag. Dat gaat zonder twijfel met gemor gepaard. Wij bieden hen wel compensatie aan in de vorm van een reiskosten- of verhuisvergoeding. Mogen zij de aanvaarding van deze nieuwe arbeidsplaatsen weigeren? Kan ik de medewerkers die weigeren zonder problemen ontslaan?”

Bij het vervullen van een overeengekomen dienstbetrekking is het de verantwoordelijkheid van de medewerker om zijn werkplek met eigen middelen te bereiken. De tijd en afstand die de medewerker moet overbruggen om op zijn werkplek te komen, valt buiten de verantwoordelijkheid van de werkgever. Uiteraard zijn partijen vrij anders overeen te komen. Vaak is een werkgever bijvoorbeeld bereid een reiskostenvergoeding uit te betalen, maar hij is daartoe niet verplicht.

Wat is redelijk?

Het wijzigen van de standplaats van de werkgever vanwege bijvoorbeeld een bedrijfsverhuizing is een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst. Het juridische uitgangspunt is dat voor een rechtsgeldige wijziging van de contractuele voorwaarden de instemming van alle betrokken partijen vereist is. Voor het arbeidsrecht geldt hierop echter een belangrijke nuancering. De Hoge Raad heeft namelijk uitgemaakt dat van medewerkers mag worden verwacht dat zij instemmen met redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden op het werk. Medewerkers kunnen hieraan ontsnappen als de aanvaarding van dat voorstel in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd.

De vraag is vervolgens welke reistijd in redelijkheid van medewerkers kan worden gevraagd. De rechtspraak van de afgelopen jaren laat een gevarieerd beeld zien. Daarbij valt op dat rechters van medewerkers meestal instemming verlangen bij een substantiële toename van de reistijd tot zo'n 4,5 tot 5 uur per dag. Dat zal vooral het geval zijn als de werkgever ter compensatie een aanvullende reiskosten- of verhuisvergoeding aanbiedt. De toename van de reistijd met 2 uur per dag vinden rechters meestal niet onredelijk. Uit de rechtspraak is op te maken dat veel rechters van de betrokken medewerkers minstens een proefperiode verlangen waarin zij uitproberen of de reistijd te doen is.

Beperkingen

Een lange duur van het dienstverband kan een medewerker niet als argument gebruiken om overplaatsing tegen te houden. Niemand mag tegenwoordig ervan uitgaan dat zijn arbeidssituatie tot aan zijn pensionering gehandhaafd zal blijven. Wel dient de werkgever eerst te onderzoeken of een minder drastische wijziging mogelijk is, zoals de invulling van een vacature dicht bij de woonplaats van de medewerker. Ook dient de werkgever rekening te houden met eventuele lichamelijke beperkingen van de medewerker – zoals rugklachten – waardoor het reizen wordt bemoeilijkt.

De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden met de medewerker die weigert aan de eenzijdige wijziging mee te werken. Ook kan deze worden opgezegd na verkrijging van een ontslagvergunning op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. De medewerker kan eventueel de kennelijke onredelijkheid van het ontslag laten toetsen door de kantonrechter. Naarmate van de medewerker een grotere tijdsinvestering wordt verlangd, is de kans groter dat de kantonrechter aan de medewerker enige compensatie zal toekennen. Die compensatie is doorgaans beduidend minder dan bij een beëindiging wegens een zogenoemde neutrale reden.

WW-sanctie

Met betrekking tot de reisduur houdt de uitvoeringsinstelling als algemene regel aan dat tijdens het eerste halfjaar van de werkloosheid een werkaanbod passend is “voor zover de reistijd niet meer bedraagt dan rond de 2 uur per dag, tenzij in het oude beroep langere reistijden voor betrokkene gebruikelijk waren.” Na het eerste half jaar kunnen langere reistijden met een maximum van rond de drie uur per dag in beginsel geen belemmering vormen voor het aanvaarden van een werkaanbod. Bij voortdurende werkloosheid is het feit dat voor het aanvaarden van een baan zou moeten worden verhuisd als zodanig geen argument om een baan als niet passend te beschouwen. Soortgelijke uitgangspunten gelden bij de vraag of de medewerker verwijtbaar werkloos is door passende arbeid elders binnen het bedrijf te weigeren.

Keren we terug naar de vraag: ‘mag een werkgever bij bedrijfsverhuizing langere reistijd verlangen?’ Het aanbod lijkt op het eerste gezicht redelijk. De werkgever voert bedrijfseconomische redenen aan voor de sluiting van vestigingen. In het beleidsmatige aspect van zo'n managementbeslissing zullen de meeste kantonrechters zich niet willen begeven. Daarnaast biedt de werkgever de medewerkers compensatie voor de aanvullende reis- of verhuisbelasting. Wel dient de werkgever nog in individuele gevallen na te gaan of minder drastische maatregelen genomen kunnen worden en of in die individuele gevallen sprake kan zijn van lichamelijke of sociale beperkingen.

2.5 Juridische valkuilen bij bedrijfsovername

Bij de overgang van uw onderneming gaan de rechten en plichten van uw werknemers automatisch over op de overnemende partij. Onder invloed van Europese regelgeving is dit heldere beginsel in 1981 in ons Burgerlijk Wetboek vastgelegd. In de loop der jaren zijn over dit onderwerp echter nogal wat procedures gevoerd, vaak tot aan het Europees Hof van Justitie in Straatsburg toe. Met een uitspraak van de kantonrechter te Utrecht leek het einde van deze procedurestroom nog niet in zicht. Steeds doemen nieuwe interpretatievragen op. Uit de lange reeks van uitspraken blijkt wel dat rechters het begrip 'overgang van onderneming' nogal ruim interpreteren.

Art.7:663 BW formuleert het als volgt: "Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger." Onder 'overgang' verstaat art 7:662, lid 2 BW: "De overgang, ten gevolge van een overeenkomst, fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt." En onder 'economische eenheid' verstaat de wet: "Een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit." U zult begrijpen dat de wetgever heeft geprobeerd het onmogelijk te maken om met spitsvondige constructies onder deze overnameverplichtingen uit te komen. De overdracht vanuit een failliete boedel vormt tot nu toe de enige kraakheldere uitzondering.

Financieel ingrijpend

Het bij de koop van een onderneming mee overgaan van werknemers kan financieel nogal ingrijpend zijn, vooral als u dat als kopende partij niet goed inschat. De veelvuldige rechtspraak hierover leert dat op dit vlak regelmatig misrekeningen voorkomen. Niet alleen kunt u met een overschot aan personeel te maken krijgen, ook zult u de wellicht veel gunstigere arbeidsvoorwaarden moeten blijven hanteren waarop het personeel bij zijn oorspronkelijke werkgever aanspraak kon maken. Weliswaar is het dan vaak nog wel mogelijk tot ontslag over te gaan en tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, maar dat zal vanwege allerlei wettelijke beperkingen uiterst lastig zijn. Voorkomen is beter.

Kenmerkende omstandigheden

Om te voorkomen dat werknemers bij overgang van onderneming mee overgaan, is in het verleden nogal eens geprobeerd om al dan niet via een derde een nieuwe onderneming op te richten, die volgens het Europees Hof bij nader inzien echter een voortzetting bleek van een oude, geliquideerde onderneming. De ontslagen werknemers bij de oude, geliquideerde onderneming konden met succes aanspraak maken op toelating tot hun werkplek en doorbetaling van hun salaris bij de nieuw opgerichte onderneming. In 1987 oordeelde het Eu-

ropees Hof daarom dat van een 'overgang van onderneming' sprake is als de exploitatie in feite wordt voortgezet of na een korte periode van oponthoud wordt hervat. Gelet dient te worden op omstandigheden die kenmerkend zijn voor de overgang, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het feit dat de materiële activa al dan niet worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van overdracht, het feit dat vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer al dan niet wordt overgedragen, het feit dat de klantenkring al dan niet wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Deze factoren zijn slechts deelaspecten. Zij mogen niet afzonderlijk worden beoordeeld, maar moeten een globaal beeld opleveren.

Uitspraken Europees Hof

Ook als nauwelijks sprake is van materiële activa kan het oordeel zijn dat werknemers door overgang van onderneming van rechtswege zijn overgegaan. Dat is bijvoorbeeld het geval bij uitbesteding van schoonmaakwerkzaamheden. Het Europees Hof oordeelde in 1994 dat een bank die schoonmaakwerkzaamheden van een werknemer uitbesteedde, daarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling had overgedragen. Daardoor was sprake van een overgang van onderneming. Wanneer echter de aanwezigheid van kapitaal een belangrijk element van de onderneming vormt dan kan de onderneming niet haar identiteit behouden als zij zonder dat kapitaal overgaat. Dat was het geval toen de Finse overheid de concessie voor de exploitatie van buslijnen aan een nieuwe exploitant gunde. Omdat de nieuwe exploitant de bussen niet mee overnam was volgens het Europees Hof in 2001 geen sprake van overgang van onderneming. Daarentegen oordeelde het Europees Hof in 2003 dat het gunnen door een ziekenhuis van cateringactiviteiten aan een andere cateraar wel een overgang van onderneming in de zin van de wet is. Voor catering is namelijk heel wat uitrusting nodig. Daarbij doet niet ter zake dat het grootste deel van die uitrusting, zoals keukenapparatuur, door het ziekenhuis in bruikleen aan de cateraar wordt verstrekt.

Verkoop werkmaatschappij

Een andere discussie draait om de vraag of werknemers die vanuit een holding zijn gedetacheerd bij een werkmaatschappij bij de verkoop van die werkmaatschappij ook van rechtswege mee op de verkrijger overgaan. Strikt genomen zijn gedetacheerde werknemers bij het uitzendbedrijf in loondienst, dus geen werknemer bij het bedrijf waarheen zij zijn gedetacheerd. Je zou dan verwachten dat die gedetacheerde werknemers bij verkoop van het bedrijf waar zij zijn gedetacheerd niet van rechtswege mee overgaan. Op 15 maart 2006 (JAR 2006, 80) oordeelde de kantonrechter te Utrecht in een uitvoerig gemotiveerd vonnis anders. Het betrof werknemers die binnen het Heineken-concern in loondienst zijn van de holdingmaatschappij. Heineken detacheert hen bij de

tot het concern behorende werkmaatschappijen. De cateringactiviteiten binnen een van die werkmaatschappijen werden verkocht. De werknemers traden bij de koper in loondienst. Een van die werknemers vorderde dat de koper de gunstige arbeidsvoorwaarden die de werknemer bij Heineken had, diende na te leven. De kantonrechter had de vordering van deze werknemer in de kortgedingprocedure afgewezen, maar gaf de werknemer in de bodemprocedure alsnog gelijk. Na raadpleging van het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie is het gerechtshof te Amsterdam met deze uitspraak van de kantonrechter meegegaan. Ook een niet-contractuele werkgever kan volgens het Hof als ‘vervreemder’ in de zin van de Europese Richtlijn voor de rechten van werknemers bij overgang van onderneming worden beschouwd, ongeacht het feit dat de formele werkgever een andere vennootschap binnen datzelfde concern is.

Indringende waarschuwing

Voor alle ondernemers die overwegen om een onderneming te kopen, geldt de dringende waarschuwing niet te makkelijk ervan uit te gaan dat al dan niet gedetacheerde werknemers bij de verkoper zullen achterblijven. De financiële tegenvaller kan fors zijn wanneer u beduidend minder gunstige arbeidsvoorwaarden hanteert dan de verkoper. Met de genoemde uitspraken van de kantonrechter Utrecht en het gerechtshof te Amsterdam komt hier bij dat u ook het risico loopt dat u de arbeidsvoorwaarden moet hanteren van werknemers die waren gedetacheerd bij het bedrijf dat u koopt.

2.6 Cao-afspraken kunnen verlenging werkweek in de weg staan

Verlenging van de 36-urige werkweek staat volop in de belangstelling. Het is een van de manieren waarop ondernemingen proberen hun productiviteit zonder noemenswaardige extra kosten te vergroten en uit een eventuele gevarezone te komen. Bij Smead mislukt die verlenging. Hoewel de meeste medewerkers van twee van de drie vestigingen met verlenging zonder compensatie instemmen, steken de vakbonden een spaak in het wiel. Zij krijgen in kort geding de rechter mee. De van toepassing zijnde cao-afspraken blijken hier roet in het eten te gooien.

De casus

Smead is een onderneming die zich bezighoudt met het vervaardigen van ordeners met een metalen mechanisme, opbergmappen en hangmappen. Zij heeft vestigingen in Hoogezand, Reuver en Coevorden. Vanwege slechte bedrijfsresultaten stelt de directie aan haar medewerkers voor om de wekelijkse arbeidsduur zonder enige vorm van compensatie te verlengen van 36 uur naar 40 uur. De meeste medewerkers in Hoogezand en Reuver stemmen daarmee in. De meeste medewerkers van de vestiging Coevorden onthouden hun toestemming aan het voorstel.

De vakbonden FNV en CNV dagen Smead in kort geding voor de voorzieningenrechter. Zij vragen hem om Smead te verbieden om medewerkers van de vestigingen Hoogezand en Reuver meer arbeidsuren te laten verrichten dan de normaal gemiddelde arbeidsduur zoals voorgeschreven in de cao Grafimedia, die 36 uur bedraagt. Bij overtreding verlangen beide vakbonden elk een dwangsom van 5.000 euro. Daarnaast vorderen beide vakbonden 10.000 euro als voorschot op schadevergoeding wegens verlies aan vertrouwen en prestige.

Cao van toepassing

De voorzieningenrechter oordeelt eerst over de vraag of in deze kwestie de cao Grafimedia van toepassing is. Smead betwist dat namelijk. Volgens haar verricht de vestiging in Hoogezand andere activiteiten dan waarvoor de cao is geschreven. De voorzieningenrechter hecht weinig waarde aan dat verweer. Hij stelt vast dat Smead “zelf in een lengte van jaren zich kennelijk heeft beschouwd als een grafisch nabewerkingsbedrijf (zij was immers tot voor kort lid van het Koninklijk Verbond van Grafische Ondernemingen) en dat zij dat in het overleg met haar ondernemingsraad kennelijk ook steeds tot uitgangspunt heeft genomen.”

Volgens de voorzieningenrechter vloeit uit de cao Grafimedia voort dat “het doen verrichten van arbeid gedurende meer uren dan gemiddeld 36 uur per week niet is toegestaan.” Smead voert daar tegenin dat haar medewerkers hebben ingestemd met de invoering van een werkweek van 40 uur. Die vlieger gaat echter niet op. De cao Grafimedia is algemeen verbindend verklaard. Volgens

de wet zijn bedingen in strijd met bepalingen van een cao die algemeen verbindend is verklaard 'nietig'. "Elke afwijking van de cao die een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden inhoudt, is namelijk niet toegestaan. (...) De bescherming van werknemers dwingt tot het strikt handhaven van deze regel: gelet op de ongelijke posities is op bedrijfsniveau de werknemer immers veelal niet als een serieuze onderhandelingspartner aan te merken. Er kan bezwaarlijk per werknemer of groep van werknemers onderzocht worden of in volle vrijheid – zonder misbruik van omstandigheden – een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden is overeengekomen. Daarom moet de nietigheid van afwijkende afspraken ruim worden genomen: in beginsel altijd en overal". De voorzieningenrechter wijst de vordering van de vakbonden dan ook toe. Hij veroordeelt Smead om terug te keren naar de 36-urige werkweek.

Wenselijkheid

Wel spreekt de voorzieningenrechter uit dat zijn beslissing "geen oordeel inhoudt over de algemene aanvaardbaarheid of wenselijkheid van een kortere of langere werkweek." Zijn vonnis geeft 'slechts' aan dat Smead niet de vrijheid heeft de arbeidstijd te verlengen omdat en zolang de van toepassing zijnde cao haar een 36-urige werkweek voorschrijft. "Het antwoord op de vraag of in een bepaalde bedrijfstak of in een bepaald bedrijf de wekelijkse arbeidsduur dient te worden veranderd, is in dit kort geding niet aan de orde; dat antwoord zal eerst en vooral moeten worden geformuleerd in een samenspraak tussen de sociale partners."

Tot slot is het gevraagde voorschot van 10.000 euro aan de orde. De twee vakbonden stellen schade te hebben geleden. Deze bestaat volgens hen uit verlies aan vertrouwen en prestige bij hun leden en derden "nu zij ondanks alle inspanningen gedaagde nog niet hebben kunnen brengen tot het naleven van de cao." De voorzieningenrechter wijst aan de vakbonden het gevorderde voorschot op de schadevergoeding toe. "Nu gedaagde op een in het oog springende wijze in strijd heeft gehandeld met haar verplichting de cao correct na te leven, heeft zij de bonden genoodzaakt daartegen op te treden. De aard van het belang van de bonden - te weten: nakoming van de cao - brengt mee dat een inbreuk hiervan door gedaagde schade aan de bonden kan toebrengen." Hij voegt eraan toe dat het niet ongebruikelijk is om in kort gedingen een voorschot aan vakbonden toe te kennen als de naleving van een cao op het spel staat.

Commentaar

Wat leert ons deze uitspraak, die in de pers nogal wat stof heeft doen opwaaien? Op het eerste gezicht hebben de vakbonden met deze procedure een slag gewonnen. Het ziet er echter naar uit dat dit een pyrrusoverwinning zal zijn, die alleen uitstel van executie heeft opgeleverd. De uitspraak hoeft de werkgevers er immers er niet van te weerhouden om bij de eerstvolgende cao-onderhandelingen de lengte van de overeen te komen gemiddelde werkweek vrij

te laten. Of de minister moet wat minder scheutig worden met het algemeen verbindend verklaren van cao's, zoals hij heeft aangekondigd. Daarna staat de weg vrij om met individuele medewerkers over de lengte van de werkweek en de bijbehorende beloning afzonderlijke afspraken te maken, die (pas) dan een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden mogen inhouden.

Verder moet worden opgemerkt dat werkgevers die niet aan een cao zijn gebonden niets van deze uitspraak hebben te vrezen. Bij Smead staan immers bindende cao-afspraken een verlenging van de collectief overeengekomen werkweek van 36 uur in de weg. Werkgevers zonder cao-binding kunnen met hun individuele werknemers nieuwe afspraken maken over de duur van de werkweek en de bijbehorende beloning. Zij hebben dan nog wel wat hindernissen te nemen, maar die zijn niet onoverkomelijk.

2.7 Hindernissen bij het aanvragen van collectieve werktijdverkorting

“Als gevolg van onverwacht verminderde afname benut mijn bedrijf momenteel slechts de helft van zijn productiecapaciteit. Mijn vaste, naar tevredenheid functionerende medewerkers wil ik echter nog niet ontslaan, omdat ik binnen enkele maanden kering van het bedrijfseconomische tij verwacht. Ontslag zal immers aanzienlijke kosten met zich kunnen meebrengen, niet in het minst vanwege de afvloeiingsregelingen die ik dan moet aangaan. Doorgaan op basis van halve productiecapaciteit terwijl mijn medewerkers de helft van de tijd uit hun neus eten, zal mogelijk het voortbestaan van mijn bedrijf ook in gevaar kunnen brengen. Het liefst zou ik het salaris van mijn medewerkers tijdelijk eenzijdig willen verlagen. Dat mag echter niet zomaar. Nu hoorde ik dat het aanvragen van collectieve werktijdverkorting een mogelijkheid kan zijn om mijn bedrijf tijdelijk in de luwte te manoeuvreren. Klopt dat?”

Ja, dat klopt. Een van de mogelijkheden die de wetgever u biedt om bij economische tegenwind uw personeelskosten te reduceren, is het aanvragen van collectieve werktijdverkorting. De salarisvermindering van uw werknemers wordt dan voor een deel gecompenseerd door een WW-uitkering. Zo werd collectieve werktijdverkorting tijdens de MKZ-crisis voor ruim 40.000 werknemers toegekend. De aanslagen van 11 september 2001 waren reden om voor ruim 30.000 werknemers in de luchtvaartsector en de reisbranche collectieve werktijdverkorting toe te staan. De wetgever heeft aan deze mogelijkheid echter wel strikte voorwaarden verbonden.

In het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen is sinds 1940 als uitgangspunt vastgelegd dat werktijdverkorting verboden is. De werkgever kan echter een ontheffing aanvragen. Anders dan u wellicht zult verwachten heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet het UWV Werkbedrijf (als opvolger van het Arbeidsbureau), maar de Arbeidsinspectie belast met de behandeling van deze aanvragen. De Arbeidsinspectie is bij de beoordeling van de aanvragen gebonden aan beleidsregels, die door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in 1998 opnieuw zijn vastgesteld.

Geen normaal bedrijfsrisico

Een wezenlijke voorwaarde waaraan u bij de aanvraag dient te voldoen, is dat de oorzaken van de verlangde werktijdvermindering “niet tot het normale bedrijfsrisico behoren”. Achterliggende gedachte is dat u als ondernemer uw ‘normale’ bedrijfsrisico’s niet op de maatschappij mag afwentelen, maar zelf dient te dragen. De beleidsregels laten echter in het midden wat exact onder ‘normaal bedrijfsrisico’ moet worden verstaan. De Arbeidsinspectie rekent voorzienbare omstandigheden tot het normale bedrijfsrisico, zoals seizoeninvloeden, valutaschommelingen, conjunctuurwisselingen, modetrends,

aanloopproblemen, mismanagement en niet-extreme weersomstandigheden. Calamiteiten als brand, overstroming, ontploffing, besmettelijke vee- of plantenziekten en terroristische aanslagen zijn niet tot normale bedrijfsrisico’s te rekenen. Een combinatie van bedrijfsspecifieke oorzaken en omstandigheden, die gecumuleerd uniek zijn, zal doorgaans evenmin als een normaal bedrijfsrisico worden bestempeld.

Als u aan deze voorwaarde voldoet, verlangt de Arbeidsinspectie verder van u dat u de kosten van de verminderde bedrijvigheid van ten minste 20 procent gedurende maximaal zes weken als eigen risico zult dragen en dat uw personeel een bijdrage levert aan het tijdelijk terugdringen van de arbeidskosten, bijvoorbeeld door het inleveren van ADV- of vakantiedagen. De vergunning voor werktijdverkorting zal maximaal zes weken geldig zijn en mag maximaal driemaal verlengd worden. Tel hierbij de maximum eigen-risicotermijn van zes weken op en het is duidelijk dat u aannemelijk moet maken dat u uw productie binnen zes maanden weer op peil kunt hebben.

Uit statistisch cijfermateriaal blijkt dat in het verleden de aangegeven voorwaarden soepel zijn toegepast. Bij een flinke dip in de economie, zoals van 1951-1953, 1958-1959, 1963, 1967, 1971-1975 en 1980-1983 is het instrument ruimhartig ingezet. In 1975 bijvoorbeeld is aan bijna 8.000 ondernemingen een ontheffing verleend. Na 1983 is de betekenis van het instrument afgenomen. Sindsdien is het vooral toegepast bij calamiteiten, veeziekten, exportverboden, de Golfoorlog, brand, overstromingen en ontploffing, zoals de Enschedese vuurwerkramp. Begin jaren 90 is een uitzondering op de strikte toepassing gemaakt voor enkele grote, voor Nederland gezichtsbepalende bedrijven, zoals DAF (3.000 werknemers), Fokker (10.000 werknemers), Nedstaal (1.000 werknemers) en Nedcar (4.000 werknemers). In het begin van het nieuwe millennium vond toepassing plaats voor 30.000 werknemers in de luchtvaartsector en in de reisbranche, omdat als gevolg van de aanslagen van 11 september 2001 het vertrouwen in het luchtverkeer ernstig beschadigd raakte, waardoor luchtvaartmaatschappijen als KLM, Martinair en Transavia waren gedwongen een groot aantal vluchten te schrappen. Philips kreeg voor 4.500 werknemers een ontheffing om de teloorgang in de chipindustrie op te vangen. In deze cijfers zijn de recente maatregelen in verband met de kredietcrisis niet meegenomen.

3.1 Hoe ga ik om met een medewerker die niet meer functioneert?

“Over een van mijn medewerkers ben ik niet zo tevreden. Gedurende de eerste 16 jaar van zijn dienstverband liep alles met hem op rolletjes. Het laatste jaar is daarin behoorlijk de klad gekomen. Hij laat kansen en mogelijkheden liggen, communiceert slecht waardoor regelmatig misverstanden ontstaan, en doet er erg lang over om zijn werk af te krijgen. Onder andere heeft hij zijn targets niet gehaald. Ik heb geprobeerd met hem daarover te praten, maar hij staat er niet voor open. De sfeer wordt er niet beter op. Ik heb hem al gesuggereerd dat zijn ambities misschien verder reiken dan bij mijn bedrijf mogelijk is en hem aangeboden met een loopbaanbegeleidingsbureau te praten. Hij heeft nu een eerste gesprek gehad. Veel voortgang zit er niet in. Nu overweeg ik hem te ontslaan. Kunt u mij zeggen hoe ik hiermee het beste kan omgaan, zonder dat mij dat al te veel geld gaat kosten?”

Het lijkt zo eenvoudig. Het ontslaan van een medewerker die niet behoorlijk functioneert zou toch niet al te gecompliceerd moeten zijn. Op zichzelf is dat inderdaad niet moeilijk. Het lastige is dat u dit ontslagtraject grondig moet voorbereiden. De kantonrechter stelt namelijk hoge eisen aan de werkgever, met name aan het schriftelijk vastleggen van de geconstateerde gebreken en het bespreken hiervan. En vooral dient u aan te tonen dat verbetering ondanks deugdelijke begeleiding is uitgesloten. Het is voor de betrokken medewerker namelijk nogal wat als hij te horen krijgt dat hij zijn werk structureel niet goed doet. U zult daarom de rechter er met het juiste bewijsmateriaal van moeten overtuigen dat het disfunctioneren gedurende langere tijd een serieus probleem is en dat u het ook grondig met uw medewerker heeft besproken.

Tijdig schriftelijk vastleggen

Eerst leggen we de geconstateerde gebreken onder de loep. Heeft u ze vastgelegd in periodieke functionerings- en beoordelingsverslagen? Zijn deze met uw medewerker besproken en heeft hij steeds een afschrift ontvangen? Als dat niet is gebeurd, zult u dit gedurende ten minste een half jaar alsnog moeten doen. De rechter wil namelijk in de eerste plaats bewijs zien dat u het disfunctioneren met uw medewerker grondig heeft geëvalueerd. Voor veel medewerkers komen tijdens een ontslagprocedure aanmerkingen over hun functioneren namelijk als donderslag bij heldere hemel. Veel werkgevers hebben de neiging om voor de lieve vrede het geconstateerde disfunctioneren heel voorzichtig te brengen. Daarmee bereiken zij echter een averechts effect. De rechter verlangt daarom dat u het disfunctioneren aantoonbaar onomwonden, concreet, ondubbelzinnig, in duidelijke bewoordingen bespreekt, zodat uw medewerker vanaf het begin duidelijk kan weten waaraan het bij hem schort en hij ruim de gelegenheid krijgt zich te verbeteren.

Vervolgens is de vraag welke klachten u concreet heeft over het functioneren van uw medewerker. Die klachten zullen voldoende concreet moeten zijn in

de ogen van de rechter. Het constateren van een gebrek aan inzet, motivatie, initiatief of communicatie zal de rechter veel te vaag vinden. Het is beter om aan te voeren dat objectief vast te stellen resultaten niet zijn behaald. Maar ook dan kunt u als werkgever niet volstaan met te stellen dat uw medewerker een omzetprognose of een andere target niet heeft behaald dan wel dat het bedrijfsresultaat is gedaald of een budget is overschreden. Mogelijke andere oorzaken – buiten uw werknemer gelegen – voor het niet halen van dergelijke streefdoelen dienen nadrukkelijk te zijn uitgesloten. Hierbij is te denken aan omzetcorrecties en valutaschommelingen. De vaststelling dat de medewerker zich volgens het zogenoemde ‘up or out’-systeem onvoldoende verder ontwikkelt, is ook geen grond om tot disfunctioneren te concluderen, tenzij u dit van tevoren schriftelijk met uw medewerker overeen bent gekomen.

Belangrijk is verder dat u uw medewerker niet toevallig recent een extra beloning heeft toegekend. U zult namelijk niet de eerste prijzenswaardige werkgever zijn die een gebrekkig functionerende medewerker wil stimuleren en motiveren door hem een salarisverhoging, bonus of promotie te geven. De rechter ziet dat al snel als een daad waarmee u tegenover uw medewerker een tegenstrijdig signaal over zijn functioneren heeft afgegeven. Consequent zijn is het devies. Als u een gebrekkig functionerende medewerker wilt stimuleren, kunt u dat beter op een andere manier doen, zoals het aanbieden van extra (bij)scholing of begeleiding. Pas nadat de gewenste verbetering zichtbaar is geworden, past een beloning.

Streef eerst naar verbetering

Hiermee zijn we er nog niet. Want het vaststellen dat uw medewerker naar objectief meetbare maatstaven structureel niet goed functioneert, is nog maar het begin. Wetgever en rechter vinden dat de werkgever een zware zorgplicht heeft om te streven naar verbetering van geconstateerde gebreken. Heeft u hieraan aantoonbaar voldoende tijd en aandacht besteed? Uiteraard dient uw medewerker bij indienstreding voldoende tijd te hebben gehad om zich te ontpoppen. Hij moet deugdelijk zijn ingewerkt en zorgvuldig zijn begeleid. Daarmee houdt de zorgplicht voor begeleiding echter niet op. Zorgvuldige begeleiding en ondersteuning met gerichte maatregelen zijn hier steeds van belang, zoals het aanbieden van een cursus op het gebied waaraan het volgens u als werkgever schort. U moet kortom uw medewerker een redelijk kans en een redelijke tijd geboden hebben om zich waar nodig te corrigeren.

Uw zorgplicht als werkgever houdt ook niet op als mocht blijken dat het functioneren van uw medewerker ondanks geboden begeleiding niet verbetert. Niet zelden verwachten rechters in dat geval dat u als werkgever voor de disfunctionerende medewerker op zoek gaat naar andere, beter passende werkzaamheden, het liefst binnen de eigen onderneming, maar ook buiten de onderneming. Hier komt dus het outplacementbureau om de hoek kijken. Het is u in

dat geval toegestaan eenzijdig een wijziging in de arbeidsovereenkomst door te voeren. Anderzijds dient uw medewerker dan natuurlijk wel de bereidheid uit te spreken die andere passende werkzaamheden uit te voeren. Als uw werknemer dat weigert, zal hij daarvoor in de ontslagprocedure uiteindelijk een hoge prijs kunnen betalen door slechts een lage of zelfs helemaal geen beëindigingsvergoeding toegewezen te krijgen.

Het zal duidelijk zijn dat het niet mogelijk is uw medewerker even snel 'naar buiten te schrijven'. Want zo zal een rechter dat kunnen zien als u niet rustig alle beschreven stappen heeft doorlopen. De rechter wil namelijk voorkomen dat u als werkgever uw klachten achteraf in een ander perspectief plaatst dan aanvankelijk het geval was. Als u serieuze, gereede klachten heeft over het functioneren van uw medewerker, verwacht de rechter dat u het initiatief neemt om dat onmiddellijk met hem te bespreken. Als u uw klachten maar halfslachtig op hun beloop laat en pas later – wanneer de klachten echt de pan uitrijzen – aan de orde stelt, loopt u de kans daarvoor tijdens de ontslagprocedure een hoge prijs te moeten betalen.

Een werknemer die ondanks de door u getroffen begeleidingsmaatregelen aantoonbaar onvoldoende blijft functioneren, verdient blijkens vaste rechtspraak geen hoge beëindigingsvergoeding. Heeft u het gesignaleerde structurele disfunctioneren van de medewerker echter niet zorgvuldig in overleg met de betrokken medewerker vastgelegd, besproken en begeleid, dan is het dringend af te raden op dat disfunctioneren een beroep te blijven doen. Vaste rechtspraak leert dat het de werkgever veel geld kan kosten als hij in dit stappenplan steken heeft laten vallen. In dat geval zullen de door u geuite verwijten zich als een boemerang tegen u kunnen keren. Dan kunt u zich beter beroepen op verstoorde arbeidsverhoudingen om te voorkomen dat u een hoger dan neutrale beëindigingsvergoeding kwijt bent.

U ziet dat investeren in een gestructureerd functionerings- en beoordelingsstelsel met opleidingsplan zich dubbel en dwars kan terugverdienen.

Tips

- *Bespreek klachten over het functioneren van uw medewerker onmiddellijk met hem.*
- *Beoordeel het functioneren van uw medewerker zoveel mogelijk aan de hand van objectieve maatstaven en concrete voorbeelden.*
- *Leg die klachten daarna op zo kort mogelijke termijn vast in een functioneringsverslag.*
- *Bespreek en evalueer het (dis)functioneren met regelmaat.*
- *Stimuleer uw medewerker pas met een beloning nadat de verbeteringen zijn waargenomen.*
- *Motiveer uw disfunctionerende werknemer door hem begeleiding aan te bieden, bijvoorbeeld door middel van een cursus en/of outplacement.*

3.2 Rechter: Bied slecht functionerende werknemer eerst coaching aan

Dat ontbindingsverzoeken niet altijd worden ingewilligd, kunt u hieronder lezen. De werkgever, een ziekenhuis, verwijt de werknemer onvoldoende te functioneren. De rechter twijfelt echter aan de onderbouwing. De rechter is er vooral niet van overtuigd dat de verhoudingen niet kunnen worden hersteld. Uit zichzelf stelt de rechter partijen voor het verder met elkaar te proberen met behulp van coaching.

De casus

De werknemer is sinds november 2001 bij een ziekenhuis in loondienst als beheerder ICT Infrastructuur. Tot eind maart 2005 beoordeelt zijn werkgever zijn functioneren als positief. Dan krijgt hij een nieuwe leidinggevende. Tegenover deze uit de werknemer zijn frustraties over de organisatie van zijn afdeling.

In dat gesprek stelt de leidinggevende dat de werknemer niet of te weinig reflecteerde op zijn eigen gedrag en handelen. Hij zou de oorzaken van de problemen teveel bij derden zoeken. Op 3 mei 2005 meldt de werknemer zich ziek met klachten van overspannenheid. In het kader van re-integratie probeert hij weer een tijdje aan de slag te gaan, maar dat mislukt. De werknemer blijft tot 1 november 2005 ziek. Als hij op die datum weer arbeidsgeschikt is, weigert zijn werkgever hem tot het werk toe te laten.

Zelfreflectie

De werkgever dient bij de kantonrechter een verzoekschrift in tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werkgever vindt dat de arbeidsverhouding ernstig is verstoord en verwijt dat de werknemer. De werkgever stelt dat de werknemer heeft geweigerd om aan zelfreflectie te doen waardoor verbeteringen van knelpunten en problemen in de organisatie uitbleven. De werknemer betwist dit alles. Hij vindt dat het verzoek tot ontbinding moet worden afgewezen.

De kantonrechter weigert tot de verzochte ontbinding over te gaan. Hij ziet kansen tot herstel van vertrouwen. Voor de kantonrechter is met zoveel woorden van doorslaggevende betekenis dat de werknemer tot en met maart 2005 tot volle tevredenheid van het ziekenhuis invulling aan zijn functie heeft gegeven. De kantonrechter zoekt naar een verklaring waarom de verhoudingen in korte tijd verhit zijn geraakt.

Coachingstraject

De kantonrechter: "In een professionele organisatie, zoals die van het ziekenhuis, brengt een moderne opvatting van goed werkgeverschap met zich mee dat de werkgever aan een werknemer, verkerende in een situatie vergelijkbaar met die van de werknemer, eigener beweging aanbiedt om een coachingstraject

in te gaan opdat de werknemer een helder beeld krijgt van zijn eigen positie in deze organisatie en van het beeld dat anderen van zijn functioneren binnen de organisatie hebben zonder dat er gesproken kan worden van disfunctioneren van de werknemer.”

Opvallend is in deze zaak dat het ziekenhuis ook niet rept over disfunctioneren van de werknemer. Als de werknemer was gecoacht, had hij waarschijnlijk op een zeker moment ingezien dat het in de regel verstandig is om gehoor te geven aan indringende verzoeken van de werkgever om aan zelfreflectie te doen. Daarnaast had hij een helder beeld gekregen van de complexiteit van een organisatie als die van het ziekenhuis en van zijn positie daarin. Wanneer een werknemer aan zelfreflectie wil doen, hoeft dit nog niet te betekenen dat de werknemer erkent dat hij tekort is geschoten tegenover de werkgever.

Commentaar

De afwijzing van het ontbindingsverzoek in deze kwestie is op zichzelf niet opmerkelijk. Het past in de vaste lijn van de jurisprudentie. De werkgever die de werknemer verwijten maakt die betrekking hebben op zijn functioneren moet volgens vaste rechtspraak eerst proberen dat functioneren te verbeteren, bijvoorbeeld door het aanbieden van cursussen en trainingen. Die inspanningsverplichting lijkt ook steeds meer te gelden voor het oplossen van verschillen van inzicht.

Deze uitspraak is in één opzicht wel verrassend, namelijk dat de kantonrechter meedenkt over de oorzaak van het conflict. Uit eigen beweging komt de kantonrechter met het voorstel dat partijen het eerst nog maar eens met elkaar moeten proberen via coaching. Daarbij stelt de kantonrechter nadrukkelijk dat in deze situaties juist van een professionele organisatie mag worden verlangd dat zij naar moderne opvattingen van goed werkgeverschap uit eigen beweging coaching aanbiedt aan de werknemer.

Niet te snel opgeven

Het is maar één uitspraak van één willekeurige kantonrechter. Desondanks geeft deze uitspraak een aardige kijk op hoe een kantonrechter tegen professionele organisaties en modern werkgeverschap kan aankijken. Deze kantonrechter is duidelijk van mening dat niet te snel mag worden overgegaan tot het opgeven van een duurzame arbeidsrelatie na een stevig conflict, maar dat eerst andere middelen moeten worden geprobeerd. In de ogen van de kantonrechter kan coaching dan een nuttig middel zijn.

Wezenlijk is ook de uitspraak van de kantonrechter dat het aangaan van een coachingstraject niet zomaar mag worden uitgelegd als een erkenning door de werknemer dat hij tegenover de werkgever tekort zou zijn geschoten. Het doel van coaching in een situatie als deze is vooral om meer wederzijds begrip te

krijgen van de complexiteit van de organisatie van de werkgever en de houding van de werknemer daarin. Conflicthantering staat dan eerder voorop dan het vaststellen van verwijtbaar disfunctioneren.

3.3 Intimiteiten op het werk verlangen een voorzichtig antwoord

Een medewerkster van de afdeling Personeelszaken bij de Verenigde Naties beschuldigde de Nederlandse Hoge Commissaris Ruud Lubbers van seksuele intimidatie. Zijn werkgever stelde onmiddellijk een diepgravend onderzoek in. De vraag rijst welke eisen Nederlandse rechters stellen aan bedrijven en organisaties waarbinnen zulke beschuldigingen worden geuit. Wanneer zijn beschuldigingen serieus te nemen en hoe daarmee om te gaan? En in hoeverre mag u als werkgever eigenlijk invloed uitoefenen op het liefdesleven van uw werknemers?

Intimiteiten op de werkvloer: ze kunnen het werkplezier aanzienlijk verhogen, maar ook een bron zijn van onaangename, zelfs onwerkbaar spanningen. Intimiteiten tussen collega's onderling of tussen een ondergeschikte en een leidinggevende kunnen onschuldig zijn, maar evengoed kunnen de betrokkenen en omstanders ze als onaangenaam en zelfs intimiderend ervaren. Hoe dan ook is het een gegeven dat intimiteiten op de werkvloer binnen de meeste organisaties een onontkoombaar verschijnsel zijn. Grote schattingen geven aan dat een op de tien mensen wel eens seks op de werkplek heeft gehad en dat een op de tien zijn partner op de werkplek ontmoet. De werkgever die problemen op dit vlak wil voorkomen, kan het verschijnsel niet negeren.

Regelmatig worden rechterlijke uitspraken gepubliceerd naar aanleiding van arbeidsconflicten waarbij al dan niet gewenste intimiteiten op de werkvloer de hoofdrol spelen. Denk aan telefoonkosten die uit de hand liepen omdat een door verliefdheid verblinde werknemer vanaf zijn werkplek veelvuldig vanuit Nederland naar Finland telefoneerde, een bekend geworden overspelige relatie op de werkvloer, het plegen van anonieme, seksueel getinte telefoontjes met een collega, het zonder toestemming en wetenschap filmen van benen en een gedeelte van het onderlichaam (na het schrijven van gedichten en een liefdesbrief), het aangaan door een werknemer van een amoureuze relatie met een werknemer van een concurrent (met gevaar van 'pillow talk') en het vertellen van schuine moppen, om maar eens een volstrekt willekeurige reeks op te sommen. De affaire-Lubbers is in dit opzicht niet uniek.

Veel werkgevers vragen zich af hoe ze het beste met intimiteiten, zowel gewenste als ongewenste, op de werkvloer kunnen omgaan. Wanneer is een grens overschreden en zijn intimiteiten ongewenst? Hoe dient u met beschuldigingen om te gaan? Mogen ongewenste intimiteiten leiden tot ontslag op staande voet, ook bij medewerkers met een jarenlange trouwe staat van dienst? Maar ook uit (aanvankelijk) gewenste intimiteiten kunnen problemen voortvloeien. Hoe te handelen als de liefde bekoelt tussen de partners, die elkaar wel elke dag blijven zien? Mag u werknemers die amoureuze betrekkingen onderhouden uit elkaar plaatsen? Uit wetgeving en jurisprudentie blijkt dat dergelijke vragen in de alledaagse praktijk regelmatig opduiken.

Beter voorkomen dan genezen

Het zal voor zich spreken dat het u onverschillig moet laten wat mensen buiten hun werk, in hun privéleven uitspoken. Affectieve toenaderingen op de werkvloer kunnen de werksfeer echter behoorlijk beïnvloeden, meestal positief, maar helaas soms ook negatief. Geen enkele rechter zal het u kwalijk nemen als u dat wat zich binnen de muren van uw organisatie afspeelt, in de hand probeert te houden. Sterker nog, de wetgever heeft in art. 4, tweede lid van de Arbwet als verplichting voorgeschreven: "De werkgever voert, binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen seksuele intimidatie en tegen agressie en geweld." Daarnaast is er de verplichting van art. 7:611 van het Burgerlijk Wetboek om als 'goed werkgever' te handelen, waaronder volgens vaste rechtspraak ook het zorgvuldig omgaan met dit onderwerp valt. Wetgever en rechters verwachten met andere woorden van u in het belang van een goede werksfeer op zijn minst een proactieve opstelling bij het voorkomen van seksuele intimidatie. Niet alleen kan het ontbreken van beleid een dure boete van de Arbeidsinspectie opleveren. Zodra een beschuldiging over seksuele intimidatie tot een arbeidsconflict leidt waarover de rechter de knoop moet doorhakken, kan het ontbreken van consistent beleid tot (aanvullende) schadeplechtigheid of een aanzienlijke ontbindingsvergoeding leiden, zowel voor de klager als voor de aangeklaagde.

Seksuele intimidatie

De vraag die veel werknemers en leidinggevendenden bezighoudt, is welk gedrag als seksuele intimidatie is te bestempelen. Hierop geeft de Arbwet ons als antwoord: "Ongewenste seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag (...)". Tevens dient er dan sprake te zijn van al dan niet impliciete onderwerping aan dat gedrag als voorwaarde voor de tewerkstelling, dan wel "als basis voor beslissingen die het werk van deze persoon raken", of "als doel de werkprestaties van een persoon aan te tasten en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving te creëren". Hieruit volgt dat niet het knijpje in de billen of de streling van de rug het kenmerkend onderscheid is, zoals vaak wordt gedacht, maar de intentie die de betrokkene uit dergelijke toenaderingen ervaart en waarvan hij of zij vroeg of laat duidelijk probeert te maken deze ongewenst te vinden.

Zorgvuldig onderzoek

Hoe kunt u als werkgever het beste omgaan met een klacht over seksuele intimidatie? Het cliché dat u meestal te horen krijgt, is dat u zorgvuldig feitenonderzoek moet verrichten. Maar wanneer is sprake van zorgvuldig onderzoek? Zorgvuldig feitenonderzoek houdt in ieder geval in dat u de beschuldiging serieus neemt, alle betrokkenen hoort en met elkaars verklaringen confronteert ('hoor- en wederhoor'). Een gesprek van tien minuten met de aangeklaagde zal doorgaans onzorgvuldig zijn, temeer als de aangeklaagde een jarenlange smet-

teloze staat van dienst heeft. Besteed dat onderzoek bij voorkeur uit aan een commissie of vertrouwenspersoon, in ieder geval aan een of meerdere personen die de situatie met distantie kunnen beoordelen, zodat zij zich niet door gevoelens van sympathie of antipathie zullen laten verblinden. Verder wordt van u verwacht dat u tegenover de betrokkenen betrouwbaar met de klacht omgaat. Rechtspraak leert dat onvoldoende zorgvuldig onderzoek altijd aan u als werkgever wordt toegeschreven, ook als u het had uitbesteed. Onzorgvuldig onderzoek leidt bijna altijd tot een aanzienlijke ontbindingsvergoeding of andere vorm van schadeplechtigheid, ook jegens de beschuldigde.

Sancties

Bij een na zorgvuldig feitenonderzoek gegrond gebleken klacht over ongewenste seksuele intimidatie past een sanctie. Die moet wel in verhouding staan tot de ernst van de klacht en de achtergrond van de aangeklaagde. Variaties zijn denkbaar in de vorm van berisping, negatieve aantekening in de beoordeling, overplaatsing, ontbinding van de arbeidsovereenkomst (desnoods zonder vergoeding) en – in de ernstigste gevallen – ontslag op staande voet. De rechter zal in ogenschouw nemen of de werkgever een actief beleid voert tegen ongewenste intimiteiten en of de aangeklaagde medewerker voor het overige een onberispelijke staat van dienst heeft. Er zijn voorbeelden waarbij de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met de intimiderende werknemer zonder vergoeding ontbond. Neem de medewerker archief die zijn vrouwelijke collega bestookte met anonieme telefoontjes. Of neem de twee medewerkers die tijdens een nachtdienst een vrouwelijke collega tegen haar wil hadden beetgepakt, gedeeltelijk hadden ontkleed en een foto van haar hadden genomen. Of de werknemer die, na twee gedichten en een liefdesbrief aan zijn secretaresse, zonder haar toestemming en wetenschap een video-opname maakte van haar benen en onderlichaam.

Bedingen over liefdesrelaties

Sommige werkgevers gaan in hun voorzorg een stap verder. Zij nemen in hun arbeidscontracten bijvoorbeeld op dat geliefden zich op het werk dienen te gedragen alsof van een relatie geen sprake is. Collega's dient in hun ogen de uitwisseling van intimiteiten en overleg over privéaangelegenheden bespaard te blijven. Er zijn ook werkgevers die liefdesrelaties tussen werknemers geheel niet tolereren. Het overplaatsen naar een andere vestiging van de onderneming kan dan de sanctie zijn. Kantonrechters keuren dit beleid doorgaans goed, mits consequent toegepast en alleen dan als de persoonlijke omstandigheden van de werknemer een goede uitvoering van de dienstbetrekking in belangrijke mate in de weg staan of de belangen van de werkgever op een andere manier ernstig dreigen te schaden.

Zo deed zich een kwestie voor van een medewerker die een duurzame relatie was aangegaan met een collega die hem krachtens haar functie diende te

controleren. De kantonrechter achtte het niet onredelijk dat de werkgever zo'n relatie ongewenst vond. Het kan wijs zijn om tortelduiven uit elkaar te plaatsen. Zo kan de werkgever vanwege de uitvoering van hun functies spanningen voorzien tussen werknemers die tot elkaar in een liefdesverhouding staan, en vrezen dat de functievervulling daardoor in gevaar komt, bijvoorbeeld omdat de controlerende taak niet meer naar behoren kan worden uitgeoefend. In dit geval ontbond de kantonrechter zonder toekenning van een ontbindingsvergoeding de arbeidsovereenkomst met de werknemer die overplaatsing weigerde.

In de vaste rechtspraak zijn verder voorbeelden bekend van niet (meer) beantwoorde avances. Het afwijzen van een avance of beëindigen van de liefdesrelatie brengt dan spanningen op de werkvloer met zich mee. Een bekende, blijkens vaste rechtspraak regelmatig voorkomende situatie is die van de baas die avances maakt bij zijn secretaresse maar door haar wordt afgewezen, waarna zij maar beter kan omzien naar een andere betrekking. De rechters verwachten in zo'n geval echter van een 'goed werkgever' dat hij probeert te bemiddelen om de betrokken werknemer op een andere werkplek tewerk te stellen. Als vervolgens de ondergeschikte toch het veld moet ruimen, maakt de kantonrechter hem of haar meestal geen bijzonder verwijt van de ontstane situatie. Een aanzienlijke vergoeding voor de vertrekkende medewerker die de avances heeft afgewezen, ligt dan – it's all in the game – in het verschiet.

Klooster

Dat liefdesdrama's op de werkvloer zich niet alleen afspelen bij de VN, in films als 'Disclosure' of soapseries als 'Goede Tijden, Slechte Tijden' leert ons het verhaal van het klooster de (stichting) Congregatie De Kleine Zusters van de H. Joseph te Heerlen, een verzorgingstehuis voor oudere religieuze zusters. Tussen een werknemer en de directiesecretaresse van de stichting ontstaat een relatie, die aanleiding is hun beider huwelijk te beëindigen. Beide werknemers gaan samenwonen. De ex-echtgenoot van de directiesecretaresse, die er ook werkzaam is, raakt arbeidsongeschikt. De werkgever concludeert dat een onaanvaardbare situatie is ontstaan, "mede gelet op de levensbeschouwelijke opvattingen van de bewoners." De kantonrechter oordeelt echter dat het aangaan van een affectieve relatie een fundamentele burgerlijke vrijheid van ieder individu is. De kantonrechter onthoudt zich daarom van een oordeel over de relatie. Hij oordeelt dat de spanningen die tussen partijen zijn ontstaan met name aan de werkgever zijn te wijten, nu deze zich op het standpunt stelde dat de relatie tot het ontslag moet leiden en daarmee vervolgens negen maanden wacht. Hier wrekt zich met name het ontbreken van vast en consequent beleid (kantonrechter Heerlen 14 maart 2003, JAR 2003/96).

Tips

- Schrijf een protocol (1 A4-tje kan al voldoende zijn) waarin u aangeeft hoe u omgaat met klachten over seksuele intimidatie en laat die deel uitmaken van uw arbeids-overeenkomsten.
- Overweeg bedrijfsbeleid hoe om te gaan met liefdesrelaties op het werk.
- Handhaaf uw eenmaal afgekondigd beleid strikt.
- Schakel een vertrouwenspersoon in bij wie uw personeel met klachten terecht kan.
- Hoor bij een klacht alle betrokkenen en confronteer hen met elkaars verklaringen.
- Ga vertrouwelijk om met de informatie die u naar aanleiding van de klacht verkrijgt.
- Pas alleen een sanctie toe na zorgvuldig feitenonderzoek.
- Pas een sanctie toe die in overeenstemming is met de aard en ernst van de intimidatie.
- Bemiddel eerst bij verbroken relaties of afgewezen avances voordat u ontslag overweegt en onderzoek dan tevens of overplaatsing tot de mogelijkheden behoort. Leg dit schriftelijk vast.

3.4 Kledingvoorschriften op het werk: over het hoofddoekje, het keppeltje en het kruis

Het dragen van de islamitische hoofddoek, het joodse keppeltje en het christelijke kruis staat regelmatig in de belangstelling. In onze multiculturele westerse samenleving roept het dragen van zulke uiterlijke onderscheidingstekens en lichaamsversieringen vaak heftige discussies op. Datzelfde geldt voor het dragen van piercings, sportschoenen en hanenkammen. De werkvloer blijft niet van lichaamsversieringen en andere uiterlijke onderscheidingstekens gevrijwaard. Als werkgever kunt u belang hebben bij het stellen van kledingvoorschriften. De vraag die dan naar boven komt, is hoever u met die kledingvoorschriften mag gaan. Wanneer loopt u het risico van discriminatie beschuldigd te worden?

Waarschijnlijk zult u als werkgever er belang aan hechten dat uw medewerkers zich representatief kleden. Bijvoorbeeld als u kappers, bankmedewerkers, winkelbedienden, caissières of hotelmedewerkers in loondienst heeft. Ook kunnen veiligheid en hygiëne eisen stellen aan de kleding van uw personeel, bijvoorbeeld als u koks in dienst heeft of leiding geeft aan verplegend personeel of leraren. In al deze gevallen bent u als werkgever vrij om kledingvoorschriften op te stellen. Als u daaraan veel waarde hecht, is het zelfs aan te bevelen algemene richtlijnen op te stellen. Daarmee geeft u aan dat u iedereen gelijk behandelt en niet willekeurig aan de hand van incidenten handelt. U zult zich afvragen of u in dat kader hoofddoekjes, crucifixen en keppeltjes kunt verbieden.

1. Voorkom categorische achterstelling van groepen mensen.

Gezegd moet worden dat het verbieden van dit soort individuele uiterlijke onderscheidingstekens op basis van de huidige vaste rechtspraak vrijwel onmogelijk is. Dergelijke kledingvoorschriften kunnen namelijk al snel leiden tot achterstelling of zelfs uitsluiting van hele groepen mensen. Dat zal zich bijvoorbeeld voordoen met medewerkers die zich vanwege hun geloofsovertuiging op eigen kledingvoorschriften beroepen. Uit de rechtspraak zijn gevallen bekend van moslima's die achter de kassa in een winkel of als griffier bij een rechtbank een hoofddoek willen dragen en van sikhs die als hotelbedienden hun hoofdhaar willen laten groeien en een (ongeslepen) dolkje onder hun kleding met zich mee willen dragen. Verder zijn gevallen bekend van vakkenvulders die met piercing verschijnen en een assistent-manager bij McDonalds die zijn baard wilde laten groeien. In de meeste van deze confrontaties moesten de kledingvoorschriften van de werkgever wijken voor de geloofsovertuiging van de betrokken medewerkers.

De Nederlandse Grondwet verbiedt het maken van zowel direct als indirect onderscheid op onder meer het gebied van godsdienst. Daarmee staat Nederland niet alleen. Het verbod op het maken van dergelijk onderscheid is vastgelegd in internationale en Europese verdragen, zoals het Internationaal Verdrag tot

Bescherming van de Burgerlijke en Politieke Rechten van de Mens en het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens. Internationale gerechtshoven, waaronder met name het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, zien toe op de naleving van deze verdragen door de lidstaten. Ze vloeien voort uit de gedachte dat het vervolgen en discrimineren van groepen mensen vanwege bijvoorbeeld hun geloofs- of politieke overtuiging, hun geslacht, hun seksuele voorkeur of hun ras moet worden voorkomen.

2. Houd ernstig rekening met de restrictieve uitleg van de Commissie Gelijke Behandeling.

De Nederlandse wetgever heeft het grondwettelijk discriminatieverbod uitgewerkt in met name de Wet Gelijke Behandeling. Daarin is uitvoerig beschreven welke vormen van verboden discriminatie bestaan. Het toezicht op de naleving van deze wetgeving heeft onze wetgever in handen gelegd van een gespecialiseerd college (de Commissie Gelijke Behandeling) dat gevestigd is in Den Haag. Klachten over discriminatie kunnen door iedereen die daarbij belang meent te hebben, in een klaagschrift bij deze commissie worden ingediend. De Commissie beoordeelt vervolgens of de klacht gegrond is. Als de Commissie Gelijke Behandeling oordeelt dat een klacht over verboden discriminatoir handelen gegrond is, staat het onrechtmatig handelen van de beklaagde vast. Dat leidt dan tot de verplichting schade te vergoeden.

3. Zorg ervoor dat u een objectieve rechtvaardigingsgrond heeft.

Het verbieden van hoofddoekjes, crucifixen en keppeltjes is alleen mogelijk met een zogenoemde objectieve rechtvaardigingsgrond. Voorbeelden van een objectieve rechtvaardigingsgrond zijn representativiteit, veiligheid, hygiëne en een onpartijdige uitstraling. Denkt u echter niet te snel dat een dergelijke rechtvaardigingsgrond in uw geval wel zal worden aangenomen. Op u rust dan namelijk een bijzonder zware motiveringsplicht. We laten de meest sprekende gevallen de revue passeren.

Hoofddoekje kapster

Een kapster treedt op 16-jarige leeftijd bij een kapsalon in dienst. Zes jaar later deelt zij haar werkgever mee voortaan op het werk een hoofddoek te willen dragen in verband met haar geloofsovertuiging. De werkgever vreest dat het dragen van de hoofddoek klanten zal afschrikken. De werknemer wordt op non-actief gesteld. De vordering van werkneemster tot wedertewerkstelling wijst de kantonrechter toe. Hij weegt de belangen van de werkgever bij een representatieve haardracht van zijn werknemers af tegen het belang van de werkneemster om zich te kunnen voegen naar de voorschriften van haar geloof. De kantonrechter constateert dat de vrees dat klanten zullen wegblijven niet op concrete feiten is gebaseerd. Daarom dienen de belangen van de werkneemster bij het dragen van haar hoofddoek zwaarder te wegen.

Hoofddoekje verpleegster

De directie van een Haags verzorgingshuis voor dementerende bejaarden vaardigt een memo uit waarin het alle medewerkers wordt verboden hoofddeksels te dragen, “tenzij dit noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie qua hygiëne- en veiligheidsvoorschriften.” Ter toelichting geeft de directie aan dat het kledingvoorschrift is gebaseerd “op overwegingen van zorg voor psychogeriatrische (demente) ouderen, een groep die maatschappelijk uitermate kwetsbaar is.” Uit onderzoek uit het buitenland zou blijken dat dementerende ouderen “angstiger en onrustiger reageren op personeel met een hoofddeksel dan op personeel zonder hoofddeksel.” Bovendien zou een hoofddoek niet passen in de cultuur waarin dementerende ouderen zijn opgegroeid. De Commissie Gelijke Behandeling concludeert dat een klacht hiertegen gegrond is. De directie van het verzorgingstehuis maakt met dit kledingvoorschrift verboden onderscheid op grond van geloofsovertuiging. De directie voert als objectieve rechtvaardigingsgrond aan dat het kledingvoorschrift is gegeven om aan psychogeriatrische (demente) ouderen zorg te bieden op basis van een leeftijdsconcept, waarbij de directie rekening houdt met het verleden van de ouderen. Dit overtuigt de Commissie niet: “Temeer nu ouderen wier jeugd zich afspeelde in de jaren twintig tot veertig van de vorige eeuw opgroeiden in een omgeving waarin hoofddeksels en -doeken tot het gangbare (straat)beeld behoorden.”

Hoofddoekje griffier rechtbank

Een rechtenstudente solliciteert naar de functie van plaatsvervangend griffier bij de rechtbank Zwolle. Zij is moslima en draagt vanwege haar geloofsovertuiging een hoofddoek. Tijdens haar sollicitatiegesprek geeft de rechtenstudente te kennen haar hoofddoek tijdens de openbare zittingen niet te zullen afdoen. De rechtbank laat haar vervolgens schriftelijk weten dat het vanwege haar uitgesproken persoonlijke keuze niet mogelijk is haar de functie van plaatsvervangend griffier aan te bieden. Als reden geeft de rechtbank aan dat bij koninklijk besluit kledingvoorschriften voor rechterlijke ambtenaren zijn gegeven. De wil van de rechtenstudente om tijdens openbare zittingen in de functie van griffier een hoofddoek te dragen is daarmee in strijd. Deze kledingvoorschriften voor rechterlijke ambtenaren hebben als doel de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht tot uitdrukking te brengen.

De rechtenstudente dient bij de Commissie Gelijke Behandeling een klacht in. Haar klacht wordt gegrond verklaard. De Commissie oordeelt dat het doel van de kledingvoorschriften op zichzelf legitiem is: de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht tot uitdrukking brengen. De Commissie zegt echter een aantal feiten en tendensen te signaleren “die niet zonder meer te rijmen zijn met de stringente wijze waarop de wederpartij de kledingvoorschriften uitlegt en toepast.” Zo is het de Commissie opgevallen dat sommige kantonrechters en familierechters zitting houden zonder ambtskleding. Daarnaast signaleert de Commissie dat van overheidswege ernaar wordt gestreefd

dat de rechterlijke macht qua samenstelling zoveel mogelijk een afspiegeling van de samenleving is. Uit deze feiten en ontwikkelingen leidt de Commissie af “dat de behoefte aan kledingvoorschriften ter ondersteuning van onafhankelijkheid en onpartijdigheid een relatieve is, althans minder dwingend voortvloeit uit de kledingvoorschriften van Reglement II dan de wederpartij stelt.”

Portier met baard

In een Amsterdams hotel met Oudhollands karakter werkt een portier die altijd kort geknipt en glad geschoren op zijn werk verschijnt. Plotseling gaat hij over op het dragen van een tulband en een baard. Dat is niet in overeenstemming met de kledingvoorschriften. De medewerker blijkt overigens wel bereid de kleur van zijn tulband aan te passen. De werkgever vraagt de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter weigert de ontbinding. Hij oordeelt dat in het kosmopolitische Amsterdam het in dienst houden van een sikh met baard en tulband geen inbreuk maakt op de goodwill van het hotel. “Uit het feit dat het hotel een groot aantal mensen van een buitenlandse origine en met een buitenlands uiterlijk in dienst heeft, blijkt dat de werkgever dit ook wel inziet.”

Hotelmedewerker met tulband en dolk

In het Golden Tulip hotel in Amsterdam werkt een schoonmaakmedewerker. Bij zijn indiensttreding had hij verklaard zich aan de kledingvoorschriften van zijn werkgever te zullen houden, waaronder het verbod op het dragen van een baard. Na een vakantie in India keert hij terug met een tulband, een baard en een (ongeslepen) kirpan, een soort dolk. Hij vertelt zijn werkgever te zijn gedoopt en zich voortaan naar zijn aangenomen geloof te willen kleden. De werkgever schorst hem onmiddellijk en verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De medewerker op zijn beurt vraagt de rechter in kort geding opheffing van de schorsing en vraagt de Commissie Gelijke Behandeling om een oordeel. De rechter wijst het ontbindingsverzoek af en gebiedt de werkgever de schorsing op te heffen. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelt de dat de werkgever indirect onderscheid had gemaakt op grond van godsdienst.

In deze procedure staat met name het dragen van de kirpan centraal. De werkgever voert aan dat deze een bedreiging voor de gasten en het personeel vormt en onder het personeel onrust veroorzaakt. De rechter is minder onder de indruk van de aanwezigheid van de religieuze dolk. De kirpan is geen wapen en niet bedoeld om letsel aan personen toe te brengen. De rechter stelt vast dat deze niet scherper of puntiger is dan een briefopener. “Tegen deze achtergrond is de gestelde grote onrust onder het personeel niet goed begrijpelijk.” De kantonrechter betreft hier verder bij dat de medewerker heeft aangegeven de kirpan op zodanige wijze te dragen dat deze op geen enkele manier hoe dan ook voor het oog zichtbaar is. “Gasten blijven aldus onwetend van de kirpan en er

wordt van uitgegaan dat de onrust onder de werknemers van Golden Tulip, voor zover deze zo serieus is als Golden Tulip stelt, door goede voorlichting valt weg te nemen.”

Gezichtsbedekkende sluiers

Als u een medewerker heeft in een functie waarin oogcontact met klanten vereist is, is het wel zeer waarschijnlijk dat u de gezichtsbedekkende sluiers, zoals een nikab of chador, mag verbieden. Hoewel nog geen situatie bekend is waarin zich een dergelijk conflict op de werkvloer voordeed, heeft de Commissie Gelijke Behandeling zich hierover wel uitgesproken in het kader van een lessituatie, waarbij de school leerlingen het dragen van een gezichtsbedekkende sluiers verbood. Daarnaast heeft het Landelijk Bureau Rassendiscriminatie bij openbare brief d.d. 16 januari 2003 uitgesproken dat een verbod op het dragen van een gezichtsbedekkende sluiers zoals een chador mogelijk moet zijn, “maar dat iedere instelling/organisatie dat op functionele gronden goed gemotiveerd dient vast te leggen.” Het bureau motiveert dat er tal van beroepen zijn “waarbinnen non-verbale communicatie middels gezichtsuitdrukkingen een belangrijke plaats inneemt.” Ook kan de noodzaak de betrokkene te kunnen identificeren een rol spelen.

Commentaar

Uitgangspunt blijft dat u als werkgever gerechtigd bent voorschriften te geven over de uiterlijke verzorging van uw personeel. Uw bevoegdheid is echter aan wettelijke beperkingen gebonden. Onder andere zijn daarbij van belang de aard van uw bedrijf, de functie van de betrokken medewerker, de vraag of de gestelde kledingseisen noodzakelijk zijn voor een deugdelijke uitoefening van de functie, de locatie van uw bedrijf en de klantenkring waarop uw bedrijf zich richt. Als u bezwaren heeft tegen een bepaald uiterlijk kledingstuk dient u die uitvoerig te kunnen motiveren en aan de hand van concrete gegevens te kunnen onderbouwen. Zwaarwegende redenen kunnen zijn hygiëne, doelmatigheid, veiligheid en huisstijl. Het is dan wel van belang dat deze redenen geloofwaardig zijn en dat u deze uiterst zorgvuldig en consequent toepast. Voor functies waarin uitwisseling van non-verbale communicatie van belang is, bijvoorbeeld met klanten of tussen collega's, mag u het dragen van de gezichtsbedekkende sluiers, zoals de nikab en de chador, zeer waarschijnlijk wel verbieden.

3.5 Onderscheid maken wegens chronische ziekte of handicap is bij wet verboden

Discriminatie wegens een chronische ziekte of handicap is bij wet verboden. Daartoe is de Wet Gelijke Behandeling (WGB) uitgebreid. Iedereen die zich vanwege een handicap of chronische ziekte ongelijk behandeld voelt op het terrein van de arbeid, het vrije beroep, beroepsopleiding of het openbaar vervoer, kan een beroep doen op de WGB. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) neemt ook klachten hierover in behandeling.

Onder meer op het terrein van de arbeid is het wettelijk verboden direct of indirect onderscheid te maken op grond van een handicap of chronische ziekte. Onder 'arbeid' vallen volgens de nieuwe wet de werving en selectie, het sluiten van een arbeidsovereenkomst, ontslag, arbeidsbemiddeling, arbeidsvoorwaarden, bevordering en scholing. De werkgever houdt nadrukkelijk wel de vrijheid de meest geschikte kandidaat te selecteren. Slechts in een beperkt aantal gevallen is onderscheid toegestaan. Dat is in de eerste plaats in de situatie waarin de risico's voor de veiligheid en gezondheid van de gehandicapte zelf en andere betrokkenen te groot zijn. In de tweede plaats mogen voor mensen met een handicap of chronische ziekte speciale voorzieningen worden getroffen, zoals een speciale parkeerplaats. Verder zijn ook maatregelen toegestaan die gericht zijn op 'positieve actie', oftewel voorkeursbeleid.

Soms is het nodig om een aanpassing te treffen zodat gehandicapten en chronisch zieken gelijkwaardig kunnen deelnemen aan arbeid of onderwijs. Dit kunnen zowel materiële als immateriële aanpassingen zijn (bijvoorbeeld drempels weghalen of werktijden aanpassen). Aanpassingen mogen geen 'onevenredige belasting' zijn voor degene die ze moet treffen, vaak de werkgever. De CGB heeft aangekondigd daarom in elke aan haar voorgelegde zaak de belangen van de organisatie of instelling enerzijds en de gehandicapte of chronisch zieke anderzijds tegen elkaar af te zullen wegen. Daarbij zal de CGB ook rekening houden met factoren als de grootte van de organisatie of instelling en de duur van de arbeidsrelatie.

Commentaar

De re-integratie van arbeidsgehandicapten in het arbeidsproces is onmiskenbaar een actueel thema. De wetgever laat niet na op uiteenlopende wetsterreinen de re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers te bevorderen. Een arbeidsongeschikte werknemer die zich onheus door zijn werkgever behandeld voelt, kan geruggensteund door deze wetsaanpassing met goede kans op succes een klacht tegen zijn werkgever indienen bij de CGB. In de praktijk is inmiddels gebleken dat de oordelen van de CGB vaak vernietigend voor de werkgever zijn en dat de kantonrechter daarmee bij zijn oordeel in veruit de meeste gevallen rekening zal houden. Een vernietigend oordeel van de CGB kan leiden tot

een aanzienlijk hogere schadevergoeding bij bijvoorbeeld de beëindiging van het arbeidscontract.

3.6 Gemeente gekapitteld wegens discriminatie gehandicapte medewerker

Een werkgever die zich onvoldoende inspannt om de werkplek van een visueel gehandicapte medewerker aan te passen, wordt in een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling afgestraft. De Commissie oordeelt dat de werkgever verboden onderscheid heeft gemaakt wegens handicap door de medewerker na diens uitval wegens ziekte niet te herplaatsen en door het dienstverband met hem te willen beëindigen.

De casus

Bij de gemeente Rotterdam werkt sinds november 1990 een medewerker met een visuele handicap. Vanwege die handicap heeft hij hulpmiddelen nodig, zoals een vergrotingsprogramma op de computer en vergrotingsapparatuur om teksten op papier te kunnen lezen. Verder moet zijn werkplek zodanig worden ingericht dat de medewerker in een ergonomisch verantwoorde houding zijn werk kan verrichten.

Gedurende zijn dienstverband wisselt de medewerker door het uitoefenen van uiteenlopende functies regelmatig van werkplek. Steeds is daarbij bekend dat zijn werkplek speciale aanpassingen behoeft wegens zijn handicap. Zonder die aanpassingen kan de medewerker de tekst op papier nauwelijks lezen. De tekst op de computer kan hij zonder de benodigde aanpassingen alleen lezen als hij met zijn neus tegen de monitor zit, maar dat veroorzaakt rugklachten. De benodigde aanpassingen werden niet altijd doorgevoerd.

Onvoldoende inspanning

In 1998 meldt de medewerker zich ziek. Na in december 1999 hersteld te zijn verklaard, deelt de gemeente de medewerker mee geen gebruik meer te willen maken van zijn diensten. De medewerker wordt met bijzonder verlof naar huis gestuurd. Na een klacht blijkt de hersteldmelding ten onrechte te hebben plaatsgevonden. Een geschillencommissie stelt vast dat de gemeente zich onvoldoende heeft ingespannen om de medewerker te laten re-integreren. Bovendien oordeelt deze dat de arbodienst onvoldoende druk op de gemeente uitgeoefend heeft om aanpassingen door te voeren.

Partijen besluiten vervolgens hun conflict met behulp van mediation op te lossen. Een van de op te lossen geschilpunten betreft de aanpassing van de werkplek. De mediationssessies verlopen niet naar tevredenheid. De medewerker stuurt zijn directeur uit frustratie een brief waarin hij schrijft niets terug te zien van de inspanningsverplichting van de werkgever om tot terugplaatsing te komen. In antwoord daarop beëindigt de directeur het mediationtraject “vanwege de opstelling en het gebrek aan vertrouwen” van de medewerker. Hij

kondigt aan de medewerker voor ontslag te zullen voordragen “vanwege ongeschiktheid voor functies binnen de gemeentelijke organisatie”.

Aanpassingen

Nadat de gemeente de medewerker schriftelijk het besluit heeft medegedeeld van het ontslag, heeft de medewerker hiertegen bezwaar aangetekend (op grond van de algemene wet bestuursrecht). Gelijkijdig heeft de medewerker een klacht ingediend bij de Commissie Gelijke Behandeling. Hij voert in de eerste plaats aan dat zijn werkgever heeft geweigerd om aan de werkplek aanpassingen te realiseren en zich in te spannen voor de herplaatsing van de medewerker na diens ziekte. Daarnaast stelt de medewerker dat zijn werkgever het dienstverband met hem beëindigt wegens zijn handicap.

De Commissie neemt in haar oordeel als uitgangspunt dat de door de medewerker aangevoerde feiten “kunnen doen vermoeden” dat de gemeente het dienstverband heeft beëindigd vanwege de handicap van de medewerker. Het is dan aan de gemeente om te bewijzen dat niet in strijd met de Wet Gelijke Behandeling is gehandeld. De Commissie stelt vast dat de werkgever niet in het leveren van dat tegenbewijs is geslaagd. Als oordeel spreekt de Commissie uit dat de gemeente “onderscheid heeft gemaakt op grond van handicap jegens verzoeker door hem niet te herplaatsen na ziekte en door het dienstverband met verzoeker te beëindigen”. (CGB 8 maart 2004, 2004-21).

Commentaar

Op 1 december 2003 is de Algemene Wet Gelijke Behandeling aangepast. Sindsdien is het verboden om op de werkplek onderscheid te maken tussen gezonde medewerkers en medewerkers met een chronische ziekte of handicap. Deze wetsaanpassing past in het streven van de regering om de toestroom van werknemers in de WAO terug te dringen en hen zoveel mogelijk in het arbeidsproces te houden.

Het was met deze wetswijziging wachten op de eerste uitspraak hierover van de Commissie Gelijke Behandeling. Nu deze er is, is de verwachting dat veel meer werknemers met een arbeidshandicap op deze wet een beroep zullen doen. Een werknemer die de Commissie achter zich krijgt, zal moeilijker ontslagen kunnen worden en krijgt recht op vergoeding van eventueel geleden schade.

Zoals uit het oordeel naar voren komt, past de Commissie Gelijke Behandeling een omkering toe van de op de klager rustende bewijslast. Hoewel in het Nederlandse recht het uitgangspunt is dat degene die stelt, zijn stellingen ook moet kunnen bewijzen, nuanceert de Commissie dit. Als de werkgever door de aangevoerde feiten de schijn tegen zich heeft, zal de werkgever aan de hand van bewijzen moeten kunnen motiveren dat zijn gedrag niet discriminerend is bedoeld.

3.7 Europees Hof: Verschil in anciënniteit rechtvaardigt verschil in beloning

Gelijke gevallen moeten gelijk beloond worden. De werkgever die zich niet aan dit uitgangspunt houdt, kan het beginsel van goed werkgeverschap ex art 7:611 BW tegengeworpen krijgen. Daarnaast loopt hij de kans zich schuldig te maken aan de wettelijk verboden discriminatie wegens geslacht, ras of leeftijd. Toch wordt in de praktijk van het recht de soep vaak minder heet gegeten dan die wordt opgediend.

In het arrest van 30 januari 2004 (JAR 2004, 68) onderschreef de Hoge Raad dat de vraag of er sprake is van een ongeoorloofd onderscheid in beloning slechts mag worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW wanneer de factoren van geslacht, arbeidsduur of tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst geen rol spelen. Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap in een bepaald geval inhouden, moet het beginsel in aanmerking worden genomen dat gelijk werk in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond.

Onaanvaardbaar

Een uitzondering hierop is mogelijk als een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat. Bij de beoordeling van de vraag of een overeengekomen ongelijkheid in beloning op grond van het beginsel van goed werkgeverschap als ongeoorloofd moet worden beschouwd en dus ongedaan moet worden gemaakt, moet van de Hoge Raad evenwel terughoudend worden getoetst. Alleen als sprake is van ongelijkheid in beloning die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet ongelijke beloning ongedaan worden gemaakt.

Bewijslast

Anders is de toetsing waarbij sprake lijkt te zijn van ongelijke beloning tussen man en vrouw. Dan vindt de werkgever de Wet Gelijke Behandeling op zijn weg. Art. 7:646, eerste lid BW bepaalt namelijk: “De werkgever mag geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst.” Deze wetgeving is voornamelijk tot stand gekomen onder invloed van Europese wetgeving en rechtspraak. In de praktijk blijkt de toepassing van dit wettelijk uitgangspunt echter niet altijd even eenvoudig. Het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie heeft over de toepassing ervan bij herhaling vragen van nationale rechters moeten beantwoorden. Veel rechtspraak gaat over de vraag bij wie de bewijslast ligt bij de vraag of de oorzaak van het verschil in beloning tussen man en vrouw door discriminatie naar geslacht wordt veroorzaakt.

Zo oordeelde het Europees Hof in 1989 dat een beloningstelsel doorzichtig moet zijn. Als niet duidelijk is volgens welke criteria wordt beloond en aange-toond kan worden dat vrouwelijke werknemers gemiddeld aanzienlijk minder verdienen dan mannelijke moet de werkgever bewijzen dat het salarissysteem niet discriminerend is (HvJ 17 oktober 1989 (Danfoss), nr. 109/88, Jur. 1995, p. 3199 e.v.). Op 3 oktober 2006 moest het Europees Hof de vraag beantwoorden of beloning gebaseerd op ervaring een gerechtvaardigd systeem is en of daarbij het gebruik van de duur van het dienstverband een aangewezen middel is. Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend. Ondanks dat vaststaat dat een dergelijk beloningssysteem disproportioneel nadeliger is voor vrouwen dan voor mannen mag de werkgever zich daarvan bedienen.

Ervaringsjaren

Deze zaak bij het Europees Hof is aanhangig gemaakt door een Britse werknemster. Zij werkte als inspecteur voor de volksgezondheid. Zij ontdekte dat ze beduidend minder verdiende dan haar mannelijke collega's die hetzelfde werk deden. Zij was van mening dat haar werkgever haar discrimineerde naar geslacht. De Britse rechter legde over de toepassing van Europese regels over dit onderwerp in hoger beroep vragen voor aan het Europees Hof. Het Europees Hof neemt tot uitgangspunt dat het berekenen van ervaringsjaren op zichzelf genomen een gerechtvaardigde basis kan zijn om verschil in kwaliteit van het werk vast te stellen. Indien de werknemster echter kan aantonen dat het verschil in ervaringsjaren geen verschil maakt voor de kwaliteit van het werk, kan het systeem wel discriminerend zijn.

Samenvattend

Het staat de werkgever tot op zekere hoogte vrij een beloningssysteem op te zetten. Weliswaar is wettelijk uitgangspunt dat gelijke gevallen gelijk beloond moeten worden, maar de rechters toetsen in de praktijk met terughoudendheid of hiervan sprake is. Voor sommige categorieën gelden echter zwaardere normen, zoals in het geval dat sprake is van verschil in beloning tussen man en vrouw. De werkgever zal dan moeten bewijzen dat dit verschil door andere, rechtsgeldige, objectieve factoren wordt veroorzaakt. Verschil in kwaliteit wordt gezien als een factor die verschil in beloning rechtvaardigt. Indien in het beloningssysteem objectieve factoren zijn opgenomen die kwaliteitsverschillen benaderen, is dit naar rechtspraak van het Europees Hof dus in beginsel gerechtvaardigd. De bewijslast van het tegendeel, namelijk dat het verschil in ervaringsjaren geen verschil maakt in kwaliteit, ligt dan bij de werknemer.

3.8 Dienstwoning als beloningsvorm is problematisch bij einde dienstverband

“Aan een van onze productiemedewerkers hebben we veertig jaren geleden een dienstwoning ter beschikking gesteld. Hij betaalt ons daarvoor een heel lage huurprijs. We hebben met hem geen afzonderlijke schriftelijke huurovereenkomst. De terbeschikkingstelling van de woning tegen een geringe huurprijs is onderdeel van zijn (secundaire) arbeidsvoorwaarden. Onlangs hebben we de arbeidsovereenkomst met hem beëindigd. Onze vraag is of we ons op het standpunt kunnen stellen dat hij daarmee tevens de dienstwoning dient te ontruimen?”

Er komen nog steeds beroepen voor die het voorrecht hebben dat aan hun beroep het gebruik van een dienstwoning is verbonden. Denk aan personen die een bewakingstaak hebben, een filiaalhouder, een boswachter, een conciërge, een dominee. Daarnaast kwam het vooral in het verleden veel voor dat bedrijven woningen voor hun medewerkers lieten bouwen en hen in de gelegenheid stelden daarin tegen een gunstige prijs te wonen. Niet voor niets heeft de wetgever in art. 7:617 BW met zoveel woorden geaccepteerd dat “het gebruik van een woning, alsmede de verlichting en verwarming daarvan” een geoorloofde wijze van arbeidsbeloning is.

Tegenstrijdige belangen

Bij deze vorm van belonen kunnen zich echter gecompliceerde juridische problemen voordoen in de situatie dat het dienstverband wordt beëindigd. Dan duikt namelijk de vraag op of het gebruik van de dienstwoning automatisch eveneens als beëindigd kan worden beschouwd. Over de beantwoording van deze vraag zijn in het verleden tot aan de Hoge Raad toe pittige procedures gevoerd. Enerzijds is daar het belang van de werkgever om de woning aan een ander ter beschikking te kunnen stellen of daaruit een marktconforme opbrengst te verkrijgen. Anderzijds kan de gewezen werknemer belang hebben bij het invoeren van de wettelijke huurbescherming. Juristen spreken in een dergelijke situatie van een zogenoemde gemengde overeenkomst. De arbeidsovereenkomst en de huurovereenkomst (die meestal niet schriftelijk is vastgelegd) lopen met andere woorden in elkaar over.

Taakvervulling

Juridisch is van doorslaggevend belang of de ter beschikking gestelde dienstwoning ‘eigenlijk’ is dan wel ‘oneigenlijk’. Van een ‘eigenlijke’ dienstwoning is sprake als het bewonen ervan “behoort tot de voor de werknemer uit zijn dienstverband voortvloeiende verplichtingen.” Denk aan de eerdergenoemde boswachter, filiaalhouder, conciërge en dominee. Daarbij is niet vereist dat de bewoning van de dienstwoning voor een goede taakvervulling ‘essentieel’ is. Voldoende is dat de bewoning van de woning bijdraagt aan een goede taakvervulling van de werknemer. Bij een dergelijke eigenlijke dienstwoning zijn de

kenmerken van een huurovereenkomst volgens de Hoge Raad niet aanwezig. De Hoge Raad oordeelt in dat geval dat “gegeven de aard en de strekking van een gemengde overeenkomst geen plaats is voor huurbescherming.”

Huurbescherming

De ter beschikking gestelde dienstwoning die daarentegen niet nodig is voor een goede taakvervulling van de werknemer, wordt in juridische termen ook wel de oneigenlijke dienstwoning genoemd. De gelijktijdige opzegging daarvan met het dienstverband is juridisch veel problematischer. In dit geval heeft de werknemer met wie de werkgever het dienstverband opzegt wel het recht zich te beroepen op de wettelijke huurbescherming. Dan gelden de aanvullende regels van het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder de titel in het Burgerlijk Wetboek over Huurrecht, de Huurprijzenwet en het algemene vermogensrecht.

Nieuw aanbod

Het huurrecht wordt gekenmerkt door een hoge mate van rechtsbescherming van de huurder. De huurovereenkomst kan slechts onder een beperkt aantal voorwaarden worden beëindigd of gewijzigd. Een van de opzegmogelijkheden biedt art. 7:274, lid 1 sub d BW. Hiermee kunt u de huurovereenkomst opzeggen als de huurder niet toestemt in een redelijk aanbod voor een nieuwe huurovereenkomst met betrekking tot dezelfde woonruimte, voor zover dit aanbod geen wijziging van de huurprijs of de servicekosten inhoudt. Deze mogelijkheid wordt vooral gebruikt bij renovatie. Uw aanbod mag wel mede de verhoging van een huurprijs inhouden, mits het aanbod ook redelijk is gelet op de overige omstandigheden van het geval (lees: woningverbetering). Dit kan een reële optie zijn.

Eigen gebruik

Een andere mogelijkheid is dat u zich als verhuurder erop beroept dat u de woning dringend zelf nodig heeft. Die mogelijkheid biedt art. 7:274, lid 1 sub c BW. Als dringend eigen gebruik mag de rechter ook aanmerken dat u de woning aan een andere werknemer ter beschikking wilt stellen overeenkomstig de door u aan de woning gegeven bestemming. De rechter zal in dat geval een belangenafweging maken of dat het benodigde dringend eigen gebruik zodanig dringend is dat van u niet gevergd kan worden de gewezen huurder langer het genot van de woning te verschaffen. Hierbij spelen onder meer een rol het feit dat en de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst is beëindigd.

Onvoorzienne omstandigheid

Art. 6:258 BW ziet op de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een overeenkomst te wijzigen in geval van onvoorzienne omstandigheden. Het invoeren hiervan is eveneens een optie. Blijkens de wetsgeschiedenis is het bij het invoeren van deze bepaling vooral beslissend van welke veronderstelling partijen bij het aangaan van de huurovereenkomst zijn uitgegaan. Dat kunt u wellicht aan-

tonen met gespreksverslagen waaruit blijkt dat de lage huurprijs uitsluitend is gehandhaafd als arbeidsvoorwaarde en als zodanig was bedoeld.

Goede trouw

In het verleden hebben zich gevallen voorgedaan waarbij de rechter oordeelde dat het beroep van de gewezen medewerker op huurbescherming in strijd is met de goede trouw. De omstandigheden van het geval kunnen namelijk meebrengen dat opzegging van het dienstverband door de werknemer slechts kan geschieden gelijktijdig met de opzegging van de huurovereenkomst. In de rechtspraak is strijd met de goede trouw aangenomen toen de woning verbeden de huurwaarde aan de directeur van een onderneming was verhuurd en deze zich had verbonden de woning bij beëindiging van zijn functie te zullen ontruimen. Ook heeft een rechter strijd met de goede trouw aangenomen in het geval van een werknemer die opzettelijk een functie had aanvaard waarvan de vervulling zijn capaciteiten en ervaring te boven ging, louter en alleen met het doel aan een woning te komen.

Huurprijzenwet

Tot slot is het interessant de mogelijkheid te bekijken of u op grond van de Huurprijzenwet de huurprijs eenzijdig kunt wijzigen. Of dat in dit geval mogelijk is, zal afhangen van de huidige huurprijs, de woonoppervlakte, de onderhoudstoestand, het voorzieningenniveau, de woonomgeving en dergelijke, een en ander overeenkomstig het puntenstelsel dat door de Huurcommissie wordt gehanteerd. Dit is de meest voor de hand liggende oplossing. Mogelijk komt u als verhuurder ook in aanmerking voor de zogenoemde inhaalregeling. Bij de Huurcommissie kunt hierover nadere informatie verkrijgen.

Samenvattend

In de zaak waarmee dit stuk begint dient u kort gezegd eerst na te gaan of uw ontslagen medewerker de dienstwoning nodig heeft gehad voor een goede taakvervulling. Als dat niet het geval was, is er sprake van een (impliciete) huurovereenkomst. U zult zich dan moeten afvragen of er goede redenen kunnen zijn deze huurovereenkomst op te zeggen, zoals ten behoeve van dringend eigen gebruik. Als dergelijke opzeggingsredenen niet voor handen zijn, kunt u tot slot de huurprijs laten aanpassen aan de marktconforme huurprijzen van vergelijkbare woningen.

3.9 Fout bij inhouding WW-premies voor rekening werkgever

“Ik heb als werkgever mijn loonadministratie uitbesteed. Mijn accountmanager vertelde mij onlangs dat gedurende twee jaar een fout is gemaakt in de verwerking van de inhoudingen van WW-premies op de salarissen van twee van mijn medewerkers. De premies zijn wel correct aan de uitvoeringsinstelling afgedragen, maar de loonadministratie heeft verzuimd deze van het salaris van beide werknemers in te houden. Het gaat in totaal om een bedrag van bijna 5.000 euro. Beide werknemers zijn inmiddels vertrokken. Het kantoor dat mijn loonadministratie verzorgt, heeft de fout toegegeven maar verwacht nu van mij dat ik de premies die ingehouden hadden moeten worden zelf alsnog bij beide werknemers verhaal. Kan dat?”

Het antwoord op deze vraag is eenvoudigweg: nee. Het kantoor waar u uw loonadministratie heeft ondergebracht mag niet van u verlangen dat u de bedragen op uw (oud-)werknemers verhalen. De wetgever heeft deze mogelijkheid namelijk uitdrukkelijk uitgesloten. In artikel 83 lid 2 WW is daartoe bepaald dat “bij de definitieve vaststelling van de kosten niets van een eventueel door de werkgever bij te betalen of bijbetaald bedrag op de werknemer mag worden verhaald.” Door de Hoge Raad is in 1989 en in 1993 geoordeeld dat als de werkgever ten onrechte geen of een te laag bedrag aan premies voor werknemersverzekeringen heeft ingehouden, de werkgever deze bedragen nadien niet alsnog op de werknemer mag verhalen.

Geringste twijfel

De werkgever die heeft verzuimd werknemerspremies in te houden omdat hij in de veronderstelling verkeerde dat geen premieplicht van toepassing was, kan achteraf evenmin zijn verzuim op de werknemer verhalen. Een dergelijke situatie doet zich bijvoorbeeld voor bij freelancers of ogenschijnlijk zelfstandigen waarin de uitvoeringsinstelling desalniettemin een werknemersrelatie aanneemt. De Hoge Raad oordeelde: “Als zulks een verhaal achteraf niet geoorloofd is in nevenbedoelde gevallen, waarin de werkgever als regel geen enkel verwijt kan worden gemaakt dat hij zijn bevoegdheid tot inhouding niet heeft gebruikt, is verhaal zeker niet geoorloofd wanneer de werkgever achterwege heeft gelaten om tijdig te onderzoeken of er een dienstbetrekking en daarmee een verzekeringsplicht en een bevoegdheid tot inhouding was.” Het is daarom bij de geringst mogelijke twijfel altijd verstandig van de uitvoeringsinstelling zekerheid te verkrijgen over de juridische status van uw personeel.

Loonbelasting

Als de verzuimde inhoudingen loonbelasting of premies volksverzekeringen hadden betroffen, was de beantwoording van deze vraag anders uitgevallen. De Wet op de Loonbelasting verbiedt dergelijk verhaal achteraf namelijk niet. De werkgever zal zulke aanvullende inhoudingen met name kunnen verhalen als de werknemer een onjuiste werknemersverklaring heeft gedaan of als hij

heeft nagelaten de werkgever tijdig te informeren over wijzigingen in zijn persoonlijke omstandigheden. Anders zal geoordeeld worden in de situatie waarin de werkgever geen behoorlijke loonadministratie heeft bijgehouden of als de werknemer ervan mocht uitgaan dat de werkgever ook ten aanzien van bepaalde onkostenvergoedingen aan zijn inhoudingsplicht had voldaan. Rechters zijn in zulke situaties geneigd te verwijzen naar de ongelijkheid van partijen bij de arbeidsovereenkomst en het grotere inzicht dat van de werkgever mag worden verwacht met betrekking tot de omvang van zijn inhoudingsplicht.

Samenvattend

In het beschreven geval kan de loonadministrateur duidelijk worden gemaakt dat de wet een verhaal van ten onrechte niet ingehouden werknemerspremies in de weg staat. De loonadministrateur mag alleen al om deze reden niet van de werkgever verlangen dat de werkgever een poging waagt dergelijke bedragen alsnog in te houden. Het lijkt er bovendien op dat in het beschreven geval de loonadministrateur tekort is geschoten in de nakoming van de met de werkgever gesloten overeenkomst van opdracht tot het uitvoeren van de loonadministratie. Dan moet de werkgever wel kunnen bewijzen dat de loonadministrateur een fout heeft gemaakt. Daarbij moet worden uitgesloten dat de fout is veroorzaakt door een verkeerde of onzorgvuldige opgave of uitvoering van de zijde van de werkgever. Zodra de loonadministrateur de fout heeft toegegeven, ligt het voor de hand dat hij ook de schade vergoedt.

3.10 Keuze muziekzender Radio 538 leidt tot arbeidsconflict

Luisteren naar Radio 538 op het werk kan tot ongezonde arbeidsverhoudingen leiden. Dat leert ons het vonnis van de kantonrechter in Haarlem van 26 mei 2003, JAR 2003, 166. Van de werknemer mag worden verwacht dat hij zich bij de keuze van de radiozender aan de meerderheid van zijn collega's aanpast. Volharding van zijn verzet heeft geleid tot de ontbinding van zijn dienstverband zonder enige vergoeding.

De zaak

De betrokken werknemer was werfassistent. Na een tijd ziek te zijn geweest, re-integreerde hij in het arbeidsproces. Op de werkvloer stond altijd Radio 538 aan. De werknemer gaf tijdens dat re-integratieproces aan last te ondervinden van de hoge tonen en basgeluiden van deze radiozender. Ook nadat de arbeidsovereenkomst en de werkgever hadden bemiddeld, bleef hij protesteren.

De kantonrechter begint zijn overwegingen met de vaststelling dat het niet ongewoon is in de werkomgeving van de betrokken werknemer naar popmuziek via de radio te luisteren. Van de werknemer mag daarom worden verwacht dat hij daarmee instemt. Alleen als dit vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn, is dat anders. Van die bijzondere omstandigheden was in het onderhavige geval echter niets gebleken.

Aanpassen

De kantonrechter achtte het niet waarschijnlijk dat de betrokken werknemer voor geluid gevoelig was. Hij bracht zijn protesten pas ten tijde van de procedure naar voren. Bovendien heeft hij in het verleden gedurende meerdere jaren wel de popmuziek van andere radiozenders zonder problemen aangehoord. Voorts mag, aldus de kantonrechter, van een werknemer worden verwacht dat hij zich betreffende de muziekkeuze aanpast aan de meerderheid van zijn collega's.

De kantonrechter overweegt verder dat het van de werkgever mag worden verwacht om tot een vergelijk of oplossing te komen. In dit geval, zo oordeelde de kantonrechter, had de werkgever hieraan ruimschoots voldaan. Hij had het radiogeluid blijkens rapportage van de arbeidsovereenkomst tot het minimum beperkt.

De conclusie van de kantonrechter is dat de betrokken werknemer de radio-muziek van Radio 538 moet dulden. De werknemer bleek daartoe echter niet bereid. Daarom is sprake van een wijziging van omstandigheden die tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. De kantonrechter kent de werknemer geen vergoeding toe, omdat het risico van deze gewijzigde omstandigheden geheel bij de werknemer ligt.

3.11 Creëer uw kansen met innovatieve sociale media, maar voorkom juridische avonturen

Het gebruik van sociale media neemt fors toe. Wereldwijd heeft Twitter inmiddels meer dan 106 miljoen geregistreerde gebruikers en er melden zich nog dagelijks meer dan 300.000 mensen aan. Dit medium kent nu al meer dan 19 miljard zoekopdrachten per maand. Het einde van deze belangstelling lijkt nog niet in zicht.

Ons rechtssysteem zal niet om deze nieuwe sociale media heen kunnen. In een Nederlandse strafzaak weigerde de rechtbank om verslaggeving te verbieden van de pers via Twitter. In Zweden en Groot-Brittannië hebben rechters het dagvaarden via Twitter van onvindbare gedaagden toegestaan.

Strategische keuze

Veel bedrijven zien terecht groeikansen in het gebruik van sociale media. Op LinkedIn wemelt het reeds van online netwerkende accountmanagers en recruiters. Op Twitter bevinden zich steeds meer kenniswerkers die hun informatie delen. Veel bedrijven staan vroeg of laat voor de strategische keuze op welke wijze zij hun medewerkers de vrije hand willen geven in het gebruik hiervan. Want medewerkers via sociale media laten netwerken kent aantrekkelijke kansen, maar ook valkuilen en bedreigingen. Heldere afspraken hierover met elkaar vastleggen, kan van levensbelang zijn.

Zo heeft persbureau Reuters voor de journalisten met wie het samenwerkt een uitvoerige gedragscode voorgeschreven. Daarin wordt hen onder andere gevraagd zich niet onder een valse identiteit kenbaar te maken en bronnen voorafgaand aan publicatie te verifiëren. Toen zo'n tien jaar geleden het gebruik van e-mail een hoge vlucht nam, werd werkgevers reeds geadviseerd voor de zekerheid expliciet het gebruik van porno, geweld en discriminerende uitingen vooraf te verbieden. Dit advies geldt onverkort. Het eerste geval waarin beledigende uitingen via Twitter door een rechter moest worden verboden, is al gesignaleerd.

Privémail

Anderzijds moet een werkgever zich bewust zijn van de privacyregels die door het College Bescherming Persoonsgegevens zijn opgesteld. Dit College adviseert werkgevers om in overleg met de Ondernemingsraad vooraf vast te stellen in hoeverre het gebruik van internet, e-mailverkeer en dergelijke is toegestaan. Deze regels dienen op toegankelijke wijze te worden gepubliceerd. Verboden gebruik van online faciliteiten moet bij voorkeur softwarematig onmogelijk worden gemaakt. Rapportages en gebruiksstatistieken dienen anoniem te zijn. Werknemers dienen inzage in hun persoonlijke gegevens te kunnen krijgen.

In een recente rechterlijke uitspraak is een werkgever veroordeeld tot betaling van schadevergoeding nadat hij het hotmail-account van een werknemster had gelezen met een vertrouwensbreuk als gevolg. Hoewel de werkgever vooral was gevallen over e-mailcorrespondentie die betrekking had op haar werk, rekenende de kantonrechter deze schending de werkgever toch zwaar aan. Met helder afgebakende regels vooraf over scheiding tussen het gebruik van privémail en werkmail had deze vertrouwensbreuk voorkomen kunnen worden.

Ons advies is: werkgevers hoeven zich niets in de weg te laten staan om nieuwe, innovatieve sociale media zoals LinkedIn en Twitter voor hun bedrijfsproces in te zetten. Wel is het ten zeerste aan te bevelen vooraf heldere, doorzichte regels met het personeel vast te leggen om misverstanden, conflicten en misbruik te voorkomen.

P.s.: Wij zijn te volgen via: twitter.com/advocaatswart

4.1 Vakantiedagen weigeren mag niet zomaar

“Mijn medewerkers zijn in deze periode weer druk bezig plannen te maken voor de invulling van hun komende zomervakanties. Binnenkort druppelen de vakantieaanvragen weer binnen. Mijn bedrijf kent tijdens de zomervakantie geen algehele bedrijfssluiting. Het is van belang dat wij ook tijdens de zomerperiode voor onze klanten beschikbaar blijven. Niet alle medewerkers kunnen dus tegelijkertijd met vakantie. Hoe zit het ook alweer precies met het vaststellen van de vakantiedagen? Mag ik het opnemen van vakantiedagen zonder meer weigeren? Kan het door de juridische beugel dat mijn bedrijf alleen instemt met de aanvraag door een vakantiebriefje voor akkoord te tekenen?”

De wijze waarop werkgever en werknemer in goed onderling overleg het opnemen van vakantiedagen dienen vast te stellen, is geregeld in art. 7:638 van het Burgerlijk Wetboek. Daarin is als wettelijk uitgangspunt bepaald dat de werkgever de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vaststelt “overeenkomstig de wensen van de werknemer”. De werkgever mag de vakantieaanvraag van de werknemer afwijzen in de situatie dat “gewichtige redenen zich daartegen verzetten”. De wensen van de aanvragende werknemer staan dus voorop. De werkgever dient aan te tonen dat “gewichtige redenen” het opnemen van de gewenste vakantiedagen in de weg staan.

Gewichtige redenen

De vraag rijst dan welke redenen voldoende gewichtig zijn. De wetgever zegt daarover: het inwilligen van een verzoek om vakantie mag niet tot ‘ernstige’ verstoring van de bedrijfsvoering leiden. “De gevolgen van de verstoring van de bedrijfsvoering zullen steeds moeten worden afgewogen tegen de gevolgen die het niet inwilligen van het verzoek om vakantie voor de werknemer heeft. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan de situatie waarbij, in een seizoensbedrijf, werknemers hun vakantie willen opnemen tijdens de seizoenspiek of de situatie waarbij, in een klein bedrijf, het bedrijf gesloten zou moeten worden omdat niet in vervanging kan worden voorzien.” Er is geen overvloedige rechtspraak bekend van gevallen die tot discussie hierover hebben geleid.

Terugkomend op de vraag: het lijkt er sterk op dat de werkgever medewerkers toestemming voor het opnemen van vakantiedagen mag weigeren omdat hij tijdens de zomervakantie open wil blijven. Ter versterking van zijn positie verdient het aanbeveling dit bijzondere, jaarlijks terugkerend aspect van de bedrijfsvoering tijdens een sollicitatiegesprek onder de aandacht van kandidaten te brengen. Wel moet de werkgever oppassen dat hij niet stelselmatig elk jaar dezelfde medewerkers benadeelt. Verder moet hij voorkomen dat hij medewerkers stelselmatig weigert hun snipperdagen op te laten nemen. Dergelijke stelselmatige weigeringen kunnen op den duur ongeloofwaardig worden als ze

feitelijk leiden tot het dwingen van de werknemer om vakantiedagen over te sparen.

Schriftelijk afwijzen

De wijze waarop de werkgever gebonden raakt aan de door de werknemer voorgestelde vaststelling is voor de werkgever een juridische valkuil. De werkgever raakt namelijk eenvoudigweg al door niet te reageren gebonden aan de door de medewerker ingediende vakantieaanvraag. Ook dat is wettelijk bepaald: “Indien de werkgever niet binnen twee weken nadat de werknemer zijn wensen schriftelijk heeft kenbaar gemaakt, schriftelijk aan de werknemer gewichtige redenen heeft aangevoerd, is de vakantie vastgesteld overeenkomstig de wensen van de werknemer.” Dat betekent met andere woorden dat wettelijk gezien geen uitdrukkelijke instemming, bijvoorbeeld door middel van een handtekening voor akkoord van de werkgever vereist is. De werkgever die een vakantieaanvraag langer dan twee weken op zijn bureau laat liggen, plaatst zich daarmee voor een voldongen feit. Ook een mondelinge afwijzing is strikt wettelijk gezien onvoldoende. Formeel dient de werkgever schriftelijk de vakantieaanvraag af te wijzen.

Afwijkende afspraken

Dit wettelijk systeem geldt uitsluitend indien de werkgever binnen zijn bedrijf geen andere afwijkende regeling overeen is gekomen. Hij mag er namelijk van afwijken “bij schriftelijke overeenkomst dan wel bij of krachtens collectieve arbeidsovereenkomst”. Als hij dus niet zo snel gebonden wil raken aan de vakantieaanvraag van zijn medewerkers is het goed dat bij de indienstreding in de schriftelijke, door beide partijen voor akkoord ondertekende arbeidsovereenkomst nadrukkelijk op te nemen. Een andere optie is om in het arbeidsreglement een bedrijfsvakantieregeling op te nemen die afwijkt van de beschreven wettelijke regeling. Wel dient dan in de bij de indienstreding voor akkoord ondertekende arbeidsovereenkomst nadrukkelijk de inhoud van het arbeidsreglement van toepassing te zijn verklaard. Mogelijk is ook dat voor u een cao geldt waarin een afwijkende vakantieregeling is opgenomen.

Ontslag

De ultieme sanctie op het niet nakomen van afspraken is de werknemer (al dan niet op staande voet) te ontslaan. Die neiging zal zeker ook bestaan in de situatie waarin de werknemer toch op vakantie is gegaan terwijl dit schriftelijk is afgewezen. Toch is zo’n ontslag riskant. Of dat ontslag stand zal kunnen houden, zal onder andere afhangen van het belang dat de werknemer had bij het opnemen van de vakantie, zijn openstaande saldo aan vakantiedagen, de wijze waarop hij de aanvraag deed en of die overeenkomstig het beschreven wettelijk systeem of de bedrijfsregeling is afgewezen. Verder speelt een rol hoe de medewerker voor het overige heeft gefunctioneerd. Of een ontslag uiteindelijk standhoudt, zal de rechter beoordelen aan de hand van de daarvoor gel-

dende ontslagregels. Daarbij weegt de rechter de belangen van de werknemer bij handhaving van het dienstverband af tegen het belang van de werkgever om het dienstverband te beëindigen. De mate waarin door het handelen van de medewerker de arbeidsverhoudingen onherstelbaar zijn verstoord, zal daarbij dan een rol kunnen spelen.

Tips

- *Ga na of voor uw bedrijf een cao geldt waarin een vakantieregeling is opgenomen.*
- *Stel voor uw bedrijf een interne vakantieregeling vast als geen vakantieregeling in een cao geldt.*
- *Leg daarin in afwijking van de wettelijke regeling nadrukkelijk vast dat uw uitdrukkelijke schriftelijke toestemming voor het opnemen van vakantie is vereist.*
- *Bij het ontbreken van een interne of cao-vakantieregeling: maak uw afwijzing van een vakantieaanvraag binnen twee weken schriftelijk met redengeving aan de aanvrager bekend.*
- *Wijs sollicitanten op hun aanwezigheidsplicht tijdens eventuele seizoenspieken.*
- *Voorkom dat uw weigeringen leiden tot het gedwongen opsparen van vakantiedagen.*
- *Wees voorzichtig met het ontslaan van medewerkers die zonder uw toestemming met vakantie gaan.*

4.2 Commissie Gelijke Behandeling: Leeftijdsafhankelijke verlofregeling is discriminatoir

De werkgever die extra vrije dagen toekent aan oudere werknemers of aan werknemers met een langdurig dienstverband, loopt een behoorlijke kans zich schuldig te maken aan verboden leeftijdsdiscriminatie. Dat blijkt uit een recente uitspraak van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB).

De casus

Werkgeefster is een im- en exporteur van buitenlandse boeken, kaarten, reisgidsen en elektronische media. Van haar 72 medewerkers zijn er 33 ouder dan 45 jaar en 3 ouder dan 60 jaar. Van haar personeelsbestand zijn 36 medewerkers langer dan 10 jaar bij haar in dienst. Sinds 1 juli 1985 hanteert werkgeefster een eigen arbeidsvoorwaardenregeling. Daarin is onder andere opgenomen dat de werknemer die de 45-, 50- of 55-jarige leeftijd heeft bereikt, per vakantiejaar recht verwerft op respectievelijk 1, 2 of 3 extra vakantiedagen per jaar met behoud van salaris. De medewerker die 10, 15 of 20 dienstjaren heeft, verwerft eveneens respectievelijk 1, 2 of 3 extra vakantiedagen met behoud van salaris.

Werkgeefster geeft als redengeving voor deze regeling aan dat zij oudere werknemers wil kunnen blijven inzetten door hen iets meer mogelijkheden tot uitrusten te bieden, waardoor hun belastbaarheidsgrens minder snel zal worden bereikt. Het is haar echter niet bekend of het toekennen van extra vrije dagen voorkomt dat de belastbaarheidsgrens wordt bereikt. Uit haar verzuimcijfers blijkt namelijk niet specifiek dat oudere werknemers meer verzuimen. De toekenning van extra vrije dagen aan werknemers die langer in dienst zijn, is bedoeld als beloning voor hun trouw en ter beperking van personeelsverloop, de bevordering van de motivatie en als uitdrukking van waardering voor de kennis en ervaring die zij opbouwen.

Omdat werkgeefster bezig is haar bestaande arbeidsvoorwaarden te moderniseren, legt zij aan de CGB vrijwillig de vraag voor of deze op de genoemde onderdelen nog steeds in overeenstemming zijn met de Wet Gelijke Behandeling. De Commissie concludeert dat werkgeefster met deze regeling verboden onderscheid naar leeftijd maakt. Werkgeefster blijkt met dit oordeel haar arbeidsvoorwaardenregeling op dit onderdeel daarom te moeten herzien.

Verboden onderscheid naar leeftijd

Over de regeling die oudere medewerkers extra vrije dagen toekent, stelt de Commissie dat werkgeefster niet met cijfers kan onderbouwen dat de belastbaarheid van oudere medewerkers afneemt naarmate zij ouder worden.

TNO: Overgrote deel oudere werknemers kan het werk goed aan

“Beelden en feiten over gezondheid en inzetbaarheid van ouderen blijken niet met elkaar te stroken. Mensen veronderstellen dat met name de lichamelijke gezondheid van alle ouderen slechter is dan die van jongeren. Daarentegen wijzen de feiten uit dat een overgrote groep oudere werknemers, zeker tot de leeftijd van 65 à 70 jaar, lichamenlijk en geestelijk gezond is en het werk goed aan kan. Het is dus een klein percentage oudere werknemers dat relatief lang verzuimt, met name lichamenlijk niet meer goed gezond is en het werk niet goed meer aan kan. De kloof tussen beelden en feiten houdt daarmee in dat de mythe wil dat de gezondheid van alle oudere werknemers achteruitgaat, terwijl de

feiten uitwijzen dat slechts een klein percentage ouderen in de leeftijd tot 70 jaar met name fysiek achteruitgaat. Bovendien is het verband tussen leeftijd en gezondheid zwak, en spelen andere factoren een grotere rol.

Zo zijn leefstijl, functieduur en fysiek belastende beroepen belangrijk ter verklaring van gezondheid en verzuim. Ook zijn de verbanden tussen leeftijd en gezondheid complexer van aard dan vaak gedacht wordt. Zo blijkt dat lichamenlijke functies van ouderen weliswaar achteruit gaan, maar dat zij daardoor nauwelijks beperkt worden in hun inzetbaarheid. Bovendien blijkt vooral de spreiding in gezondheid en beperkingen sterk toe te nemen. Dit betekent dat een grote groep ouderen tot op hoge leeftijd goed gezond blijft en uitstekend inzetbaar is. En tenslotte blijkt dat de meeste gezondheidsklachten geen belemmering vormen om goed te functioneren op het werk. Ook kunnen ouderen hun achteruitgang meestal goed compenseren, bijvoorbeeld met slimme werkstrategieën of hulpmiddelen.” Uit het rapport van A. Nauta, M.R de Bruin en R. Cremer, *De mythe doorbroken, gezondheid en inzetbaarheidsbeperkingen van oudere werknemers*, 2004, TNO Arbeid, blz. 87.

De Commissie verwijst naar een recent onderzoek van TNO Arbeid waaruit daarentegen blijkt dat het overgrote deel van de oudere werknemers lichamenlijk en geestelijk gezond is en het werk nog goed aankan. Weliswaar gaan hun lichamenlijke functies achteruit, maar dat is goed te compenseren met slimme werkstrategieën en hulpmiddelen en het beperkt hen nauwelijks in hun inzetbaarheid. Binnen de organisatie van werkgeefster is ook geen sprake van fysiek zwaar belastende functies. Ten slotte stelt de Commissie vast dat werkgeefster niet kan aantonen of de extra toegekende vakantiedagen aan oudere werknemers daadwerkelijk bijdragen aan het minder snel bereiken van de individuele belastbaarheidsgrens.

De regeling die medewerkers met een langer dienstverband extra vrije dagen toekent, levert eveneens onderscheid naar leeftijd op, maar dan op een indirecte manier. Uit de door werkgeefster overgelegde cijfers blijkt dat vooral oudere medewerkers hiervan voordeel hebben. Ook voor de handhaving van deze regeling bestaat geen ‘objectieve rechtvaardigingsgrond’. Op zichzelf is het weliswaar legitiem door middel van een begunstigende regeling de loyaliteit van medewerkers te bevorderen, maar daarvoor kunnen ook andere instrumenten worden ingezet, die daarentegen wel leeftijdsafhankelijk zijn. Zo kent werkgeefster voor dit doel een jaarlijks personeelsuitje. Het voorkomen van personeelsverloop kan werkgeefster in de plaats van deze regeling bereiken door aantrekkelijke arbeidsvoorwaarden aan te bieden. Kennis en ervaring van medewerkers kan op een andere manier worden gewaardeerd zonder daarbij onderscheid naar leeftijd te maken, bijvoorbeeld door een bonus te geven die is gerelateerd aan systematisch meetbare deskundigheid en ervaring.

Commentaar

Het zal niet toevallig zijn dat de Commissie juist in deze tijd met deze belangwekkende uitspraak komt, de eerste bovendien waarin zij vaststelt dat een werkgever verboden onderscheid naar leeftijd maakt. Het handhaven van de oudere werknemer in het arbeidsproces staat immers volop in de belangstelling van de regering, die met het oog op de verwachte toekomstige krappe arbeidsmarktsituatie het voornemen heeft regelingen te ontmoedigen als zij vervroegd uittreden stimuleren, zoals prepensioen en VUT. De Commissie speelt met deze uitspraak de wetgever in de kaart en bevestigt hiermee een opkomende maatschappelijke trend: er zullen goede redenen moeten zijn om oudere werknemers uit het arbeidsproces te halen. Een hogere leeftijd op zichzelf zal niet meer zo’n rechtsgeldig excuus zijn.

Voor werkgevers die vergelijkbare regelingen kennen, heeft deze uitspraken gevolgen. Het zal er niet toe doen of de regeling vastligt in een individuele arbeidsovereenkomst, een bedrijfsbrede arbeidsvoorwaardenregeling of CAO. Strikt genomen dienen hiermee alle leeftijdsafhankelijke verlofregelingen herzien te worden. Dat is alleen anders als de werkgever kan bewijzen dat de regeling de werknemers begunstigt die zwaar fysieke arbeid moeten verrichten. Dat zal echter niet snel worden aangenomen als vermindering van fysieke belastbaarheid van die oudere werknemers op een andere manier kan worden bereikt, bijvoorbeeld door hen op oudere leeftijd een andere, lichtere functie aan te bieden. Veel werkgevers zullen deze uitspraak als een steun in de rug beschouwen nu hun werkgeversorganisaties namens hen aangeven dat Nederland relatief (te) veel verlofdagen kent en dat aantal wil terugdringen.

4.3 Europees Hof: Wachtdiensten draaien is arbeidstijd

Beoefenaars van tal van beroepen zijn bekend met het fenomeen beschikbaarheids- of wachtdiensten. Zoals de arts die in het weekend in het ziekenhuis overnacht om bij een spoed geval op elk moment opgepiept te kunnen worden. Of de brandweerman die uren op de kazerne rondhangt totdat er een brandmelding binnenkomt. Of de persfotograaf die zich op de redactie paraat houdt om uit te rukken na een bericht op de scanner van een spectaculair ongeluk. Het Europees Hof heeft op 9 september 2003 in een spraakmakend arrest bevestigd dat de wachtdiensten die deze werknemers in de buurt van hun werkplek doorbrengen ook tot de arbeidstijd moet worden gerekend. Dit oordeel beperkt de maximaal toegestane tijdsduur van die wachtdiensten aanzienlijk.

De casus

De kwestie is aanhangig gemaakt door een arts-assistent die in een ziekenhuis werkt in de Duitse stad Kiel. Hij verrichtte zes keer per maand een wachtdienst. Tijdens die dienst moest hij in het ziekenhuis aanwezig blijven en kon hij van een slaapkamer gebruik maken. Als vergoeding kreeg hij extra vrije tijd en extra salaris. De wachtdiensten volgden na de normale werktijd en duurden op werkdagen 16 uur en in de weekenden 25 uur. De arts-assistent betoogde voor de Duitse rechter dat zijn wachtdiensten ook tot de arbeidstijd moeten worden gerekend. Hiermee wilde hij bereiken dat hij minder hoeft te werken, dus meer vrije tijd overhield. Omdat de Duitse rechter het niet zeker wist, vroeg deze aan het Europees Hof van Justitie naar de uitleg van de speciaal hierop gerichte Europese richtlijn. Het Hof stelde de arts-assistent in het gelijk. De tijdsduur van zijn wachtdiensten moet worden gerekend als arbeidstijd, ook als de betrokken werknemer gedurende die wachttijd niet daadwerkelijk zijn beroepsmatige werkzaamheden verricht, maar in de buurt van zijn werkplek mag slapen.

Beschikbaarheid

Het Hof heeft zijn oordeel gebaseerd op de uitleg van een specifieke Europese richtlijn. Deze richtlijn, uitgevaardigd in 1993, heeft onder meer tot doel de arbeids- en rusttijden in de wetgeving van de Europese lidstaten te harmoniseren. Door de duur van de werkweek aan een maximum te binden en zowel de minimale dagelijkse en wekelijkse rusttijden als voldoende pauzes te waarborgen wordt beoogd de veiligheid en de gezondheid van werknemers beter te beschermen. In 2000 heeft het Hof in het arrest Simap al uitgemaakt dat ook de tijd waarin de werknemer slechts ter beschikking staat van de werkgever, tot de arbeidstijd moet worden gerekend. De opgelegde verplichting om met het oog op het verrichten van beroepswerkzaamheden op de werkplek aanwezig en beschikbaar te zijn, staat naar het oordeel van het Hof gelijk aan het uitoefenen van die werkzaamheden.

In de buurt

Uit het recente arrest is op te maken welk criterium het Hof als onderscheidend aanmerkt. Doorslaggevend bij de beantwoording van de vraag of een wachtdienst tot de arbeidstijd is te rekenen, is namelijk of de werkgever gedurende die wachttijd aanwezigheid van de werknemer in de buurt van de werkplek verlangt. Als de werknemer wel bereikbaar moet zijn, maar zich niet noodzakelijkerwijs in de buurt van zijn werkplek hoeft op te houden, kan hij zijn vrije tijd immers vrijer besteden en zich met zijn eigen zaken bezighouden. Als de werknemer zich voor zijn bereikbaarheid uitdrukkelijk niet in de buurt van zijn werkplek hoeft op te houden maar die tijd van zijn werkgever bijvoorbeeld thuis mag doorbrengen, is uitsluitend de tijd die is verbonden met het daadwerkelijk verrichten van werkzaamheden als arbeidstijd te beschouwen. Dit in tegenstelling tot de situatie waarin de werknemer zich beschikbaar moet houden in de buurt van zijn werkplek. Of de werkgever de werknemer in de gelegenheid stelt tijdens de wachtdienst te slapen, is naar het oordeel van het Hof geheel niet relevant.

Arbeidstijdenwet

De uitspraak van het Europees Hof heeft gevolgen voor de Nederlandse situatie. In Nederland zijn de maximale arbeids- en minimale rusttijden die in acht moeten worden genomen, geregeld in de Arbeidstijdenwet. De meeste brandweerkorpsen en ziekenhuizen zijn er steeds van uitgegaan dat wachtdiensten als rusttijden konden worden beschouwd. Met het besproken arrest van het Europees Hof in de hand is dat een verkeerde veronderstelling geweest. Dat heeft tot gevolg dat werknemers met wachtdiensten in de buurt van hun werkplek, minder hoeven te werken. Anders worden immers de maximale arbeidstijden en minimale rusttijden overschreden, wat een strafbaar feit voor de werkgever oplevert. Een voor de betrokken werknemers nadelig gevolg is dat hun werkgevers van hen gedurende hun wachtdiensten een intensievere deelname aan het arbeidsproces zullen verlangen, zoals deelname aan oefeningen of het volgen van scholing. Over deze aspecten wordt intensief overlegd door werkgevers en werknemers.

Nederlandse rechter

Ook de rechtbank in Den Haag heeft op 27 februari 2007 een brandweerman die met behoud van salaris 48 uur in plaats van 54 uur wilde werken in het gelijk gesteld. De rechtbank in Den Haag vindt dat ook de werkweek van brandweerlieden maximaal 48 uur mag duren. De Haagse brandweer moet de brandweerman als goed werkgever dus een rooster van 48 uur aanbieden. Dat rooster moet zodanig in elkaar steken dat er een volledig salaris kan worden verdiend. Op 17 januari 2007 is bij het Gerechtshof Arnhem uitspraak gedaan over de dienstroosters bij de Ambulancedienst Gelderland-Zuid. Deze werden strijdig bevonden met Europese arbeidstijdenrichtlijn en de uitleg daarvan door het Europees Hof van Justitie. Het gevolg van deze uitspraak is dat rusttijd vanaf

1 februari 2008 alleen mag worden ingekort als daar een goede reden voor is en deze collectief wordt afgesproken. De rusttijd tussen twee diensten mag maximaal twee keer per week worden ingekort tot eenmaal tien uur en eenmaal acht uur, voordat een volgende dienst begint en beide inkortingen mogen niet meer direct achter elkaar worden toegepast en moeten dus worden verspreid over de week. Ook moeten de door inkorting gemiste rusturen direct in de volgende rustperiode worden gecompenseerd. De aangescherpte regels van minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid maken deel uit van het Arbeidstijdenbesluit. Ze zijn op 25 oktober 2007 in het Staatsblad verschenen en op 1 februari 2008 in werking getreden.

In een uitspraak van 13 november 2006 stelde het kantongerecht in Rotterdam dat brandweerlieden in Rotterdam niet langer 54 uur per week hoeven te werken. De rechter oordeelde dat het gehanteerde dienstrooster in strijd was met de Europese richtlijn voor Arbeidstijden waarin een maximum is opgenomen van 48 uur. De Veiligheidsregio Rotterdam-Rijnmond, aan wie de gemeente Rotterdam haar dienst brandweer overgedragen heeft, moest in een nieuw dienstrooster rekening houden met dit verminderde aantal uren.

4.4 Voorkom vakantieblues

De schoolvakanties zijn voorbij. Langzamerhand beginnen de meeste bedrijven weer op volle kracht te draaien. Nog even met collega's napraten over de beleefde avonturen en daarna weer volop tegenaan. Het komt echter regelmatig voor dat een werknemer zich na zijn vastgestelde vakantie niet bij zijn werkgever meldt. Wat te doen in zo'n situatie. Kan hij bijvoorbeeld meteen worden ontslagen? Aan de andere kant zijn er ook vaak werknemers die hun vakantiedagen maar onverminderd blijven oppotten. Kunnen zij worden verplicht hun vakantiedagen alsnog op te nemen? Op deze vragen geef ik u graag antwoord.

Eerst zal ik de vraag beantwoorden welke maatregelen u kunt nemen tegen uw werknemer die na zijn vakantie niet komt opdagen. Daarbij ga ik ervan uit dat u voorafgaande aan de vakantie met uw werknemer de vakantieperiode eenduidig heeft vastgesteld. Want u moet wel kunnen bewijzen dat u niet met een langere vakantieperiode heeft ingestemd.

Vakantiedagen vaststellen en bewijzen

Art. 7:638, lid 2 bepaalt dat het de werkgever is die "de tijdstippen van aanvang en einde van de vakantie vaststelt". Hij moet dat wel doen "overeenkomstig de wensen van de werknemer tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten." Gewichtige redenen kunnen bijvoorbeeld zijn gelegen in de bezettingsgraad en vakantiespreiding. Wettelijk uitgangspunt is dat de vakantie wordt vastgesteld overeenkomstig het verzoek van de werknemer tenzij de werkgever daartegen binnen twee weken bezwaar heeft gemaakt.

Van dit wettelijk uitgangspunt mag bij cao of overeenkomst worden afgeweken. Het is verstandig bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst een van de wet afwijkende vakantieregeling overeen te komen. Daarin dient dan vastgelegd te worden dat de vakantie alleen mag worden opgenomen na schriftelijke instemming van de werkgever of leidinggevende, bij voorkeur aan de hand van een voor akkoord ondertekend vakantiebriefje.

Is het einde van de vakantie correct vastgesteld (dat wil zeggen op een wijze die geen misverstanden kan geven) en komt uw medewerker toch niet opdagen, dan kunt u overwegen hem op staande voet te ontslaan. Wees daarmee echter voorzichtig. Misschien heeft uw medewerker een heel goede persoonlijke reden, zoals vluchtvertraging of een ziekte. Het is belangrijk dat u dat vooraf zorgvuldig verifieert, bijvoorbeeld door even na te bellen. Een ontslag op staande voet dat achteraf onterecht blijkt te zijn geweest – bijvoorbeeld vanwege de persoonlijke omstandigheden van de werknemer – kan namelijk tot veel schade (ook financiële) leiden.

Vakantieblues

Het komt regelmatig voor dat een werknemer stelt in zijn vakantieland ziek te zijn geworden. Als u daaraan twijfelt, heeft u een bewijsprobleem. U dient als werkgever namelijk via uw arbodienst te bewijzen dat uw werknemer ondanks zijn ziekmelding niet ziek is.

In dit soort gevallen kunnen rechters u een handje helpen. Sommige rechters zijn geneigd bij een ziekmelding in het buitenland na vakantie te oordelen dat het aan de werknemer is om te bewijzen dat die twijfels niet terecht zijn en de werknemer ten tijde van zijn verzuim toch arbeidsongeschikt was. Zo'n geval deed zich voor bij een buitenlandse werknemer die niet tijdig van zijn vakantie in zijn geboorteland was teruggekeerd. De werknemer voerde aan dat hij door ziekte niet tot reizen in staat was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat het van belang is of werknemer voldoende heeft gedaan om duidelijk te maken welke pogingen hij had ondernomen om een verklaring te krijgen van een controle-rend arts van het vakantieland. De werknemer die daarover onvoldoende feitelijke gegevens verstrekt, loopt het risico dat de rechter wegens onvoldoende tegenspraak zal uitgaan van de juistheid van de stellingen van de werkgever.

Wees u ervan bewust dat een ontslag op staande voet niet de enige sanctie is die u kunt overwegen. Het is bijvoorbeeld ook mogelijk dat u eenvoudigweg de salarisbetalingen aan uw niet verschenen medewerker opschort. Geen werk, geen loon. Dat besluit moet u hem dan ook wel schriftelijk mededelen (en kunnen bewijzen dat u dat heeft gedaan, bijvoorbeeld door die mededeling aange-tekend te versturen).

Stuwmeer aan vakantiedagen

Medewerkers die stelselmatig weigeren vakantiedagen op te nemen waardoor een stuwmeer aan vakantiedagen ontstaat, vormen een ander veel voorkomend probleem. Het is omstreden of u met uw medewerkers overeen mag komen dat zij hun opgebouwde vakantiedagen binnen een vastgestelde periode dienen op te maken. Aanvankelijk dachten juristen dat zo'n voorschrift niet is toegestaan. Het gerechtshof in Amsterdam heeft zich in 2004 echter erover uitgesproken dat zo'n beperking tot opsparen wel is toegestaan. De gedachte erachter is dat een werknemer regelmatig een periode van rust dient te nemen om te voorkomen dat hij door bijvoorbeeld overspannenheid arbeidsongeschikt raakt. De werkgever heeft immers een plicht erop toe te zien dat de medewerkers regelmatig rust nemen.

Per 1 januari 2012 heeft de wetgever aan het Burgerlijk Wetboek art. 640a BW toegevoegd, dat inhoudt dat de aanspraak op het minimum aantal vakantie-dagen reeds na zes maanden vervalt "na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest vakantie op te nemen."

Tips

- *Leg in de arbeidsovereenkomst een vakantie-regeling vast die gebaseerd is op het uitgangspunt dat vakantie alleen mag worden opgenomen na uw vooraf verkregen schriftelijke toestemming op een vakantiebriefje.*
- *Ontsla een niet-verschenen medewerker alleen na verificatie van een mogelijke persoonlijke reden voor het niet verschijnen; overweeg eerst salarisopschorting.*
- *Vraag uw medewerker die stelt in zijn vakantieland ziek te zijn geworden, om medische bewijsstukken en informeer welke maatregelen hij heeft getroffen om snel te genezen.*
- *Leg waarschuwingen, salarisopschortingen en ontslagbesluiten schriftelijk vast in een brief die u aangetekend met bericht van ontvangst aan uw medewerker verstuurt.*
- *Voorom een stuwmeer aan vakantiedagen door van tevoren overeen te komen dat vakantiedagen binnen een bepaalde periode moeten zijn opgenomen.*

4.5 Nevenactiviteiten niet altijd in strijd met bedrijfsbelang

Als een werknemer naast zijn dienstverband een eigen zaak drijft, hoeft dat op zichzelf geen aanleiding te zijn om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dat oordeelde de kantonrechter in Haarlem. De werkgever hoeft het evenwel niet te accepteren als de werknemer als gevolg van die nevenactiviteit beperkter inzetbaar is. Bepalend is volgens de kantonrechter of door het verrichten van die nevenactiviteit zijn prestaties als werknemer aantoonbaar daaronder te lijden hebben. Dat dient de werkgever eerst te onderzoeken.

De casus

Wat was het geval. De werkgever is een apparatenbouwer. De werknemer is er sinds april 1998 in dienst als lasser/montagemedewerker. In november 2004 opent de medewerker voor eigen rekening en risico een kapsalon. Daarbij laat deze werknemer zich ondersteunen door twee eigen medewerkers. Hij vertelt dat zijn baas niet. Wel heeft hij ouderschapsverlof opgenomen.

De werkgever constateert dat de medewerker een eigen bedrijf is begonnen en komt in actie. Hij dient een verzoekschrift in om de arbeidsovereenkomst te mogen beëindigen. De werkgever voert daarbij aan dat de nevenactiviteiten van de werknemer in strijd zijn met de cao voor het midden- en kleinbedrijf. Daarin is bepaald dat het de werknemer niet is toegestaan om “dat soort arbeid te verrichten waarvan de werkgever aan de werknemer schriftelijk en gemotiveerd te kennen heeft gegeven dat het bedrijfsbelang zich daartegen verzet.”

Geen aantoonbaar verband

De kantonrechter wijst het ontbindingsverzoek af. Hij oordeelt dat niet is gebleken dat er een aantoonbaar verband bestaat tussen de nevenactiviteiten van de werknemer – die bovendien niet concurrerend zijn – diens ziekteverzuim en het door hem opgenomen ouderschapsverlof. De kantonrechter neemt daarbij in ogenschouw dat de werknemer zelf twee medewerkers in dienst heeft en dus niet zelf doorlopend op zijn bedrijf aanwezig hoeft te zijn. De werkgever heeft verder onvoldoende weersproken dat de werknemer alleen in zijn vrije tijd in de kapsalon komt. Al met al is onvoldoende aannemelijk dat het bedrijfsbelang van de werkgever zich verzet tegen de door de werknemer gedreven kapsalon.

De kantonrechter voegt hieraan toe, het de werkgever kwalijk te nemen zo snel met conclusies te zijn gekomen. “In de rede had gelegen dat zij eerst enige tijd had genomen om te bezien of de prestaties en inzet van de werknemer als lasser en montagemedewerker daadwerkelijk te lijden hebben onder zijn activiteiten als zelfstandig ondernemer. In het bevestigende geval zou dat een grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst hebben opgeleverd, want de werkgever behoeft niet te accepteren dat de werknemer door zijn nevenactiviteiten beperkter inzetbaar is voor het werk dat hij bij zijn werkgever moet

verrichten. Niet is echter gebleken dat de werkgever een redelijke termijn in acht heeft genomen om het presteren van de werknemer in de gegeven situatie nader te beoordelen.” (JAR 2005/124)

4.6 Het voedingsrecht van de werkneemster is wettelijk verankerd

“Een medewerkster vraagt mij om haar in de gelegenheid te stellen moedermelk af te kolven. Nu ben ik niet de beroerdste en zal ik dat haar ook wel toestaan. Wel vraag ik mij af of ik ook wettelijk verplicht ben aan dat verzoek gehoor te geven en waarop dat dan is gebaseerd. Ook vraag ik mij af of ik haar gedurende de tijd die zij voor dit doel haar werk moet onderbreken salaris moet doorbetalen.”

Het antwoord op die vraag is eenvoudig: Ja, u bent als werkgever verplicht uw medewerkster op haar verzoek in de gelegenheid te stellen moedermelk af te kolven of borstvoeding te geven. Uw medewerkster houdt recht op doorbetaling van het overeengekomen salaris. Dat is geregeld in de Arbeidstijdenwet. Om precies te zijn in het speciale hoofdstuk “voedingsrecht”. Art 4:8 van de Arbeidstijdenwet bepaalt: “Een vrouwelijke werknemer, die een borstkind voedt, heeft, indien zij de werkgever hiervan in kennis heeft gesteld, gedurende de eerste 9 levensmaanden van dat kind het recht de arbeid te onderbreken ten einde in de nodige rust en afzondering haar kind te zogen dan wel de borstvoeding te kolven.”

Aan het aantal en de duur van de onderbrekingen die nodig zijn om moedermelk te geven of af te kolven zijn vrijwel geen beperkingen gesteld, hoewel deze onderbrekingen niet ongelimiteerd mogen zijn. Hierover is in de Arbeidstijdenwet bepaald: “De onderbrekingen, bedoeld in het eerste lid, vinden plaats zo vaak en zo lang als nodig is doch bedragen gezamenlijk ten hoogste een vierde van de arbeidstijd per dienst. De vaststelling van het tijdstip en de duur van de onderbrekingen vindt plaats door de betrokken vrouwelijke werknemer na overleg met de werkgever.” Daaraan is toegevoegd: “De duur van de onderbrekingen, bedoeld in dit artikel, geldt voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen als arbeidstijd, waarover de vrouwelijke werknemer haar aanspraak op het naar tijdruimte vastgesteld loon behoudt.” De wetgever staat niet toe dat u hierover een afwijkende regeling overeenkomt, want: “Elk beding waarbij ten nadele van de vrouwelijke werknemer wordt afgeweken van dit artikel, is nietig.”

De Arbeidstijdenwet verplicht vervolgens met zoveel woorden: “De werkgever (...) stelt, waar nodig, een geschikte af te sluiten besloten ruimte ter beschikking.” Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft uitgewerkt wat zij onder ‘geschikt’ verstaat, namelijk een ruimte waar geen gevaren aanwezig zijn en waar voldoende voorzieningen voor klimaatbeheersing en luchtverversing aanwezig zijn. Indien geen geschikte ruimte beschikbaar is, dient de werkgever de werkneemster in de gelegenheid te stellen thuis te voeden of te kolven.

Uit onderzoek van het Voedingscentrum is naar voren gekomen dat een kwart van de Nederlandse bevolking het niet vindt kunnen dat een collega haar werk

onderbreekt om te gaan kolven of te voeden. Ander onderzoek toont echter aan dat een kind dat borstvoeding krijgt afweerstoffen ontvangt die het beschermt tegen allerlei ziektes en bovendien de kans verkleint op allerlei allergieën. Het verzuim van de moeder als gevolg van een ziek kind zal hierdoor volgens het Voedingscentrum aanzienlijk minder kunnen zijn.

4.7 Laat geen onzekerheden ontstaan bij overwerk

“Ik heb een IT-bedrijf. De laatste tijd trekken de opdrachten weer aan. Het is echter lastig om snel goede mensen te vinden. Nu wil ik een paar goede mensen laten overwerken. Bij hun indienstname enkele jaren geleden heb ik met hen afgesproken dat overwerk van hen verlangd zal kunnen worden. Ze ontvangen een goed salaris. Destijds is aangegeven dat bij het vaststellen van hun riant salaris ermee rekening is gehouden dat soms overgewerkt zal moeten worden. Ik heb er nog niet vaak een beroep op hoeven doen, maar nu dus wel. Een van hen weigert echter over te werken. De ander wil wel overwerken, maar alleen tegen een extra vergoeding. Kan ik hen verplichten over te werken? Kan ik hen bij werkweigerings zonder risico ontslaan (op staande voet)? Kan ik een loonvordering van ze verwachten als ik ze tot overwerken weet te bewegen? Er is geen cao van toepassing.”

Veel bedrijven overwegen hun personeel vaker te laten overwerken. Dat is te begrijpen in een tijd waarin het moeilijker is om voldoende gekwalificeerd personeel te vinden. Bovendien staan bij veel productiebedrijven de winstmarges onder druk. Het laten overwerken van personeel kan dan zonder noemenswaardige kosten tot toename van productie en verbetering van de arbeidsproductiviteit leiden. Bedrijven overwegen daarom hun personeel structureel langer te laten werken. Dat roept de vraag op in hoeverre de huidige arbeidsregeling reeds toestaat dat u van uw personeel overwerk verlangt.

Afspraken staan voorop

Voorop staat dat u de vrijheid heeft om met uw medewerkers afspraken te maken over het verrichten van overwerk. Uiteraard stelt de wet wel beperkingen aan de reikwijdte van die vrijheid, evenals een eventueel van toepassing zijnde, al dan niet algemeen verbindend verklaarde cao. Van die vrijheid kunt u in de eerste plaats gebruik maken bij de indiensttreding, namelijk als de arbeidsovereenkomst voor akkoord wordt ondertekend, eventueel met bijbehorend arbeidsreglement. Dat is bij voorkeur het moment waarop u als werkgever schriftelijk vastlegt dat overwerk bij de te verrichten werkzaamheden kan voorkomen en bij de functie wordt begrepen. Alleen bij zeer bijzondere omstandigheden kan de werknemer dan nog een opdracht tot overwerk weigeren. Hetzelfde geldt voor de overeen te komen beloning. U mag vastleggen dat bij het bepalen van de hoogte van het salaris de beloning voor overwerk is meegenomen. Schriftelijke vastlegging verdient veruit de voorkeur om later bewijsproblemen te voorkomen.

Arbeidstijdenwet stelt beperkingen

De belangrijkste wettelijke beperking waaraan u bent gebonden, is vastgelegd in de Arbeidstijdenwet. Werknemers van 18 jaar en ouder mogen onder

normale omstandigheden maximaal 12 uren per dienst werken, 60 uur per week en in elke periode van 4 achtereenvolgende weken gemiddeld 55 uren per week.

Tijdens nachtdiensten mag maximaal 10 uren arbeid worden verricht met specifieke beperkingen in aantal gedurende meer dan 16 achtereenvolgende weken. Bij overwerk tijdens nachtdiensten geldt een nog vijfjndere regeling.

De collectieve partners mogen van deze regeling afwijken door het sluiten van een cao waarin een verruiming van de mogelijkheden is overeengekomen. Daaraan kunt u rechtstreeks gebonden zijn door uw lidmaatschap van de betrokken werkgeversorganisatie of onrechtstreeks doordat de minister de cao algemeen verbindend verklaart.

Wederzijdse belangen afwegen

Een andere wettelijke beperking waaraan u bent gebonden, is die van het zogenoemde ‘goed werkgeverschap’. Art. 7:611 van het Burgerlijk Wetboek verplicht werkgever en werknemer zich jegens elkaar “als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen”. De beantwoording van de vraag of van de werknemer verlangd kan worden overwerk te verrichten zal met andere woorden afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Uw belangen als werkgever bij het verrichten van overwerk zult u moeten afwegen tegen de belangen van uw werknemer bij een eventuele weigering. Een goede grond van uw werknemer om te weigeren zal bijvoorbeeld kunnen zijn gelegen in een bijzondere, afwijkende thuissituatie.

De werknemer die hardnekkig blijft weigeren te voldoen aan een redelijke opdracht tot overwerk kan blijkens diverse rechterlijke uitspraken aanleiding geven voor ontslag op staande voet. Hieraan moet worden toegevoegd dat een ontslag op staande voet, gelet op de aanzienlijke procedurele risico’s, meestal niet de voorkeur heeft, vooral niet bij werknemers met een langdurige staat van dienst. In ieder geval kan worden gezegd dat de enkele omstandigheid dat de werknemer een steekhoudend argument heeft voor het weigeren van overwerk nog niet maakt dat een bevel of opdracht daartoe onredelijk is. Aangenomen wordt dat een werknemer die met zijn werkgever de afspraak heeft gemaakt dat hij indien nodig overwerk zal verrichten, alleen onder bijzondere omstandigheden een opdracht daartoe kan weigeren. Hij moet de gronden van die weigering duidelijk en van tevoren aan zijn werkgever hebben medegedeeld.

Omgekeerd ontstaan er ook regelmatig conflicten omdat werkgevers betwisten opdracht tot het verrichten van overwerk te hebben gegeven. Aanleiding voor die betwisting is dan een forse loonvordering van een werknemer die beweert

gedurende meerdere jaren overwerk te hebben verricht waarvan de beloning ten onrechte achterwege zou blijven. De rechter dient dan eerst te onderzoeken of een dergelijke opdracht tot overwerk is gegeven. Het is in de eerste plaats aan de werknemer om te bewijzen dat hem die opdracht is gegeven. Uit de omstandigheden kan in een aantal gevallen echter worden afgeleid dat de werkgever daartoe impliciet opdracht had gegeven, bijvoorbeeld als de werkgever zelf ook steeds op het bedrijf aanwezig was, als hij het verrichten van het overwerk “zeer verwelkomt” (aldus een van de kantonrechters), of als hij de aanwezigheid van de werknemer heeft gesignaleerd en daartegen niet protesteert of daarover welbewust onduidelijkheden laat bestaan.

Beloningsafspraken maken

Vervolgens is de vraag aan de orde of u uw medewerkers voor het verrichten van overwerk aanvullend dient te belonen. Eerst moet worden bekeken of partijen daarover in hun arbeidsovereenkomst of in de cao afspraken hebben gemaakt. Als de cao daaraan geen beperkingen stelt, staat het partijen vrij de afspraak te maken dat in het overeengekomen reguliere salaris een vergoeding voor overwerk is begrepen.

Als partijen hierover niets hebben afgesproken, dienen zij terug te vallen op het zogenoemde Haviltex-criterium, dat door rechters wordt gehanteerd bij de uitleg van overeenkomsten met hiaten. Dat criterium, afkomstig van de Hoge Raad, luidt: “De vraag of uit de arbeidsovereenkomst voortvloeide dat ook in de periode waarin de cao niet van toepassing was recht op overwerkvergoeding bestond, moet worden beantwoord aan de hand van wat partijen op dit punt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten.” Onder andere zullen de functie van de werknemer en het daarmee samenhangende loonniveau een rol spelen.

Los hiervan staat het partijen uiteraard altijd vrij alsnog hierover nadere afspraken te maken. Daarbij geldt als richtsnoer datgene wat gebruikelijk is in de branche waarbinnen de werkgever zijn onderneming uitoefent. Vaak zal dat neerkomen op ten minste het gebruikelijke uurloon met eventueel een toeslag vanwege het gemis aan emolumenten. Dat hoeft echter niet altijd het geval te zijn, bijvoorbeeld als de werkgever de werknemer kan overtuigen van de (tijdelijke) bedrijfseconomische noodzaak tot overwerk.

Behandel deeltijdwerkers gelijk

Let er bij het vergoeden van overwerk wel op dat u uw deeltijdwerkers niet anders behandelt dan uw voltijdwerkers, want dat is verboden op grond van Europese richtlijnen, die inmiddels in de Nederlandse wetgeving zijn geïntegreerd.

Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat van ongelijke behandeling sprake is “telkens wanneer de totale beloning die aan de voltijdwerkers wordt betaald, bij hetzelfde aantal uren dat uit hoofde van een dienstbetrekking is gewerkt, hoger is dan aan deeltijdwerkers wordt betaald.” Voor de Nederlandse situatie oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling dat de toekenning aan deeltijdwerkers van een lagere overwerktoeslag voor overuren binnen de voltijdse arbeidsduur dan een overwerktoeslag voor overuren buiten de voltijdse arbeidsduur discriminatoir is. Dat oordeel komt erop neer dat de werkgever de vergoeding van overwerkuren van deeltijdwerkers overeen moet laten stemmen met dat van voltijdwerkers. Aangenomen wordt dat als de werkgever aan deeltijdwerkers binnen de resterende voltijdse arbeidsduur niet dezelfde overwerkvergoeding wil betalen als de vergoeding voor overwerkuren boven de voltijduren, hij bij deeltijdwerkers over de gewerkte overuren binnen de voltijdse arbeidsduur het gemis aan emolumenten dient te compenseren.

Conclusie

Het antwoord op de gestelde vraag is dat medewerkers mogen worden verplicht tot het verrichten van overwerk als dit nadrukkelijk schriftelijk met hen overeen is gekomen. De werkgever is niet verplicht de werknemer daarvoor aanvullend te belonen als is vastgelegd dat voorkomend overwerk in het reguliere salaris inbegrepen is. De werkgever mag niet tot overwerken verplichten als de medewerker van tevoren een zwaarwegende reden aanvoert, zoals een bijzondere, afwijkende thuissituatie. Verder dient de werkgever de beperkingen van de Arbeidstijdenwet in ogenschouw te houden. Bij hardnekkige, voortdurende werkweigering kan ontslag op staande voet worden overwogen, maar die procedure is wel altijd omgeven met risico's. Het is verstandig een weigering schriftelijk te bevestigen en vast te leggen in het personeelsdossier en op zijn minst het aanvragen van ontslag bij CWI of kantonrechter te overwegen.

Tips

- *Leg bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst schriftelijk vast dat overwerk kan voorkomen.*
- *Spreek daarbij een regulier salaris af waarin rekening is gehouden met dat voorkomende overwerk.*
- *Leg met zoveel woorden vast dat bij het vaststellen van het overeengekomen salaris rekening is gehouden met voorkomend overwerk en dat de beloning hiervan hierin is begrepen.*
- *Houdt u zich aan de beperkingen van de arbeidstijdenwetgeving, maar ook van de cao als die op uw onderneming van toepassing is.*
- *Spreek met uw personeelsvertegenwoordiging of ondernemingsraad af dat overwerken (al dan niet gedurende een met hen overeen te komen periode) tot gemiddeld 48 uur per week is toegestaan.*

- *Beloon het overwerk van deeltijdwerkers op dezelfde wijze als het overwerk van voltijdwerkers.*
- *Communiceer helder en duidelijk aan een medewerker die u vaker ziet werken dan dat u hem heeft opgedragen, dat u hem dat extra werken niet zult vergoeden. Bevestig dit nadrukkelijk en schriftelijk, bijvoorbeeld in het functioneringsen beoordelingsverslag.*

5.1 Neem ziekmeldingen altijd serieus

“Een van mijn medewerkers verscheen onlangs voor de zoveelste keer niet op het werk. Eerder is het ook al voorgekomen dat ze zonder opgave van reden haar werk verzuimde. Hiervoor heeft ze twee maal een schriftelijke waarschuwing van mijn ontvangen. Ook deze keer heeft ze geen reden voor haar verzuim opgegeven. Bovendien staat in haar arbeidsovereenkomst dat ze zich in geval van ziekte vóór 10.00 uur 's ochtends moet ziek melden. Ik heb deze medewerker daarom terstond schriftelijk op staande voet ontslagen. Zij reageerde op dit ontslag met de mededeling dat zij zich bij een van mijn medewerkers zou hebben ziek gemeld. Die medewerker betwist dat echter. Nu hebben wij van haar een dagvaarding ontvangen waarin zij toelating op haar werkplek en doorbetaling van salaris vordert. Hoe zal een rechter hiermee omgaan? Op wie rust de bewijslast dat de medewerker zich wel of niet heeft ziek gemeld?”

Om rechtsgeldig te kunnen zijn, moet een ontslag op staande voet aan nogal wat kritische voorwaarden voldoen. Het ontslag moet onverwijld worden gegeven. Er moet ook sprake zijn van een dringende reden waardoor instandhouding van de arbeidsrelatie niet langer gevergd kan worden. Art. 7:678, lid 2 somt de voorbeelden op van dringende redenen voor werkgevers: “wanneer hij hardnekkig weigert te voldoen aan redelijke bevelen of opdrachten, hem door of namens de werkgever verstrekt” en “wanneer hij op andere wijze grovelijk de plichten veronachtzaamt, welke de arbeidsovereenkomst hem oplegt”. Op de werkgever rust de bewijslast van de dringende reden, de onverwijldheid van de opzegging en de gelijktijdige mededeling ervan aan de werknemer. Bij werkweigeren moet de werkgever de redelijkheid van de opdracht bewijzen, maar kan de werknemer verzachtende omstandigheden aanvoeren, zoals ziekte.

Bewijs

Als een werknemer stelt zich te hebben ziek gemeld, rust het bewijs dat hij desondanks niet arbeidsongeschikt is, in beginsel bij de werkgever. Het is van wezenlijk belang voor u als werkgever om dat te beseffen. De Hoge Raad heeft zich meerdere malen daarover uitgesproken, voor het eerst in 1986. De Hoge Raad oordeelde: “Indien de werkgever als dringende reden ongeoorloofde werkweigeren aanvoert en de werknemer zich beroept op arbeidsongeschiktheid, moet de werkgever dus in beginsel bewijzen dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was.” De Hoge Raad heeft dit onder meer in een arrest van 1998 herhaald.

In bijzondere omstandigheden van het geval kan de rechter echter besluiten tot verlichting van de bewijslast voor de werkgever en verzwaring ervan voor de werknemer. Dan moet de werknemer bewijzen dat hij zich daadwerkelijk heeft ziek gemeld en arbeidsongeschikt was. De interessante vraag is wanneer van dergelijke bijzondere omstandigheden van het geval kan worden gesproken.

Dat is bijvoorbeeld het geval als de werknemer van tevoren uitdrukkelijk is gewaarschuwd zich bij verzuim hoe dan ook tijdig bij de werkgever te melden. Dat heeft de Hoge Raad in 1980 in twee afzonderlijke arresten bepaald. Hierin oordeelde de Hoge Raad dat van een dringende reden, als druppel die de emmer doet overlopen, kan worden gesproken als de werknemer wist of redelijkerwijs moest weten dat zijn toekomstige daad, eigenschap of gedraging zo'n dringende reden oplevert nadat eerder vergelijkbare daden, eigenschappen en gedragingen hadden plaatsgevonden. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake als de werknemer van tevoren duidelijk is gewaarschuwd dat bij een volgende keer de maat vol zal zijn.

Twijfels

Het is ook mogelijk dat er reële twijfels zijn aan de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, ondanks zijn stellingname zich te hebben ziek gemeld. Bij zulke twijfels zal het aan de werknemer zijn om te bewijzen dat die twijfels niet terecht zijn en hij ten tijde van zijn verzuim daadwerkelijk arbeidsongeschikt was. Zo'n geval deed zich voor bij een buitenlandse werknemer die niet tijdig van zijn vakantie in zijn geboorteland was teruggekeerd. De werknemer voerde aan dat hij door ziekte niet tot reizen in staat was geweest. De Hoge Raad oordeelde dat het van belang is of de werknemer voldoende heeft gedaan om duidelijk te maken welke pogingen hij heeft ondernomen om een verklaring te krijgen van een controlerend arts van het vakantieland. De werknemer die daarover onvoldoende feitelijke gegevens verstrekt, loopt het risico dat de rechter wegens onvoldoende tegenspraak zal uitgaan van de juistheid van de stellingen van werkgever. Hierbij is bovendien relevant dat de wetgever aan de werknemer die een loonvordering heeft op zijn werkgever tot doorbetaling van loon tijdens ziekte, de verplichting heeft opgelegd om een medische deskundigenverklaring te overleggen. Dit ter beantwoording van de vraag of de werknemer ziek is en of hij door zijn ziekte al dan niet in staat is te werken. Die verklaring behoeft doorgaans echter niet te worden overlegd als dit niet van de werknemer kan worden gevergd, bijvoorbeeld in het geval dat de werknemer een spoedeisende kort-gedingprocedure moet voeren. Op deze verplichting kunt u dus niet altijd varen.

Samenvattend

Samenvattend ziet het er in eerste instantie niet naar uit dat u als werkgever in de beschreven casus zonder meer van de rechter gelijk zult krijgen. Uitgangspunt is immers dat de rechter in beginsel aan u als werkgever het bewijs zal moeten opleggen dat de werknemer niet ziek was, ondanks haar stellingname van het tegendeel. In uw geval kan echter sprake zijn van een bijzondere situatie. Het was immers niet de eerste keer dat uw werknemer zijn werk zonder opgave van reden had verzuimd. U had de werknemer hiervoor niet voor niets bij herhaling schriftelijk gewaarschuwd. Bovendien is het van belang dat de werknemer zich niet heeft gehouden aan de contractuele verplichting zich tij-

dig ziek te melden. Het is dus goed mogelijk dat de rechter in uw situatie de bewijslast zal omdraaien en aan uw werknemer de verplichting zal opleggen de juistheid te bewijzen van haar stellingname dat zij haar werk daadwerkelijk wegens ziekte heeft verzuimd.

Tips

- *Neem in uw arbeidsovereenkomsten of in een arbeidsreglement een ziekteverzuimregeling op.*
- *Waarschuw schriftelijk de eerste twee keren uw werknemer in geval van verzuim zonder opgave van reden.*
- *Nodig uw werknemer bij ongeoorloofd verzuim uit de reden ervan te geven met het schriftelijk bewijs ervan.*
- *Ga nooit over tot ontslag op staande voet zonder uw werknemer te hebben uitgenodigd zijn verhaal te doen.*

5.2 Financiële compensatie voor arbeidsongeschikte medewerker bij einde dienstverband is niet vanzelfsprekend

Een medewerker die buiten het werk volledig arbeidsongeschikt raakt, heeft bij beëindiging van het dienstverband niet zonder meer recht op een financiële compensatie, ook niet als volgens die medewerker andere passende arbeid voorhanden zou zijn. De Hoge Raad heeft zich hierover duidelijk uitgesproken. Van de volledig arbeidsongeschikte medewerker die anders dan de werkgever van mening is dat alternatieve passende arbeid wel voorhanden is, mag de werkgever een nauwkeurige en specifieke onderbouwing verlangen aan de hand van bij voorkeur medische gegevens.

De casus

De medewerkster is in dienst van SRK Rechtsbijstand als schadecorrespondente. Zij werkt er sinds juli 1979. Op 9 april 1996 overkomt haar een auto-ongeluk. Als gevolg daarvan loopt zij een whiplash en een botziekte op. Sinds april 1996 is zij arbeidsongeschikt. Uiteindelijk wordt zij volledig arbeidsongeschikt verklaard. SRK blijft haar salaris volledig doorbetalen.

Twee jaren nadat de schadecorrespondente arbeidsongeschikt is geraakt, vraagt SRK bij de Regionale Directeur voor de Arbeidsvoorziening (nu: UWV Werkbedrijf) een ontslagvergunning aan. Die wordt geweigerd. SRK zou de schadecorrespondente onvoldoende in de gelegenheid hebben gesteld aangepast werk te verrichten. Een jaar later waagt SRK een nieuwe poging, dit keer wel succesvol. De ontslagvergunning wordt op 26 januari 2000 verleend. Per 1 juni 2000 volgt het ontslag.

De schadecorrespondente is het niet met dit ontslag eens. Bij de kantonrechter laat zij de zogenoemde 'kennelijke onredelijkheid' ervan toetsen. Daarbij vordert zij een beëindigingvergoeding van 90.848,00 euro. Zij voert aan dat SRK zich onvoldoende zou hebben ingespannen om haar in het arbeidsproces te laten re-integreren. Bovendien vindt zij dat haar werkgeefster haar een financiële compensatie had moeten aanbieden, vanwege de lange duur van haar dienstverband en de dramatische gevolgen voor haar van het ontslag.

Tijdens de procedure geeft de ontslagen schadecorrespondente aan welke werkzaamheden zij nog wel had kunnen verrichten. Zo zou zij het onderdeel 'schades wegtekenen' zonder veel problemen kunnen vervullen, dossiers met een karretje kunnen vervoeren (maar geen dossiers zoeken in volgestouwde kasten), terug kunnen bellen (maar dat kan bij lang en intensief telefoneren wel problemen opleveren), deeltaken bij post screenen kunnen verrichten (want alles wat daarbij als typewerk wordt omschreven komt neer op het intikken van een dossiernummer, het met de muis aanklikken van voorgeprogrammeerde tekstdelen en het invullen van enkele bedragen en data), experts kunnen in-

schakelen (maar niet de gehele dag aan de telefoon zitten) en dossiers kunnen beëindigen (aangezien dit voornamelijk bestaat uit het intikken van gegevens in de computer en het deponeren van dossiers op een centraal verzamelpunt). De schadecorrespondente krijgt zowel van de kantonrechter als in hoger beroep van (toen nog) de rechtbank ongelijk. Haar vorderingen worden in beide instanties afgewezen.

Nauwkeurig en specifiek

De rechtbank stelt in zijn oordeel ten gunste van de schadecorrespondente weliswaar voorop “dat uit het enkele feit dat aan eiseres uiteindelijk een volledige arbeidsongeschiktheidsuitkering is toegekend niet volgt dat zij in het geheel niet meer zou kunnen werken, noch dat SRK niet gehouden zou zijn om haar passend werk te laten verrichten, indien dat voorhanden is.” Nu de schadecorrespondente volledig arbeidsongeschikt was, rustte op haar echter de plicht nauwkeurig en specifiek aan te geven welke werkzaamheden zij dan nog wel kan verrichten. Dat had zij dan bovendien dienen te onderbouwen met medische argumenten. De rechtbank oordeelt de onderbouwing van de schadecorrespondente (“waarin eiseres ook zelf diverse serieuze beperkingen inbouwt”) als onvoldoende. “Zij stelt bovendien niet in hoeverre deze door haar genoemde functieonderdelen zijn te verenigen met de door het GAK vastgestelde medische beperkingen, terwijl verder een objectief-medische onderbouwing – bijvoorbeeld door middel van overlegging van een verklaring van een arts – ontbreekt.”

De rechtbank komt tot de conclusie dat niet is gebleken dat SRK onvoldoende heeft gedaan om de schadecorrespondente in een passende functie te re-integreren. Het langdurig dienstverband en het gebrek aan uitzicht op werk bij een andere werkgever leggen voor de rechtbank onvoldoende gewicht in de schaal om toch een financiële compensatie te rechtvaardigen. Evenmin maakt de weigering om een financiële compensatie toe te kennen wegens het beëindigen van het dienstverband die beëindiging kennelijk onredelijk.

Bij de Hoge Raad stelt de schadecorrespondente dat kantonrechter en rechtbank een onjuist vonnis hebben gewezen. De Hoge Raad laat echter de oordelen in stand. Op de overwegingen van de beide lagere rechters valt volgens de Hoge Raad niets aan te merken. (HR 23 april 2004, LJN AO4595).

Commentaar

Wanneer ben je als werkgever verplicht een financiële compensatie aan te bieden als een van je medewerkers tijdens het dienstverband langdurig en volledig arbeidsongeschikt raakt en je na twee jaar het dienstverband beëindigt wegens die voortdurende arbeidsongeschiktheid? In de juridische wereld in het algemeen en bij kantonrechters in het bijzonder bestond over de exacte criteria lange tijd verwarring. De vonnissen van kantonrechters over deze vraag liepen

nog wel eens uiteen. Een enkele kantonrechter suggereerde dat het enkele feit van arbeidsongeschiktheid reeds een financiële compensatie bij de beëindiging van het dienstverband rechtvaardigde. Die verdeeldheid kwam de rechtszekerheid niet ten goede.

Zware stel- en bewijsplicht

Omdat de bovenbeschreven casus aan de Hoge Raad is voorgelegd, heeft deze hoogste Nederlandse rechterlijke instantie verdere duidelijkheid kunnen verschaffen. De uitspraak is om meerdere redenen interessant en kan voor werkgevers gunstig uitpakken. De Hoge Raad erkent hiermee namelijk een zware stel- en bewijsplicht voor werknemers.

De Hoge Raad stelt (evenals kantonrechter en rechtbank in deze casus) voorop dat een medewerker die door de uitkerende instelling volledig arbeidsongeschikt is verklaard nog best in staat kan worden geacht werkzaamheden te verrichten. Dat houdt verband met de wijze waarop de mate van arbeidsongeschiktheid in de praktijk wordt vastgesteld. Voor het bepalen van de mate van arbeidsongeschiktheid wordt namelijk een vergelijking gemaakt met het zogenoemde ‘maatmaninkomen’. Volledige arbeidsongeschiktheid wil niet veel meer zeggen dan dat de restverdiencapaciteit van de arbeidsongeschikte medewerker ten opzichte van de ‘maatman’ met 100 procent afneemt. Het wil niet zeggen dat hij niet meer in staat is werkzaamheden te verrichten. Vanzelfsprekend zullen dat dan wel zeer eenvoudige werkzaamheden zijn.

Met betrekking tot gedeeltelijk arbeidsongeschikte medewerkers heeft de Hoge Raad al in eerdere uitspraken uitgemaakt dat op de werkgever de verplichting rust “die werknemer in staat te stellen om (...) arbeid te verrichten welke voor zijn krachten en bekwaamheden zijn berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kunnen worden opgedragen”, waarop als uitzondering geldt: “tenzij op grond van door werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden moet worden geoordeeld dat dit redelijkerwijs van deze niet valt te vergen.” Met de bovenbeschreven uitspraak bevestigt de Hoge Raad dat die verplichting ook op de werkgever rust met betrekking tot volledig arbeidsongeschikte medewerkers.

Tot zover de verplichtingen waaraan de werkgever is gebonden als hij met een al dan niet volledig arbeidsongeschikte werknemer wordt geconfronteerd. Ook aan de arbeidsongeschikte werknemer wordt een belangrijke eis gesteld. Die is dat volgens vaste rechtspraak het initiatief tot herplaatsing bij de arbeidsongeschikte werknemer dient te liggen. Het is de arbeidsongeschikte werknemer die zich tegenover zijn werkgever nadrukkelijk bereid moet verklaren andere passende arbeid te verrichten. Zo’n bereidheid wordt volgens vaste rechtspraak alleen aangenomen als de werknemer laat blijken de aangeboden arbeid daadwerkelijk te zullen hervatten zodra de werkgever hem hiertoe de gelegenheid

biedt. Bovendien mag van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer worden verwacht met een voorstel te komen waarin hij de aangeboden arbeid afdoende specificeert.

Medische gegevens

In de beschreven casus gaat de Hoge Raad een stap verder met betrekking tot de eisen die de werkgever mag stellen aan de werknemer die buiten eigen werk volledig arbeidsongeschikt is geraakt. Van hem mag de werkgever verlangen dat hij nauwkeurig en specifiek aangeeft tot welke werkzaamheden hij zich nog wel in staat acht, maar vooral ook dat hij die in geval van discussie behoorlijk onderbouwt, bij voorkeur met medische gegevens. Daarnaast lijkt het erop dat bij een buiten het werk volledig arbeidsongeschikt geraakte werknemer van de werkgever minder re-integratie-inspanningen gevegd zullen worden. Het financiële belang om tot de herplaatsing van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer te komen, is immers groter dan dat van de volledig arbeidsongeschikte werknemer.

Wat in deze uitspraak misschien wel de belangrijkste vaststelling is, is dat rechters het bepaald geen vanzelfsprekendheid vinden dat elke beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever zou moeten leiden tot een beëindigingsvergoeding. Met name niet als sprake is van arbeidsongeschiktheid die niet is ontstaan op het werk en waarbij geen andere passende arbeid voorhanden is. Op de arbeidsongeschikte werknemer die van mening is dat andere passende arbeid wel voorhanden is, rust een essentiële stel- en bewijsplicht.

5.3 Loondoorbetaling ook verplicht bij ziekte na cosmetische ingreep

Werkneemster neemt in 2004 zes weken onbetaald verlof op. De reden hiervan is haar deelname aan het televisieprogramma 'Make me beautiful'. Hiervoor moet zij meerdere cosmetische operaties ondergaan, waaronder een buikwandplastiek. Na het onbetaalde verlof is echter een van de littekens gaan ontsteken. De werkneemster heeft zich als gevolg hiervan bij haar werkgeefster ziek moeten melden.

De werkgever weigert het loon over deze ziekteperiode door te betalen. Hij voert als grond aan dat de werkneemster haar arbeidsongeschiktheid opzettelijk en welbewust heeft veroorzaakt. De gevolgen van het uitblijven van tijdig herstel liggen naar de mening van werkgever in de risicosfeer van werkneemster. De werkneemster begint tegen de werkgever een procedure bij de kantonrechter. Daarin vordert zij doorbetaling van het overeengekomen salaris tijdens de ziekteperiode.

Geen opzet

De kantonrechter stelt vast dat de werkneemster arbeidsongeschikt is. Dat blijkt uit een verklaring van de arboarts. De kantonrechter verwerpt het verweer van werkgeefster dat de arbeidsongeschiktheid met opzet is veroorzaakt. "Nergens uit blijkt dat zij rekening had moeten houden met de aanmerkelijke kans dat zij wegens arbeidsongeschiktheid zou uitvallen."

De kantonrechter: "Het enkele feit dat voor het ondergaan van de betreffende operaties – in de visie van gedaagde – geen enkele medische of psychische noodzaak zou hebben bestaan, hoefde eiseres niet ervan te weerhouden om die operaties te ondergaan en leidt er in ieder geval niet toe dat niet-voorziene en niet-gewilde gevolgen van die operaties zouden kunnen worden gekwalificeerd als opzettelijk veroorzaakt."

Wettelijk systeem

De werkgever voert tot slot aan dat toewijzing van de loonvordering onredelijk zou zijn. Dat verweer kan hem volgens de kantonrechter niet baten. "Het wettelijk systeem brengt nu eenmaal met zich mee dat ook loon moet worden doorbetaald over perioden van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, aan de oorzaak waarvan een werkgever part noch deel heeft."

5.4 Hoe ga ik om met een zieke werknemer die niet wil re-integreren?

“Ik heb een eigen bedrijf in de interieurbouw. Mijn enige werknemer werkt voor mij als interieurbouwer sinds 1 oktober 1999. Op 25 april 2003 heeft hij zich via zijn moeder bij mij ziek gemeld. De opgave van reden is dat hij psychisch in de war zou zijn. In oktober 2003 is in overleg met de arbodienst een poging ondernomen om tot werkhervatting te komen, bestaande uit de eenvoudige werkzaamheden poetsen en opruimen. Na een kleine week heeft hij deze poging opgegeven. Ik probeer met hem in contact te komen. Die pogingen lopen op niets uit. Hij ontloopt mij. Inmiddels heb ik ter vervanging van hem iemand anders in dienst moeten nemen. Het voortduren van deze situatie levert mij onzekerheid op en ervaar ik als frustrerend. Ik overweeg te stoppen met het doorbetalen van zijn salaris. Hoe kan ik deze situatie doorbreken?”

Wettelijk uitgangspunt is dat u als werkgever in beginsel niet hoeft te betalen voor werkzaamheden die niet door uw werknemer worden uitgevoerd. De wetgever heeft hierop echter een welbekende uitzondering geformuleerd. Indien namelijk sprake is van een ziekmelding dient u als werkgever het loon door te blijven betalen tot in beginsel twee jaren na datum ziekmelding. Dankzij nieuwe wetgeving is die loondoorbetalingsverplichting inmiddels echter geen vanzelfsprekendheid meer. Op de werknemer rust namelijk een inspanningsverplichting om tot werkhervatting te komen. Tijdens de ziekte van uw werknemer mag u stoppen met loondoorbetaling gedurende de tijd dat uw zieke werknemer aantoonbaar niet meewerkt aan zijn herstel en re-integratie. Daarnaast kunt u bij uw uitvoeringsinstelling om een ‘second opinion’ (deskundigenoordeel) vragen indien u vermoedt dat de bevindingen van de arboarts niet correct zijn.

Risico's

Het onaangekondigd opschorten of zelfs staken van uw loondoorbetalingsverplichting brengt echter wel enige risico's met zich mee. U dient daarmee dan ook omzichtig om te gaan. Opschorting kan namelijk leiden tot ongewenste escalatie van het conflict dat moet worden uitgevochten voor de rechter. Als u dan wordt veroordeeld tot loondoorbetaling, bestaat de kans dat u tevens de wettelijke boete moet betalen wegens niet-tijdige betaling van het loon. Die boete kan in het meest ongunstige geval oplopen tot 50 procent van het achterstallige loon. Daarnaast kunt u daarmee het re-integratietraject met het onderliggende plan van aanpak onherstelbaar doorkruisen. U komt dan terecht in een nadelige onderhandelingspositie. Als u opschorting van uw loondoorbetalingsplicht overweegt, is het daarom altijd verstandig eerst te overleggen met uw arboarts over uw voornemen. Het zal interessant zijn om te vernemen hoe hij tegen uw voornemen aankijkt. Indien u de arboarts achter u krijgt, kunt u

het opschorten van deze re-integratieverplichting serieus overwegen, alleen al om een reactie van uw zieke werknemer te ontlokken.

Onderbouwing

Laat uw besluit tot opschorting van uw loondoorbetalingsverplichting altijd vergezeld gaan van een heldere, schriftelijke onderbouwing, gericht aan uw zieke werknemer. Vat daarin de voorgeschiedenis samen. Leg hem uit welk van zijn daden u tot het opschorten van uw loondoorbetalingsverplichting hebben gebracht. Met name dient u aan te kunnen geven aan de hand van welke van zijn daden (of het uitblijven ervan) u afleidt dat hij zijn wettelijke inspanningsverplichting om tot werkhervatting te komen niet nakomt. Het wegblijven van, in overleg met de arboarts opgedragen, alternatieve werkzaamheden kan een dergelijke indicatie zijn. Geef in de onderbouwing ook aan dat u blijft openstaan voor overleg – al dan niet via uw arboarts – om tot doorbreking van de impasse te geraken. Een van de uitwegen die u in het achterhoofd houdt, kan zijn om de arbeidsovereenkomst in goed onderling overleg te beëindigen. De aanpak hiervan is een verhaal apart. Laat u zich hierbij rechtskundig begeleiden.

5.5 Loon opschorten bij vertragen of belemmeren van de genezing

“Ik heb een zieke medewerker die ik moeilijk kan missen. Hij moet worden geopereerd, maar door de wachtlijsten moet hij nog een maand wachten. Ik heb hem aangeboden de kosten te betalen voor een operatie in een ziekenhuis in Duitsland, waar geen wachtlijst is. Hij weigert daarop in te gaan. Mag hij dat zomaar weigeren? Mag ik nu de betaling van zijn salaris opschorten?”

Alvorens deze vraag te beantwoorden, eerst een algemene beschouwing. Loon doorbetalen hoeft niet gedurende de tijd dat uw zieke medewerker door zijn toedoen zijn genezing belemmert of vertraagt. Daarover lijkt art. 7:629, lid 3, sub a BW duidelijk te zijn. Bij de behandeling van dit wetsartikel lichtte de minister toe: “De bepaling heeft een ruime strekking. Zij ziet niet slechts op gevallen waarin de werknemer door actief optreden aan zijn genezing in de weg staat, maar omvat ook de gevallen waarin de werknemer door nalaten zijn herstel verstoort. Waar het in de bepaling om gaat is dat de werknemer steeds die dingen doet en nalaat die van een zieke in zijn omstandigheden met het oog op een voorspoedige genezing kunnen worden verlangd. De regeling brengt derhalve mee dat de werknemer zo nodig een arts moet raadplegen, dat hij diens voorschriften moet opvolgen.”

Mag u dan ook het salaris opschorten van uw regelmatig zieke werknemer omdat hij de adviezen van zijn huisarts niet heeft opgevolgd om te stoppen met roken, minder te drinken, gezonder te eten en meer te sporten? U zult wel raden dat de wetgever niet heeft bedoeld om u voor die situaties het recht op loonop-schorting te geven. Dat zijn namelijk gedragsveranderingen die de werknemer buiten ziekteperiodes om in de praktijk had moeten brengen. Het wetsartikel ziet daarentegen toe op ongewenst, belemmerend gedrag tijdens de ziekte. Wel heeft de wetgever gedoeld op situaties zoals het bijklussen tijdens ziekte of het plegen van andere belastende activiteiten tijdens ziekte. Ook heeft de minister aangegeven dat het salaris wat hem betreft mag worden opgeschort als de werknemer een noodzakelijke operatie weigert “zonder goede reden”.

Behandelkeuze

In het nabije verleden hebben rechters enkele uitspraken over dit onderwerp gedaan. In het geval waarin een werknemster was gestopt met de therapie die de haar behandelende psycholoog voor had geschreven en die zij in weerwil van het advies van de arboarts niet had hervat, mocht de werkgever overgaan tot loonop-schorting (JAR 2004/14). Principiëler was het geval van een werkgever die de werknemer vroeg mee te werken aan een specialistisch onderzoek om vast te kunnen stellen wat de beste behandelmethode is. De werknemer had zich laten opnemen in een verslavingskliniek, maar de werkgever vond de behandelduur ervan te lang en wilde weten of er snellere behandelmethodes zijn.

De kantonrechter wees die vordering af: “De keuze van de wijze van behandeling zal de werkgever aan de werknemer moeten overlaten, ook als de keuze die de werknemer maakt leidt tot een ziekteverzuim van een langere duur dan de werkgever met het oog op de gezondheid van de werknemer aangewezen acht. De rechter zal niet snel van oordeel zijn dat de werknemer door zijn keuze voor een bepaalde wijze van behandeling zijn genezing belemmert of vertraagt.” (JAR 1998/76)

Waar het op aankomt, is dat uw werknemer alternatieve, ‘betere’ behandelmethodes niet ‘zomaar’ mag weigeren. Maar als uw werknemer voor die weigering goede redenen aanvoert, kunt u die andere behandelmethodes niet afdwingen. De werknemer mag hoogst persoonlijke weigeringsredenen aanvoeren, zoals zijn recht op vrije artskeuze, zijn recht op integriteit van het menselijke lichaam en zijn recht op privacy. Het is ook een wezenlijk verschil of uw werknemer zijn genezing belemmert of vertraagt dan wel of hij deze naar uw smaak onvoldoende bevordert. De wet geeft de werkgever alleen de bevoegdheid tot loonop-schorting als de werknemer zijn genezing actief belemmert of vertraagt. Als een werkgever vindt dat zijn werknemer zijn genezing onvoldoende bevordert, heeft de wetgever niet in een opschortingsbevoegdheid voorzien. Het antwoord op uw vraag is dus dat uw werknemer uw voorstel om elders een operatie te ondergaan weliswaar mag weigeren, maar niet zomaar. En dat u betaling van zijn salaris in geval van een gegronde weigering niet mag opschorten.

5.6 Geen aanvulling salaris als werknemer schuld heeft aan uitval wegens ziekte

Het moeten doorbetalen van salaris bij ziekteverzuim is onder werkgevers niet voor niets omstreden. Vaak heeft de werkgever immers geen vat op de oorzaak van de uitval, laat staan op het voorkomen ervan. Het gerechtshof Arnhem is werkgevers enigszins tegemoet gekomen. Op 27 juni 2006 oordeelde het hof dat de werkgever de overeengekomen aanvulling op het salaris niet hoeft te betalen omdat de uitval was ontstaan door schuld van de werknemer zelf. Een opzienbarende uitspraak, die het onthouden waard is. Ze maakt helder aan welke voorwaarden moet zijn voldaan om onder de overeengekomen aanvulling uit te kunnen komen.

De casus

Werknemer werkt als chauffeur. In zijn vrije tijd is hij fervent voetballer. Zijn werkgever is niet gelukkig met deze hobby. De werknemer verzuimt namelijk regelmatig meerdere maanden zijn werk wegens allerlei blessures. Onder andere loopt hij beschadigde kruisbanden op waaraan hij na een lange periode van onderzoek en wachttijden moest worden geopereerd. Eerder had hij last van een ernstige enkelblessure. Dan stapt de werknemer over op zaalvoetbal. Daarmee is de werkgever nog minder gelukkig aangezien die sport bekend staat als meest blessuregevoelig. De maat raakt vol als de werknemer opnieuw met een blessure uitvalt, dit keer met knieklachten. De werkgever deelt hem mee gedurende zijn uitval alleen nog maar het basissalaris van 70 procent te zullen betalen, dus de overeengekomen aanvulling dan achterwege te zullen laten. Verder dreigt de werkgever zowel mondeling als schriftelijk met een salarisstop zodra de werknemer nog een keer door voetbal uitvalt.

De werknemer is het niet eens met deze korting op zijn salaris. Hij dagvaardt zijn werkgever en vordert volledige aanvulling van zijn salaris, vermeerderd met vakantietoeslag, de wettelijke verhoging wegens vertraagde salarisbetaling, de wettelijke rente, incassokosten en een proceskostenveroordeling. Behalve de vakantietoeslag en de incassokosten wijst de kantonrechter de vorderingen toe. De werkgever kan zich niet in dit oordeel vinden. Er volgt een behandeling in hoger beroep bij het gerechtshof Arnhem. Daar krijgt de werkgever alsnog gelijk.

Geen nadelige afwijking

Essentieel in deze zaak is dat tussen partijen een cao van toepassing is waarin nauwkeurig is geformuleerd onder welke voorwaarden de werknemer bij ziekte aanspraak heeft op aanvulling van zijn salaris. Letterlijk: “Tenzij schriftelijk gunstiger voorwaarden overeengekomen zijn, is, wanneer de werknemer ten gevolge van arbeidsongeschiktheid verhinderd is zijn arbeid te verrichten, behalve indien de arbeidsongeschiktheid door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt (...), de werkgever verplicht om over de dagen waarop de werknemer ten

gevolge van arbeidsongeschiktheid (waaronder te verstaan ziekte en ongeval) verhinderd is zijn arbeid te verrichten, het nettoloon door te betalen.” Dit beding vult art. 7:629 BW aan waarin is vastgelegd dat de werknemer bij uitval wegens ziekte altijd recht houdt op doorbetaling van “ten minste” 70 procent van zijn salaris. Hij heeft dat recht volgens die wettelijke bepaling alleen niet als hij zijn ziekte met opzet heeft veroorzaakt, zijn genezing belemmert of vertraagt, andere passende arbeid weigert of niet meewerkt aan zijn re-integratie. Van dit wettelijke voorschrift mag niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. Dat impliceert dat contractuele afwijking in het voordeel van de werknemer wel is toegestaan, zoals in deze casus bij cao is gebeurd.

Het hof oordeelt dat cao-partijen gerechtigd zijn voorwaarden te stellen met betrekking tot de toekenning van loonafspraken die van het wettelijke minimum afwijken. Wezenlijk is dat de minimale aanspraak van 70 procent van het salaris zoals genoemd in art. 7:629 BW hoe dan ook gehandhaafd blijft, aldus het hof. Nader overeengekomen uitsluitingsgronden ten aanzien van die aanvullingen mogen dezelfde zijn, maar mogen ook andere zijn dan die in de wet genoemd. De uitsluitingsgrond voor de aanvulling, die luidt “behalve indien de arbeidsongeschiktheid door zijn schuld of toedoen is veroorzaakt” is dus rechtsgeldig.

Geen opzet, wel schuld

De werkgever kan echter niet volhouden dat in deze casus de uitval wegens ziekte door de werknemer met opzet als bedoeld in de wet is veroorzaakt. Blijkens de wetsgeschiedenis moet de opzet gericht zijn geweest op het veroorzaken van ziekte. Risicovol gedrag met als gevolg arbeidsongeschiktheid kan op zichzelf niet leiden tot verlies van het recht op doorbetaling. Dat zaalvoetbal een van de meest risicovolle sporten is voor wat betreft het oplopen van blessures, is onvoldoende om opzet aan te nemen. Niet is vast komen te staan dat de werknemer deze sport heeft beoefend om arbeidsongeschiktheid te veroorzaken. De werkgever is daarom niet gerechtigd de volledige salarisbetalingen te staken.

Wel is naar het oordeel van het hof sprake van schuld van de werknemer dat de uitval wegens ziekte door zijn toedoen is veroorzaakt. Voor het aannemen van schuld is vereist dat de werknemer een rechtens relevant verwijt van het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid kan worden gemaakt. “Van belang is daarbij dat werknemer met de door hem gepleegde sportbeoefening redelijkerwijs heeft moeten voorzien dat deze tot arbeidsongeschiktheid zou kunnen leiden en hij heeft nagelaten, hoewel dat in zijn vermogen lag, maatregelen te treffen teneinde te voorkomen dat deze arbeidsongeschiktheid zou ontstaan.” Hierbij weegt voor het hof zwaar dat de werknemer beduidend vaker en langer arbeidsongeschikt is geweest dan de gemiddelde werknemer. Ook de mondelinge en schriftelijke waarschuwingen van zijn werkgever hebben hem niet

ervan weerhouden met voetbal door te gaan. Het hof concludeert dat de uitval is ontstaan door schuld en toedoen van de werknemer. Omdat aan de bij cao overeengekomen uitzondering is voldaan, is de werkgever niet gehouden de aanvulling van het salaris te betalen.

Commentaar

Betekent dit nu dat u het salaris van uw sportende werknemers niet meer hoeft aan te vullen als zij ten gevolge van die sport uitvallen? Het antwoord daarop luidt ja, mits aan allerlei voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats dient u met uw werknemer aantoonbaar te hebben afgesproken dat u geen aanvulling zult betalen als de ziekte door zijn eigen schuld of toedoen is veroorzaakt.

Daarmee bent u er echter nog niet. Niet elke sportblessure kan de werknemer immers worden verweten. U kunt pas van schuld spreken als de werknemer heeft nagelaten maatregelen te treffen om te voorkomen dat hij door die sportbeoefening arbeidsongeschikt zou raken. Een aanwijzing dat daarvan sprake is, is als de werknemer vaker en langer als gevolg van die sportbeoefening arbeidsongeschikt is geweest dan de gemiddelde werknemer. Daarnaast helpt het als u uw met regelmaat door ziekte uitvallende werknemer mondeling en schriftelijk bewust maakt dat u een beroep zult doen op de uitzonderingsgrond als hij met zijn risicovolle hobby doorgaat.

Moeilijk blijft het dus werknemers te korten op hun salaris als hun uitval wegens sportblessures beperkt blijft in duur en aantal. Interessant is echter de vraag of u mag bedingen dat salarisaanvulling zonder meer achterwege zal blijven bij uitval wegens bijvoorbeeld sportblessures. Het hof lijkt die vraag bevestigend te beantwoorden.

Dat neemt niet weg dat u zich moet afvragen of het verstandig is een dergelijke grove uitzondering te formuleren, want daarmee ontmoedigt u uw werknemers waarschijnlijk onbedoeld sportbeoefening, waaraan immers ook gezondheidsvoordelen kleven.

5.7 Wanneer bent u als werkgever aansprakelijk voor RSI

Als werkgever aansprakelijk gesteld kunnen worden voor RSI is een schrikbeeld dat veel onzekerheid oproept. Inmiddels is er een aantal rechterlijke uitspraken hierover gedaan. De uitkomsten ervan zijn nogal wisselend. Daarom zetten we de risico's op een rij in geval het onverhoopt komt tot een aansprakelijkheidsprocedure. Belangrijke vragen zijn: hoe ziet zo'n procedure eruit, waaraan moet zijn voldaan voordat een rechter kan concluderen dat een werkgever voor RSI-klachten aansprakelijk is en hoe kunt u voorkomen hiervoor aansprakelijk te worden gehouden?

Over RSI raakt steeds meer bekend, al is het verschijnsel nog steeds met raad-selen omgeven. In 2000 formuleerde de Gezondheidsraad RSI als "een tot beperkingen of participatieproblemen leidend multifactorieel bepaald klachten-syndroom aan nek, bovenrug, schouder, boven- of onderarm, elleboog, pols of hand of een combinatie ervan, gekenmerkt door een verstoring van de balans tussen belasting en belastbaarheid, voorafgegaan door activiteiten met herhaalde bewegingen of statische houding van een of meer van genoemde lichaamsdelen als een van de veronderstelde etiologische factoren." Over de mogelijke oorzaken ervan is nog maar weinig bekend. Repeterende arbeid met hoge frequentie en/of krachtsuitoefening kan bijdragen aan het ontstaan van RSI, blijkt uit medische literatuur. Veelvuldig ervaren stress, hoge taakeisen en hoge werkdruk blijken vaak gerelateerd te zijn aan RSI-klachten en worden als risicovergroterend beschouwd.

Juridische hobbels

Een werknemer die zijn werkgever voor het ontstaan van RSI-klachten aansprakelijk houdt, moet nogal wat lastige juridische hobbels nemen. In art. 7:658 BW, lid 2 zijn de criteria geformuleerd waaraan voor een succesvolle aansprakelijkheidsstelling moet zijn voldaan. Hierin is bepaald: "De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoonst dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer." In lid 1 is bepaald: "De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt."

Veiligheidsvoorschriften

De wijze waarop deze wetsbepaling is geformuleerd brengt met zich mee dat het in eerste instantie voor de werknemer voldoende is als hij stelt en bewijst

dat hij tijdens het uitoefenen van zijn werkzaamheden schade heeft opgelopen. Vervolgens dient de werkgever aan te tonen dat hij aan zijn wettelijke zorgplicht ter voorkoming van de ontstane schade heeft voldaan. Meestal heeft de werkgever daarmee een probleem. Met name als sprake is van een concrete normschending dient de rechter als uitgangspunt te nemen dat de schade die de werknemer heeft opgelopen, het rechtstreekse gevolg is van de normschending. Op de werkgever rust in dat geval de vrijwel onmogelijke bewijslast van het tegendeel. Het is dus belangrijk te voorkomen dat veiligheidsvoorschriften worden overtreden. Voor wat betreft het voorkomen van RSI waren tot voor kort niet veel veiligheidsvoorschriften voorhanden. De meest bekende zijn die over beeldschermwerk en de inrichting van de werkplek. Voor zover nog geen concrete veiligheidsvoorschriften voorhanden zijn, nemen de meeste rechters niet zonder slag of stoot aan dat eenmaal vastgestelde RSI-klachten het rechtstreekse gevolg zijn van de situatie op het werk.

Bewijs

In enkele belangrijke arresten in 2000 en 2001 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het in het geval van een beroepsziekte voldoende kan zijn dat de werknemer aantoonde dat hij is blootgesteld aan een gevaarlijke situatie en daardoor ziek geworden. Eerst dient echter wel bewijstechnisch vast te staan dat de werknemer is blootgesteld aan een voor de gezondheid gevaarlijke situatie waardoor de schade veroorzaakt kan zijn. Het is aan de werknemer om dat aspect aan de orde te stellen en wettig te bewijzen. In de praktijk is het voor de werknemer niet eenvoudig om te bewijzen dat hij tijdens het uitoefenen van zijn werkzaamheden aan een zodanig gevaarlijke situatie is blootgesteld dat hij daardoor zijn RSI-klachten heeft opgelopen. Daaraan gaat vooraf dat de werknemer zijn RSI-klachten met behulp van medische onderbouwing dient aan te tonen. Daarbij verlangen rechters steeds vaker ook een arbeidsdeskundige onderbouwing. De werknemer dient met andere woorden op zijn minst aannemelijk te maken dat de toedracht van zijn vast te stellen RSI-klachten het rechtstreekse gevolg is van de situatie op zijn werk.

Procedure

In de praktijk ziet een procedure over aansprakelijkheid wegens RSI er als volgt uit. De werknemer verklaart dat hem op en door het werk een beroepsziekte is overkomen. Hij zal ondersteund door een medische en arbeidsdeskundige vaststelling moeten kunnen aantonen dat zijn klachten erkende RSI-klachten zijn. Bovendien zal daaruit moeten blijken dat die klachten zijn voortgekomen uit werkzaamheden die hij bij zijn werkgever heeft uitgevoerd. De werkgever krijgt vervolgens de gelegenheid om de door de werknemer gestelde feiten te weerleggen. Daarnaast kan de werkgever aantonen dat hij alles wat redelijkerwijs van hem kan worden verwacht, gelet op de stand van de techniek, eraan heeft gedaan om RSI-klachten te voorkomen.

Voorkomen

Voorkomen dat u als werkgever aansprakelijk gehouden kunt worden voor RSI-klachten, begint in de eerste plaats met het op correcte wijze inrichten van de individuele werkplekken. In geval van beeldschermwerk moet u ervoor zorgen dat de apparatuur en de opstelling aan de gestelde normen voldoen. Uw arbo-dienst kan u hierbij helpen. Daarnaast kunt u als werkgever zorgdragen voor voldoende voorlichting aan uw medewerkers hoe door een correcte lichaamshouding RSI kan worden voorkomen. Het verdient aanbeveling om met behulp van de wettelijk verplichte risico-inventarisatie en -evaluatie mogelijke risico's op het ontstaan van RSI – maar ook van andere mogelijke beroepsziekten – op een rij te zetten. Zodra er klachten ontstaan, is het raadzaam onmiddellijk bij de arboarts aan de bel te trekken en er niet te snel van uit te gaan dat de klachten vanzelf zullen overgaan. Als u toch aansprakelijk wordt gesteld, moet u in de gaten houden of de gestelde klachten daadwerkelijk nationaal en internationaal erkend zijn als RSI. Daarnaast zal uit arbeidsdeskundig onderzoek moeten blijken of de vastgestelde RSI-klachten het rechtstreekse gevolg zijn van de situatie op de werkplek. U zult dan moeten kunnen verantwoorden dat u aan uw wettelijke zorgplicht heeft voldaan om het ontstaan van RSI-klachten te voorkomen.

Samenvattend

Voordat u als werkgever aansprakelijk kunt worden gehouden voor RSI-klachten:

- dient sprake te zijn van een of meer van de klachten die door nationale (zie rapport Gezondheidsraad) en internationale deskundigen als erkende RSI-klachten zijn vastgesteld;
- dient vast komen te staan dat de werknemer tijdens zijn werk is blootgesteld aan de gezondheidsrisico's van RSI, hetgeen de werknemer moet bewijzen;
- dient het causaal verband tussen de RSI-klachten en de verrichte werkzaamheden voldoende aannemelijk te zijn, bij voorkeur aan de hand van verklaringen van artsen of andere deskundigen;
- dient bewijs te ontbreken dat u als werkgever uw wettelijke en contractuele zorgplichten bent nagekomen;
- dient u ermee rekening te houden dat – als aannemelijk is dat ook andere, buiten het werk gelegen factoren de RSI hebben veroorzaakt – de rechter dit in een kansaandeel verdisconteert.

5.8 Werknemer dient oorzaak RSI te bewijzen

In 2005 heeft de Hoge Raad voor het eerst in een RSI-kwestie arrest gewezen. Hierin bevestigt en verheldert de Hoge Raad het bestaande wettelijke uitgangspunt. De werknemer kan niet volstaan met de stellingname dat hij tijdens het uitoefenen van zijn werkzaamheden RSI-klachten heeft opgelopen. De werknemer zal daarnaast in beginsel moeten kunnen stellen en zo nodig bewijzen dat het uitoefenen van die werkzaamheden ook daadwerkelijk de oorzaak van die RSI-klachten is.

De casus

De Bakker is in 1978 bij Zee Electronics in loondienst getreden als monteur/wikkelaar. Tot zijn werkzaamheden behoren het vervaardigen van transformatoren. Hij moet daarbij handelingen verrichten zoals het wikkelen van transformatoren, het voorzien van de transformatoren van pinnetjes, het inblikken van de transformatoren en het plaatsen van de transformatoren in een harsbad en daarna in een oven. Vanaf 1987 ontwikkelt De Bakker klachten. Deze bestaan uit pijn in het gebied van het achterhoofd, de schouderlijn en de rechterarm. In oktober 1993 meldt De Bakker zich ziek. Nadien heeft hij nauwelijks nog gewerkt.

Onvoldoende aannemelijk

De Bakker vordert van Zee Electronics schadevergoeding. Hij stelt te lijden aan het RSI-syndroom. Daarbij stelt hij dat Zee Electronics heeft verzuimd de aard van het werk zodanig af te wisselen, de werkdruk zodanig af te stemmen en de werkplek zodanig in te richten dat de ziekte-uitval voorkomen had kunnen worden. De kantonrechter wijst de vordering toe. De rechtbank wijst in hoger beroep de vordering af. De Bakker belandt ten slotte bij de Hoge Raad.

In debat is onder meer of het De Bakker is gelukt voldoende aannemelijk te maken dat zijn klachten voortkomen uit de situatie op het werk. De kantonrechter oordeelt dat De Bakker dat voldoende aannemelijk heeft gemaakt. De kantonrechter baseert zijn oordeel op de bevindingen van de revalidatiearts. In hoger beroep brengt Zee Electronics deskundigenberichten in van een neuroloog en een orthopedisch chirurg, die tot een tegengesteld oordeel komen. Op grond daarvan oordeelt de rechtbank dat het gestelde verband onvoldoende aannemelijk is.

Oorzakelijk verband

In cassatie stelt de Hoge Raad voorop dat het in beginsel aan de werknemer is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd en de werkzaamheden waardoor de schade zou zijn geleden. De rechtbank heeft naar het oordeel van de Hoge Raad miskend dat eerst moet worden vastgesteld om welke werkzaamheden het in dit geval ging voordat de vraag aan de orde kan komen of

een onderzoek door deskundigen aangewezen kan zijn voor de beantwoording van de vraag of tussen de door de werknemer verrichte werkzaamheden en de door hem ondervonden klachten een oorzakelijk verband bestaat. In de onderhavige casus is omstreden waaruit de werkzaamheden van De Bakker exact bestonden.

Met dit arrest bevestigt de Hoge Raad dat ook voor RSI-gevallen geldt dat het in beginsel aan de werknemer is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade waarvan hij vergoeding vordert en de uitoefening van de werkzaamheden waarin de schade gesteld wordt te zijn geleden. De werknemer kan met andere woorden niet volstaan met te stellen dat hij RSI-klachten heeft opgelopen tijdens het uitoefenen van zijn werkzaamheden. Hij zal daarnaast in beginsel dienen te bewijzen dat deze werkzaamheden de daadwerkelijke oorzaak zijn van de klachten. Aan het oordeel van deskundigen hierover kan pas worden toegekomen zodra vaststaat welke werkzaamheden de werknemer exact diende te verrichten. (HR 20 mei 2005, JAR 2005, 155).

Commentaar

Juristen zijn al enige tijd druk met het analyseren van de wijze waarop rechters met RSI-claims omgaan. Daarin lijken op het eerste gezicht nogal wat tegenstrijdigheden te zitten. Dat hangt samen met het gegeven dat maar langzaam meer kennis beschikbaar komt over het ontstaan van RSI. Met name als gevolg daarvan bestaan er nog niet zoveel wettelijke normen waaraan de werkgever in het kader van zijn wettelijke zorgplicht moet voldoen. Bij nader inzien valt het daarom met die tegenstrijdigheden wel mee. Juist vanwege het ontbreken van voldoende veiligheidsnormen nemen rechters nog niet zo snel als vanzelfsprekend het verband aan tussen de geschonden veiligheidsnorm en de opgetreden RSI-klachten.

Dit arrest van de Hoge Raad is het eerste waarin een RSI-claim aan de orde komt. Het is desondanks in wezen geen spraakmakend arrest. De Hoge Raad bevestigt hiermee namelijk slechts de bestaande leer, zoals die reeds geldt voor andere soorten van werkgeversaansprakelijkheid. Wel scheidt de Hoge Raad hiermee helderheid dat ook voor RSI-claims geldt dat het in beginsel aan de werknemer is om te bewijzen dat de toedracht van zijn RSI-klachten daadwerkelijk is te wijten aan de situatie op het werk. Voor werkgevers is dit een geruststellende uitspraak. Het betekent dat rechters RSI-claims ook op dit aspect dienen te toetsen. Rechters mogen met andere woorden niet langer zomaar, dat wil zeggen zonder nader bewijs, ervan uit gaan dat de door de werknemer gestelde RSI-klachten wel het gevolg zullen zijn van de verrichte werkzaamheden.

5.9 Aansprakelijkheid wegens psychische schade in opkomst

Het komt op alle werkplekken en in de meest gerenommeerde bedrijven voor. Het uitwisselen van stevige woorden. Krachttermen soms. Ruzie in de tent. Opgekroppte woede die tot uitbarsting komt. Elkaar eens stevig de waarheid vertellen. Soms meldt een werknemer zich na zo'n incident ziek en zegt dan dat hij psychisch in de war is geraakt. Hoe zit het dan eigenlijk met uw aansprakelijkheid? U heeft wel eens gehoord dat rechters tegenwoordig schadevergoeding toekennen wegens shock- of schrikschade. U zult zich afvragen welke risico's u hiermee loopt.

Er is steeds meer maatschappelijke aandacht voor het psychisch welbevinden op het werk. Stress en burn-out behoren immers tot de meest voorkomende oorzaken van langdurige arbeidsongeschiktheid. Er is inmiddels brede overeenstemming over dat de werkgever een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het beheersen van werkdruk. De eerste schadevergoedingen wegens het ontstaan van psychische schade zijn reeds door Nederlandse rechters toegekend. Toch kunt u als werkgever de kans tot aanvaardbare proporties verkleinen om door een van uw werknemers aansprakelijk te worden gesteld voor het ontstaan van psychische schade.

Als door het uitvoeren van de werkzaamheden bij uw werknemer schade ontstaat, bent u als werkgever al snel de klos. Het Burgerlijk Wetboek stelt namelijk, populair samengevat, dat u als werkgever alleen aan aansprakelijkheidsstelling kunt ontkomen als u aan kunt tonen de nodige voorzorgsmaatregelen te hebben getroffen. In de praktijk stellen rechters bijna onmogelijk hoge eisen aan dit tegenbewijs. Daardoor lijkt het alsof nauwelijks is te ontkomen aan aansprakelijkheidsstelling voor met name fysieke schade. Hoe dan ook is het van belang waar mogelijk de nodige voorzorgsmaatregelen te treffen. Alleen al om de kans op een 'succesvolle' aansprakelijkheidsstelling tot het minimum te reduceren.

Minimumnormen

Hoe kunt u nu als werkgever de kans op aansprakelijkheidsstelling wegens schade aan uw werknemers door het werk verkleinen? De wetgever helpt u als werkgever een klein beetje. De Arbeidsomstandighedenwet ('Arbowet') licht als voornaamste wetsbron een tipje van de sluier op. Hierin is een set minimumnormen en morele uitgangspunten vastgelegd. Deze wet verplicht u als werkgever onder andere om het werk zoveel mogelijk aan te passen aan de persoonlijke eigenschappen van uw afzonderlijke werknemers. De wetgever is van mening dat u als werkgever bij het belasten van uw werknemers rekening moet houden met hun persoonlijke belastbaarheid. Bij de organisatie van het werk dient u bovendien het welzijn van uw werknemers bij de arbeid te bevorderen, stelt de Arbowet letterlijk. De verantwoordelijkheid voor de werkgever om overbelasting van uw werknemers te voorkomen, is dus een wettelijke.

De Arbowet is echter niet de enige regelgeving die u als werkgever bij de inrichting van de werkplekken en de bejegening van uw werknemers kunt schenden. Wees daarnaast voorbereid op voorschriften voor bijvoorbeeld sollicitaties (vaak vastgelegd in codes), functioneringsgesprekken, briefwisseling en reorganisatie. Hoe concreter de geschonden norm, hoe groter de kans om aansprakelijk te worden gehouden. Dat kan met name het geval zijn bij werknemers met een voorzienbare labiele psychische gesteldheid of wanneer die normschending leidt tot een ernstige conflictsituatie.

Beleid tegen wangedrag

In de Nederlandse rechtspraak zijn reeds schadevergoedingen wegens psychische schade aan werknemers toegekend. Tot nu toe betrof het ogenschijnlijk duidelijke gevallen, zoals mishandeling, ernstige pesterijen, discriminatie en seksuele intimidatie. Zelfs als dergelijk gedrag tussen werknemers onderling plaatsvindt, leert de rechtspraak ons dat u als werkgever voor de gevolgen hiervan aansprakelijk kunt worden gehouden. Zowel wetgever als rechter verlangen van u als werkgever namelijk dat u bedrijfsbeleid ontwikkelt om seksuele intimidatie, discriminatie en pesterijen te voorkomen. Voorts verlangen zij grondige risicoinventarisaties.

Tot nu toe is de Nederlandse rechtspraak niet scheutig geweest met het toekennen van schadevergoeding wegens psychische schade als gevolg van onaanvaardbare werkdruk of burn-out. Er zijn echter veranderingen op komst. Er is namelijk toenemende wetenschappelijke, maatschappelijke en politieke aandacht voor de vraag of werkstress is te voorkomen en op welke wijze. Ook de rechtswetenschappelijke literatuur schrijft steeds meer en steeds vaker over dit onderwerp. Uit het nabije buitenland druppelt bovendien steeds regelmatig berichtgeving binnen van rechters die vergoedingen wegens geleden psychische schade aan werknemers toekennen.

Ontbreken voorlichting

In 2002 heeft de rechter geoordeeld over de vraag of de werkgever voldoende inspanningen had betracht om psychische schade van de betrokken werknemer als gevolg van werkdruk te voorkomen. De betrokken werknemer werkte bij de Sociale Dienst in Amsterdam. Hij was mishandeld door een cliënt die over de balie was gesprongen. Artsen stelden bij hem posttraumatische stress vast. De rechter oordeelde dat de Sociale Dienst de betrokken werknemer gedurende langere tijd baliewerk had laten verrichten en niet had gezorgd voor voldoende roulatie van de werkzaamheden. Ook op de dag van de mishandeling had de Sociale Dienst de betrokken werknemer als enige baliewerk laten verrichten. Bij de rechterlijke overwegingen speelde een belangrijke rol dat aan de betrokken werknemer geen opleiding of voorlichting over agressie was aangeboden. Bij dergelijk werk lag voorlichting daarover echter wel voor de hand.

Dat alles heeft de overschrijding van de werkdruk in de hand gewerkt. Zie Rb. Amsterdam d.d. 11 januari 2002, TAR 2002, 46.

Voorzienbaarheid

Het is in het Nederlandse recht gelukkig nog steeds geen vanzelfsprekendheid dat elk financieel nadeel dat een ander ondervindt zonder meer leidt tot de aansprakelijkheid van de veroorzaker. Voor de juridische vaststelling van aansprakelijkheid moet een aantal vragen 'positief' worden beantwoord. Bijvoorbeeld of het psychische letsel als gevolg van de overbelasting voorzienbaar was. Indien u als werkgever weet, of zou kunnen weten dat u met een kwetsbare werknemer te maken heeft, zal de rechter bij psychische schade u eerder aansprakelijk houden. U mag als werkgever ervan uitgaan dat uw werknemers een normale weerstand hebben. Van de werknemer die dreigt te bezwijken aan overbelasting, zal de rechter verlangen dat hij u als werkgever op tijd waarschuwt.

Belangrijk zijn ook de antwoorden op de vragen of u de betrokken werknemer zwaarder belast dan normaal is voor zijn functie, of hij een zwaardere belasting kent dan zijn collega's, of u veel van hem verlangt in vergelijking met zijn collega's en of veel werknemers met dezelfde functie op dezelfde afdeling ziek zijn. Indien dat het geval is, zal de rechter van u als werkgever verlangen dat u tijdige maatregelen heeft getroffen.

De mate van eigen zeggenschap over het werk zal de rechter eveneens in ogenschouw nemen. Van de werknemer die nauwelijks zeggenschap heeft over hoe hij zijn werk indeelt en ordent, zal de rechter eerder overbelasting aannemen dan van de werknemer die daarin veel vrijheid heeft. Verder zult u als werkgever eerder aansprakelijk gehouden kunnen worden naarmate u behoorlijke ondersteuning of begeleiding achterwege laat, de taken niet helder heeft aangegeven en u onvoldoende mogelijkheden biedt voor regelmatige fysieke ontspanning.

Omvang schade

De werknemer die beweert door zijn werk psychisch overbelast te zijn geraakt, zal het bestaan van zijn psychische letsel wel behoorlijk moeten aantonen. Tot nu toe gold dat zijn psychische letsel op medisch-objectieve wijze moet kunnen worden vastgesteld. Volgens de Hoge Raad is van psychisch letsel sprake indien het gaat om "een in de psychiatrie erkend ziektebeeld". Lagere rechters gaan hier vaak wat minder kritisch mee om.

Een medische rapportage is meestal wel het minste dat u als werkgever mag verlangen. Zonder toestemming van de betrokken werknemer zult u die echter niet zelf mogen inzien. Schakel dan uw eigen medisch adviseur in of betrek uw bedrijfs- of arboarts bij de analyse.

Staat het geleden letsel eenmaal vast dan zal de omvang van de schade moeten worden bepaald. Verkijk u er niet op. Hoewel in Nederland nog geen sprake is van zogenoemde 'Amerikaanse toestanden' kunnen ook hier de uit te keren smartengeldsommen behoorlijk tegenvallen. Daarnaast moet u denken aan de kosten van de behandeling, de inkomensschade wegens verlies aan arbeidsvermogen, de kosten voor eventuele hulp in huis en de kosten van de door de betrokken werknemer ingeschakelde juridische, medische, fiscale, rekenkundige en andere relevante adviseurs.

Tot slot

Een ongeluk zit in een klein hoekje. U kunt – evenals de werknemer die het overkomt – vette pech hebben. Desondanks verlangen wetgever en rechters dat u als werkgever uw maatregelen neemt. Statistieken tonen aan dat het aantal arbeidsongevallen afneemt. Dat is voor een belangrijk deel te danken aan veiligheidsmaatregelen en -voorschriften. Volg die daarom altijd uit voorzorg. Zodat u niet kan worden verweten dat u niet al het mogelijke heeft gedaan ter voorkoming.

U ziet dat u niet zomaar aansprakelijk gesteld kunt worden voor geleden psychische schade van uw werknemers. Uw werknemers moeten tegen een stootje kunnen. Als u uw voorzorgsmaatregelen heeft getroffen en regelmatig checkt of de werkdruk van uw werknemers nog acceptabel is, hoeft u 's nachts niet wakker te liggen van de werknemer die zich na een ruzie als donderslag bij heldere hemel ziek meldt. Overigens geldt hier dat ook een goede bedrijfsaansprakelijkheidspolis een steentje kan bijdragen aan uw nachtrust.

5.10 Geen vergoeding voor psychische schade na onzekerheid door reorganisatie

Psychisch letsel als gevolg van slechte bejegening door de werkgever komt niet voor vergoeding in aanmerking. Datzelfde geldt voor voortdurende onzekerheid over de positie van de werknemer binnen het bedrijf na een ingrijpende reorganisatie. Dat heeft de kantonrechter in Haarlem geoordeeld in het vonnis d.d. 18 juni 2003, gepubliceerd in JAR 2003, 188.

De werknemer werkte sinds 1962 bij een groothandel in tabaksartikelen. Daar oefende hij voorafgaand aan de procedure de functie van magazijnchef uit. In de zomer van 1991 raakte hij gedurende twee maanden wegens overbelasting arbeidsongeschikt. In 1997 reorganiseerde de groothandel ingrijpend en verhuisde de vestiging van de werknemer naar Hoofddorp. Na die verhuizing werd de werknemer ziek. Aangepaste werkzaamheden hielpen hem niet op de been. Hij werd volledig arbeidsongeschikt verklaard.

De werknemer was van mening dat zijn werkgever zijn verplichtingen jegens hem niet correct was nagekomen. Hij zei dat hij psychisch letsel had opgelopen door de manier waarop zijn werkgever hem jarenlang had bejegend. Hij zou jarenlang meer dan de toegestane werktijden hebben moeten werken, stelde hij. Daarnaast zou zijn werkgever hem gedurende lange tijd in onzekerheid hebben gelaten over zijn positie in de organisatie na de reorganisatie. Die buitensporige werktijden en de voortdurende onzekerheid rond de reorganisatie zouden tot zijn arbeidsongeschiktheid hebben geleid.

Vergrote bewijslast

De kantonrechter stelde voorop dat het gestelde psychisch letsel niet op een lijn is te stellen met fysiek letsel. Daarom kon de werknemer volgens de kantonrechter geen beroep doen op art. 7:658 BW dat een ruime aansprakelijkheid vestigt voor schade die tijdens het verrichten van werkzaamheden is opgelopen, met name bij arbeidsongevallen. Wel kon de werknemer een beroep doen op de 'normale' regels voor vestiging van aansprakelijkheid, maar dit bracht voor hem een vergrote bewijslast met zich mee.

Ervan uitgaande dat de bewijslast van de oorzaak van de psychische schade bij de werknemer ligt, raakte de kantonrechter niet ervan overtuigd dat de psychische schade bij de werknemer was opgelopen door toedoen van de werkgever. De werknemer had ter staving van zijn stellingen wel rapportages van het RIAGG en van het GAK overgelegd, maar uit geen van die rapportages bleek dat zijn arbeidsongeschiktheid het gevolg was van de beweerde buitensporige werktijden. Dat de werknemer buitensporig veel had gewerkt was ook niet aanemelijk gemaakt.

Langdurige onzekerheid

De werknemer stelde verder dat zijn werkgever ernstig tekort zou zijn geschoten bij de gang van zaken rond de verhuizing en samenvoeging van de vestigingen van het bedrijf. Als gevolg daarvan zou hij langdurig in onzekerheid zijn gelaten over zijn positie in de organisatie na de samenvoeging van de vestigingen in het nieuwe distributiecentrum. De kantonrechter beaamt dat uit de overgelegde stukken is op te maken dat die reorganisatie voor de werknemer zeer belastend is geweest. Het gaat de kantonrechter echter te ver hiervoor de werkgever aansprakelijk te houden. Dat de samenvoeging van de vestigingen voor de betrokken werknemers ingrijpende gevolgen heeft, is bij een dergelijke reorganisatie onvermijdelijk.

De werknemer werd door de kantonrechter op deze onderdelen in het ongelijk gesteld. Zijn vorderingen wees de kantonrechter dan ook af. De werknemer werd veroordeeld om de proceskosten van de werkgever te vergoeden.

6.1 Ontucht door hulpverleners met patiënten en cliënten heeft vergaande consequenties

“Wij zijn een gezondheidsinstelling. Bij ons zijn op tal van terreinen medewerkers in dienst, zoals artsen, verplegers, secretaresses en ondersteunende medewerkers. Binnen onze instelling hebben wij regels opgesteld hoe met ongewenste intimiteiten om te gaan. Ook hebben we een protocol dat medewerkers verbiedt een seksuele relatie met een patiënt aan te gaan. Wij weten dat onze ethische gedragsregels zich al tegen dergelijke relaties verzetten. Maar we zouden ook graag willen weten wat de juridische basis is van dergelijke verboden, welke gevolgen we kunnen verbinden aan de constatering ervan en waar de juridische grenzen liggen.”

Deze instelling voelt haarfijn het onethische karakter aan van het aanknopen van een seksuele relatie met een patiënt. Wat niet iedereen exact weet, is dat de wetgever dergelijk gedrag in 1886 als misdrijf strafbaar heeft gesteld. Het eerste lid van art. 249 van het Wetboek van Strafrecht bepaalt namelijk: “Hij die ontucht pleegt met zijn minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwd minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.” In de loop van de tijd is hieraan ter verduidelijking toegevoegd dat met dezelfde straf wordt gestraft de ambtenaar die ontucht pleegt “met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen”, en de bestuurder, de arts, de onderwijzer, de beambte, de opzichter of bediende “in een gevangenis, rijksinrichting voor kindbescherming, weeshuis, ziekenhuis, of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen.” Hieraan is in 1991 ten slotte toegevoegd dat met dezelfde straf wordt gestraft “degene die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.”

Ontucht

De wetgever heeft bewust voor het woord ‘ontucht’ gekozen in plaats van het begrip ‘seksuele handelingen’ aangezien dat een meer geladen betekenis heeft. Waar het volgens de wetgever om gaat, zijn handelingen van seksuele aard die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm. De wetgever heeft er een absoluut verbod van ontucht tussen hulpverlener en patiënt of cliënt mee willen formuleren. Het is volgens de wetgever echter niet de bedoeling om deze strafbepaling ook van toepassing te achten op een hulpverlener die zijn vrouw of vriendin in behandeling heeft.

Afhankelijkheid

De Hoge Raad heeft die sociaal-ethische norm in een arrest van 1997 in een nauwkeurige definitie proberen vangen. De verdachte huisarts stelde aan de

orde dat zijn patiënte zich niet tegen de seksuele handelingen zou hebben verzet, maar dat zij daaraan vrijwillig zou hebben meegedaan. Volgens de definitie van de Hoge Raad is echter slechts dan geen sprake van ontucht plegen wanneer het karakter van de hulpverlenersrelatie bij de seksuele handelingen geen enkele rol speelt, “in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid, en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest”. De afhankelijkheidsrelatie die normaal gesproken de relatie tussen hulpverlener en patiënt of cliënt beheerst, mag met andere woorden bij de seksuele handelingen geen enkele rol hebben gespeeld. Dat de patiënt of cliënt vrijwillig in de seksuele handelingen van de hulpverlener is meegegaan, is dus niet voldoende. Kortom, er is sprake van ontucht in de relatie tussen hulpverlener en patiënt of cliënt als niet is voldaan aan het criterium dat de seksuele handelingen in volledige vrijwilligheid en volstreekte onafhankelijkheid hebben plaatsgevonden.

Tegenhouden

Over de mate van de vereiste vrijwilligheid en onafhankelijkheid laten rechters geen misverstanden bestaan. De gedragingen zijn niet slechts strafbaar als ze onder dwang hebben plaatsgevonden, want dan kan de straf nog zwaarder worden. Van volstreekte vrijwilligheid is evenmin sprake als wordt aangevoerd dat de patiënt of cliënt geen verzet heeft geboden, want dan zou de bescherming tegen het vanuit de aard van zijn of haar beroep bestaande natuurlijke overwicht van de hulpverlener vrijwel illusoir worden. Ook de hulpverlener die nalaat zijn patiënt of cliënt tegen te houden als de seksuele handelingen op initiatief van de patiënt of cliënt plaatsvinden, kan zich aan dit misdrijf schuldig maken, aldus een uitspraak van de Hoge Raad uit 2003.

Altijd aangifte

Veel hulpverlenersinstellingen zijn zo verstandig om het verrichten van seksuele handelingen door medewerkers met patiënten of cliënten via interne protocollen te verbieden. Strikt genomen is er echter geen man overboord indien een dergelijk protocol niet geïmplementeerd blijkt te zijn, aangezien het verbod ook een wettelijke basis heeft. Daarop kan altijd worden teruggevallen. Het gaat hier om een zogenoemde algemene in het rechtsbewustzijn levende norm. Verder heeft de wetgever hieraan nog enige bijzondere wettelijke faciliteiten toegevoegd waarvan de belangrijkste is dat de strafrechtelijke verjaringstermijn een aanvang neemt nadat de patiënt of cliënt de meerderjarige leeftijd heeft bereikt. Tussen hulpverlenersinstellingen en de politie zijn afspraken gemaakt dat bij het bekend worden van dergelijke seksuele handelingen altijd aangifte zal worden gedaan.

Verstrekkende gevolgen

De gevolgen van het begaan van het misdrijf kunnen verstrekkend zijn. Het kan een rechtsgeldig ontslag op staande voet opleveren. Er kan een tuchtrechtelijke veroordeling volgen. Zowel de tuchtrechter als de strafrechter kunnen als straf tevens opleggen dat de veroordeelde zijn beroep niet meer mag uitoefenen. Afhankelijk van de vraag of de cliënt of patiënt lichamelijke of geestelijke nadelen aan de seksuele handelingen heeft ondervonden kan de civiele rechter de hulpverlener veroordelen tot het betalen van schadevergoeding. De werkgever kan de ontslagen hulpverlener aansprakelijk stellen voor de financiële gevolgen van de onverwilde beëindiging van het dienstverband.

Het zal duidelijk zijn dat werkgevers alle belang hebben bij het voorkomen van seksuele handelingen tussen de hulpverleners die zij in dienst hebben en de patiënten en cliënten die zij willen helpen. De gevolgen van het aangaan van dergelijke seksuele betrekkingen voor de patiënt en cliënt worden door de betrokken hulpverlener nog wel eens onderschat, evenals de consequenties die dat voor de hulpverlener kan hebben als de relatie uitkomt. Als werkgever bent u er in ieder geval verantwoordelijk voor om een omgeving te creëren waarin dit soort gedragingen zoveel mogelijk wordt voorkomen en waarin de patiënt of cliënt zich veilig en vrij voelt om ermee naar buiten te treden. Dat begint met heldere voorlichting en eenduidige sancties.

6.2 Regeling ter bescherming van klokkenluiders

Als werkgever kan het ook u overkomen. Een werknemer die plotseling vermeende misstanden binnen uw bedrijf naar buiten brengt. Het overkwam in 1998 de Europese Commissie met EU-ambtenaar Paul van Buitenen in de hoofdrol. Deze storm heeft geleid tot een gedragscode van de Stichting van de Arbeid (het overlegorgaan tussen werkgevers en werknemers dat de overheid adviseert). Deze code kan verstrekkende gevolgen hebben bij de beslechting van arbeidsconflicten.

Wat is klokkenluiden? Volgens de Stichting van de Arbeid is klokkenluiden “het door een werknemer naar buiten toe bekend maken aan personen die mogelijk actie daartegen zouden kunnen ondernemen, van vermoedens van illegale of amorele praktijken die plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van de werkgever en waarbij een groot maatschappelijk belang in het geding is.”

De Stichting van de Arbeid heeft bij de totstandkoming van haar verklaring oog gehad voor de belangen van ondernemingen bij een dergelijke regeling. Een onderneming kan immers door een wilde actie van een werknemer behoorlijk in diskrediet worden gebracht. Dat leidt vaak – niet zelden onterecht – tot aanzienlijke imagoschade. Daarnaast komt de arbeidsverhouding onder grote spanning te staan. Uit onderzoek bleek dat zowel werkgevers als werknemers behoefte hadden aan een gedragscode.

Misstanden of misverstanden?

Centraal in de gedragscode van de Stichting van de Arbeid staat dat de werkgever zelf zorg dient te dragen voor een interne voorziening, bijvoorbeeld een vertrouwenspersoon, waar werknemers hun vermoedens van misstanden kunnen melden. De Stichting moedigt een bedrijfscultuur aan waarin sprake is van transparantie, zorgvuldigheid en integriteit. Werknemers en werkgever moeten elkaar de ruimte kunnen geven voor het uiten van kritiek zonder dat afwijkend gedrag meteen de kop wordt ingedrukt. Een dergelijke bedrijfscultuur draagt naar de mening van de Stichting bij aan het voorkomen van misstanden, die overigens vaak ook misverstanden blijken te zijn.

Uiteindelijk ontkomen werkgevers volgens de Stichting van de Arbeid niet aan een duidelijke formele regeling. Dan zal het voor werknemers duidelijk zijn waar zij een melding kunnen doen en hoe de procedure in elkaar steekt. De werknemer heeft er recht op te weten wat er met zijn melding gebeurt, hoe hij over het vervolg zal worden geïnformeerd en wat de verdere stappen zullen zijn.

Eerst intern bespreken

Werknemers worden pas geacht vermeende misstanden binnen uw onderneming naar buiten te brengen als er binnen uw onderneming niets met hun ver-

moedens wordt gedaan. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als u oordeelt dat de geuite vermoedens ongefundeerd zijn. Maar ook als u de uitkomsten van uw onderzoek niet aan de melder terugkoppelt, kan de betrokken werknemer zijn vermoedens van misstanden ongestraft naar buiten brengen. Met elkaar communiceren is ook hier het devies. Net zo lang met elkaar in gesprek blijven tot uw standpunten met elkaar zijn te verenigen.

Inmiddels heeft het neusje van de zalm van ondernemend Nederland een interne bedrijfsregeling waar werknemers vermeende misstanden kunnen melden. Koninklijke Shell Nederland heeft een centrale vertrouwenspersoon aangesteld. De Algemene Rekenkamer heeft een vertrouwenspersoon integriteit. Bij Philips kunnen medewerkers zelfs 24 uur per dag en 7 dagen per week met hun klachten bij een 'hotline' terecht. Ook elders zijn er integriteitscodes opgesteld.

Uitzonderingen op de regel dat de werknemer vermeende misstanden eerst intern dient te melden zijn er volgens de Stichting van de Arbeid ook. Een uitzonderingssituatie is bijvoorbeeld de vrees dat bewijsmateriaal betreffende het vermoeden zal worden verduisterd of vernietigd. Duidelijke aanwijzingen voor represailles is ook een uitzonderingsgrond, evenals andere acute gevaardreiging. Op grond van art. 160 van het Wetboek van Strafvordering is de werknemer immers verplicht bij justitie aangifte te doen.

Media vermijden

Van de werknemer die een misstand extern meldt, mag worden verlangd dat hij "de meest in aanmerking komende instantie" benadert. Hij moet daarbij oog blijven houden voor het belang van de onderneming bij zo gering mogelijke schade. Het ligt volgens de Stichting van de Arbeid voor de hand dat de externe melding allereerst wordt gedaan bij de bevoegde instanties en niet bij de media. Het zal niet eenvoudig zijn voor de klokkenluider om aannemelijk te maken waarom de gang naar de media noodzakelijk was om de misstand aan de orde te stellen.

Naar het oordeel van de Stichting van de Arbeid verdient een klokkenluider die zorgvuldig handelt bescherming. De werknemer die de door de Stichting uitgezette procedurepaden doorloopt zal handelen als een goed werknemer. Als het onverhoopt tot een procedure moet komen, bijvoorbeeld ter beëindiging van het dienstverband, zal het correcte handelen van de werknemer niet tot enig nadeel voor hem mogen leiden, zo luidt de wat cryptische omschrijving. Het gevolg kan met andere woorden zijn dat de betrokken onderneming dan een flinke gouden handdruk aan de betrokken werknemer verschuldigd is.

Hoewel dat niet met zoveel woorden staat beschreven, vloeit uit deze gedragscode ook voort dat de werkgever die deze procedurele regels correct volgt, geacht zal worden als een goed werkgever te hebben gehandeld. Als desondanks een werknemer met vermeende mis(ver)standen naar de media stapt, heeft u als werkgever een betere kans om het verwijtbare handelen van uw werknemer bij de rechter aan de orde te stellen. U heeft dan immers – in tegenstelling tot de klokkenluider binnen uw bedrijf – juist gehandeld.

6.3 Rechtbank: klokkenluider bracht misstand binnen bedrijf terecht naar buiten

Een werknemer mag een met de werkgever overeengekomen geheimhoudingsverplichting schenden als er sprake is van een misstand waartegen zijn werkgever onvoldoende onderneemt. Hij dient die misstand dan wel eerst intern onder de aandacht van zijn werkgever te hebben gebracht. En als hij naar buiten treedt moet hij dat wel zorgvuldig doen. Dat blijkt uit het vonnis van de rechtbank Amsterdam d.d. 9 juli 2003. Dit vonnis is gepubliceerd in JAR 2003, 191. De rechtbank past hiermee onverkort de nieuwe Gedragscode Klokkenluiders toe zoals door de Stichting van de Arbeid is gepubliceerd.

De casus is als volgt. De werknemer is als internist in loondienst geweest van het farmaceutisch bedrijf Organon. In die functie hield hij zich bezig met het testen van een nieuw geneesmiddel voor hartpatiënten. In november 1998 kreeg hij van zijn werkgever de instructie structureel de dosering van de medicijnen bij de betrokken patiënten te verlagen. De internist maakte hiertegen eerst intern bezwaar. Hij verwachtte namelijk dat er mogelijk gezondheidsrisico's zouden ontstaan bij de patiënten. Toen hij bij de directie van Organon onvoldoende gehoor vond, zond hij op 30 mei 1999 een brief aan de medisch-ethische commissies van de betrokken opdrachtgevers. Zijn arbeidsovereenkomst is vervolgens op verzoek van Organon door de kantonrechter ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 700.000,-. Organon startte vervolgens een bodemprocedure tegen de internist. Daarin stelde het dat de internist zijn contractuele geheimhoudingsverplichting had geschonden. Organon vorderde daarbij vergoeding van de geleden schade. De kantonrechter wees die vordering aan Organon toe. In hoger beroep kreeg de internist echter alsnog van de rechtbank gelijk en is het vonnis van de kantonrechter vernietigd.

Brandbrief

Voordat de internist zijn brief aan de medisch-ethische commissies in diverse betrokken landen toezond, had hij zijn bezwaren tegen de gewijzigde aanpak aan de directie van Organon kenbaar gemaakt met een zogenoemde position paper en twee memo's. Daaraan voorafgaand had hij zich tegenover de medische directeur van Organon in een gesprek bereid verklaard mee te werken aan het voorleggen van zijn bezwaren aan een groep onafhankelijke deskundigen. Partijen konden het echter niet eens worden over de personen van die groep van deskundigen. Organon wilde van zijn zijde twee deskundigen benoemen en de internist zou er een mogen benoemen en de meerderheid zou uitsluitend moeten geven. De door Organon voorgedragen deskundigen bleken nauwe banden met Organon te hebben en elkaar goed te kennen. De internist protesteerde dan ook tegen deze handelwijze en schreef toen aan de medisch-ethische commissies van de opdrachtgevers de brandbrief. Organon besloot

daarop dat de arbeidsovereenkomst met de internist door de kantonrechter ontbonden diende te worden, met het besproken resultaat.

Organon stelde in de bodemprocedure voor de kantonrechter dat de internist tekort zou zijn geschoten in zijn contractuele verplichtingen jegens Organon. In het bijzonder zou de internist volgens Organon zijn schriftelijk vastgelegde geheimhoudingsverplichting hebben geschonden. Organon stelde de internist op grond hiervan aansprakelijk voor de geleden schade en vorderde vergoeding hiervan.

Conflict van plichten

De rechtbank stelt in hoger beroep vast dat de internist in een conflict van plichten is komen te verkeren. Zijn geheimhoudingsplicht en de plicht zich ook verder als goed werknemer te gedragen, botsten met zijn plicht om als arts en clinical expert patiënten te beschermen tegen onnodige risico's bij deelname aan een experimenteel onderzoek naar de juiste dosering van het geteste medicijn. De rechtbank betreft hierbij dat Organon niet bestreed dat de internist zijn visie op wetenschappelijke manier heeft onderbouwd, zodat het door de internist ingenomen standpunt oprecht was.

Niet serieus genomen

Groot gewicht kent de rechtbank toe aan het feit dat de internist zijn standpunten eerst bij Organon intern ter discussie heeft gesteld. Hij heeft zijn bezwaren namelijk via twee memo's en een position paper bij de directie van Organon kenbaar gemaakt. Uit niets blijkt dat Organon naar aanleiding daarvan nog met de internist de discussie heeft gezocht. Het heeft de internist niet in de gelegenheid gesteld zijn bezwaren toe te lichten. Door deze gang van zaken kan bij de internist de indruk zijn ontstaan dat zijn bezwaren bij Organon niet serieus werden genomen en dat Organon hoe dan ook de instructie wenste door te zetten.

De rechtbank concludeert dat het onder deze omstandigheden gerechtvaardigd is dat de internist zijn bezwaren onder de aandacht heeft gebracht van de externe medisch-ethische commissies van de betrokken opdrachtgevers. Het waren namelijk die commissies die het laatste woord hadden in de beslissing of het patiëntenbelang uitvoering van het gewijzigde onderzoek rechtvaardigde. De internist hoefde er door de geconstateerde handelwijze van Organon niet op te vertrouwen dat Organon zelf de bezwaren van de internist in volle omvang aan die medisch-ethische commissies ter beoordeling zou voorleggen.

Geheimhoudingsplicht

In het conflict waarin hij verkeerde mocht de internist daarom voorrang verlenen aan zijn plicht om het patiëntenbelang te dienen boven dat van Organon.

Daarbij hecht de rechtbank belang aan de wijze waarop de internist naar buiten is getreden. Hij heeft namelijk zijn position paper vertrouwelijk ter kennisneming gegeven aan de medisch-ethische commissies van de betrokken opdrachtgevers. Die aanpak was proportioneel. Dit alles brengt met zich mee dat de schending door de internist van zijn geheimhoudingsverplichting vanwege een hoger belang gerechtvaardigd is. Het handelen van de internist is dan ook niet onrechtmatig.

De rechtbank vernietigt daarom het vonnis van de kantonrechter, wijst de vorderingen van Organon af en veroordeelt Organon in de proceskosten.

Commentaar

Dit vonnis is een schoolvoorbeeld van integrale toepassing van de nieuwe Gedragscode Klokkeluiders zoals gepubliceerd door de Stichting van de Arbeid. Het blijkt dat een werknemer zijn geheimhoudingsplicht jegens zijn werkgever mag schenden als hij een misstand signaleert waartegen zijn werkgever onvoldoende onderneemt. Dit vonnis bevestigt dat van een werknemer mag worden verlangd dat hij de misstand eerst intern aan de orde stelt. Als de werkgever vervolgens de discussie hierover met de werkgever uit de weg gaat of onvoldoende serieus neemt, mag de werknemer de misstand die hij heeft waargenomen naar buiten brengen. De werknemer dient hierbij wel proportioneel te werk te gaan. Dit vonnis onderstreept nog eens het belang van een transparante, open werk- en debatcultuur waarin de werkgever open en eerlijk de discussie met de werknemers aangaat.

6.4 Personeelsfeest eindigt fataal voor dronken medewerker

Het komt regelmatig voor dat een loyale medewerker zich op een personeelsfeest in een dronken bui ineens vreselijk misdraagt. Dat zo'n medewerker na ontslag op staande voet niet hoeft te rekenen op clementie van de kantonrechter wordt regelmatig door de rechter bevestigd. De kantonrechter te Zwolle wees over dit item op 2 september 2003 vonnis, gepubliceerd in JAR 2003, 219. Dat het wangedrag zich tijdens een personeelsfeest voordeed en dus niet op de werkplek en bovendien buiten werktijd, doet volgens de kantonrechter niet ter zake.

De medewerker werkte sinds 2000 voor het bedrijf Betonson als productiemedewerker. Tijdens een personeelsfeest in november 2002 raakte hij dronken, probeerde een van de steltlopers van een optredend duo ten val te brengen, gedroeg zich zodanig hinderlijk dat een ander artiestenduo zijn optreden voortijdig beëindigde, bediende zonder toestemming geluidsapparatuur en beledigde en bedreigde in reactie op een aanmaning een leidinggevende. Verder liep hij met ontbloot bovenlijf door de danszaal, maakte seksuele toespelingen tegenover partners van collega's, betastte een vrouwelijke collega in het kruis en urineerde tegen een tafel in de danszaal. Meerdere collega's bleken bereid deze feiten als verklaring op schrift vast te leggen. Naderhand heeft hij zijn excuses aangeboden.

Vertrouwen

Betonson moest vaststellen dat deze medewerker niet alleen door dit beschreven wangedrag haar goede naam in ernstige mate heeft bezoedeld, maar vooral zich onmogelijk heeft gemaakt bij zijn collega's en leidinggevenden. Hun vertrouwen in deze medewerker is door diens wangedrag op dit personeelsfeest onherstelbaar beschadigd geraakt. De dag nadat dit ten volle tot de directie van Betonson was doorgedrongen, ontsloeg zij deze medewerker dan ook met onmiddellijke ingang.

Omdat Betonson bij dit ontslag op staande voet niet geheel zeker was van haar zaak, heeft zij ter voorkoming van een eventuele verstrekken loonvorderingsprocedure een ontslagvergunning aangevraagd bij het CWI "voor zover vereist". Het CWI heeft deze aanvraag echter niet willen inwilligen. Het CWI vond het van belang, dat de misdragingen niet tijdens werktijd en niet op de werkplek plaats hebben gevonden. De ontslagen medewerker voelde zich gesteerd door dit oordeel van het CWI en stelde bij de kantonrechter een loonvordering tegen Betonson in. Hij stelde dat het ontslag op staande voet nietig was en vorderde terugkeer op zijn werkplek onder doorbetaling van zijn overeengekomen salaris. Volgens hem waren zijn misdragingen tijdens het noodlottige personeelsfeest niet ernstig genoeg om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen, temeer nu dit een enkel incident betrof dat zich buiten werktijd en

buiten de werkplek heeft voorgedaan. Hij voerde aan dat Betonson ervoor had gekozen tijdens die fatale personeelsavond de drank “rijkelijk te laten vloeien.”

Hoge eisen

De kantonrechter stelt in zijn oordeel voorop dat aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet hoge eisen worden gesteld. Onder andere moet er sprake zijn van een dringende reden. Of zich een dringende reden heeft voorgedaan, “hangt af van de aard en de ernst van de reden” en van alle omstandigheden van het geval, “zoals de aard en duur van het dienstverband, de wijze waarop de werknemer daaraan invulling heeft gegeven, zijn persoonlijke omstandigheden en de gevolgen voor de werknemer van dat ontslag.” De kantonrechter oordeelt dat het beschreven gedrag als ernstig wangedrag aangemerkt dient te worden. De werknemer heeft iedere norm van gebruikelijke omgang en fatsoen overschreden. Dat geldt in het bijzonder voor de geuite seksuele toespelingen, het in het kruis tasten van een vrouwelijke collega en het publiekelijk urineren. Dat de drank rijkelijk vloeide doet niets af aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer zich te beheersen. De kantonrechter vindt het van onvoldoende betekenis dat dit gedrag zich buiten werktijd en niet op de werkplek heeft voorgedaan. De kantonrechter heeft begrip voor Betonson dat zij geen enkel vertrouwen meer in deze werknemer heeft. De kantonrechter kan zich goed voorstellen dat de werknemer zich door zijn gedrag tijdens dit fatale personeelsfeest voorgoed onmogelijk heeft gemaakt bij zijn collega’s en leidinggevenden.

De kantonrechter wijst niet alleen de loonvordering van de ontslagen medewerker af. Ook de tegenvordering van Betonson wijst hij van tafel. Betonson voerde namelijk aan schade te hebben geleden doordat zij de ontspoorde medewerker met onmiddellijke ingang heeft moeten ontslaan zonder gebruik te hebben kunnen maken van de gebruikelijke opzegtermijn. De kantonrechter vond deze tegenvordering te ver gaan. Er is namelijk niet gebleken dat Betonson door dit ontslag met onmiddellijke ingang organisatorische problemen heeft ondervonden die extra kosten met zich hebben meegebracht. De kantonrechter betreft hierbij dat tot aan dit spoedeisende ontslag niets op het functioneren van de werknemer aan te merken is geweest.

Geen onmogelijke opgave

Dit vonnis bewijst weer eens dat een ontslag op staande voet geen onmogelijke opgave is. Veel werkgevers denken dat kantonrechters in het algemeen nogal werknemersvriendelijk oordelen en een ontslag met onmiddellijke ingang tegenhouden. Als er echter onomwonden en aantoonbaar sprake blijkt te zijn geweest van onvertogen, ronduit beschamende misdragingen, gaat die vlieger duidelijk niet op. Ook niet als de betrokken medewerker steeds goed heeft gefunctioneerd. Wel stelt de kantonrechter hoge eisen aan de ernst van de misdragingen. Met dit vonnis wordt helder dat het eigenlijk niet uitmaakt of

dit wangedrag buiten de gebruikelijke werktijd en op een andere plaats dan de gebruikelijke werkplek voordoet. Ook is het niet van belang of er een verband bestaat met de overeengekomen werkzaamheden. Het lijkt voldoende te zijn dat door ernstige misdragingen in het bijzijn van collega’s en leidinggevenden het vertrouwen in de zich misdragende medewerker onherstelbaar beschadigd is geraakt.

6.5 Ontbreken arbobeleid tegen pesten geen reden voor opleggen straf

Een werknemer was door meerdere collega's gedurende een langere periode zodanig belaagd dat zijn gezondheid ernstige schade was toegebracht. Vast was komen te staan dat zijn werkgever had nagelaten een beleid te voeren ter bescherming van werknemers tegen seksuele intimidatie, agressie en geweld. Art. 4 van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbowet) verplicht de werkgever tot het voeren van zo'n beleid. Het ontbreken hiervan is strafbaar. Het Openbaar Ministerie besloot daarom deze werkgever strafrechtelijk te vervolgen. De economische politierechter in Leeuwarden sprak de werkgever echter op meerdere gronden vrij.

In deze zaak stelde de economische politierechter vast dat de werkgever had nagelaten het wettelijk verplichte beleid te voeren om werknemers te beschermen tegen seksuele intimidatie, agressie en geweld. Verder stelde hij vast dat de betrokken werknemer door meerdere collega's gedurende langere tijd was belaagd waarbij diens gezondheid ernstige schade was toegebracht. Ten slotte constateerde hij dat de werkgever met deze onheuse bejegening bekend was en daar niet adequaat op had gereageerd. Er was echter niet vast komen te staan dat de werknemer geen gezondheidsschade zou hebben opgelopen als het wettelijk verplichte beleid wel doorgevoerd zou zijn geweest. Het tenlastegelegde kon daarom niet wettig en overtuigend worden bewezen, zodat volgens de economische politierechter vrijspraak diende te volgen.

De economische politierechter ging daarnaast uitvoerig in op de strafbaarstelling zelf. Hij overwoog dat het strafrecht gereserveerd dient te blijven voor ernstige inbreuken op de rechtsorde. Handhaving van beleid dient bij voorkeur via het bestuursrecht plaats te vinden, bijvoorbeeld door bestuurlijke boetes op te leggen. Overtreding van wettelijke regels die mogelijk leiden tot ongevallen met dodelijke afloop of ernstig letsel dan wel leidend tot blijvende gezondheidsschade brengen daarentegen wel een ernstige inbreuk op het rechtsgevoel met zich mee. Dan past geen afdoening met een bestuurlijke boete. De economische politierechter verwees daarvoor naar de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Arbowetgeving.

Het ontbreken van het wettelijk vereiste beleid tegen seksuele intimidatie, agressie en geweld leidt volgens de Arbowet tot een overtreding waarvoor in eerste instantie uitsluitend een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Pas als twee maal binnen 48 maanden een bestuurlijke boete is opgelegd, kan een strafrechtelijke veroordeling volgen. In deze zaak stond vast dat de betrokken werkgever niet eerder een boete was opgelegd wegens het ontbreken van dit beleid. De economische politierechter concludeerde dan ook dat als het tenlastegelegde wel bewezen had kunnen worden (en dus niet tot vrijspraak zou hebben geleid) dit geen strafbaar feit zou hebben opgeleverd (JAR 2003, 260).

Commentaar

Overtreding van arboregels mag niet per definitie tot een strafrechtelijke vervolging en veroordeling leiden. Deze uitspraak bevestigt dat strafrechtelijke vervolging van de ondernemer die de arbowetgeving niet adequaat naleeft niet voor de hand ligt. Strafrechtelijke vervolging en veroordeling vindt doorgaans uitsluitend plaats als levens- of ernstige gezondheidsbedreigende situaties zijn ontstaan. De ondernemer die zich bij herhaling aan relatief onschuldige overtredingen schuldig maakt, is evenmin van strafrechtelijke vervolging gevrijwaard. In andere gevallen zal blijken dat strafrechtelijke vervolging door het Openbaar Ministerie een te zwaar middel is. Als strafrechtelijke vervolging dan toch plaatsvindt, kan het verdedigen daartegen zeer zinvol zijn. Waarmee niet is gezegd dat u als ondernemer zomaar de arboregels aan uw laars kan lappen. Vergeet niet dat de Arbeidsinspectie in 2002 langs de soepelere bestuursrechtelijke weg in 2.511 zaken voor een totaal bedrag van 5,9 miljoen euro aan boetes heeft opgelegd.

6.6 Medewerkers alleen in uitzonderlijke situaties aansprakelijk voor schade

“In het arbeidsrecht lijkt het er sterk op dat ik als werkgever bij het minste en geringste moet opdraaien voor de schade die mijn medewerkers tijdens hun werk lijden. Maar hoe zit dat omgekeerd? Wat als mijn medewerkers schade veroorzaken aan mijn bedrijfseigendommen, zoals aan de bedrijfsauto? Of de verkeersboetes die zij oplopen? En hoe zit het bijvoorbeeld als het geld verdwijnt dat een van mijn medewerkers voor mij beheert? Ik heb gehoord dat het niet eenvoudig is mijn medewerkers voor dergelijke schade aansprakelijk te houden. Kan ik desalniettemin zulke schade op mijn beurt zonder meer op hen verhalen? Wat is daarvoor nodig?”

De wetgever heeft de mogelijkheden begrensd om als werkgever uw medewerkers voor de door hen veroorzaakte schade aansprakelijk te kunnen houden. Die begrenzing ligt vast in art. 7:661 BW: “De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is te dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.” Het is dus opzet of bewuste roekeloosheid die de werknemer aantoonbaar moet hebben gebracht tot het veroorzaken van de schade aan uw bedrijfseigendommen.

De gepubliceerde rechtspraak vertoont over de afgelopen jaren een kleurrijk, maar tegelijkertijd wanhopig beeld over de beperkte mogelijkheden om als werkgever de werknemer aansprakelijk te houden. Gerechtelijk afgewezen zijn bijvoorbeeld de vordering op de werknemer die met de heftruck onder meer de voorgevel van een magazijn had vernield, de vordering op de werknemer die een laptopcomputer onbeheerd in zijn auto had achtergelaten, de vordering op de werknemer die op een parkeerterrein een doos Fuji-films had achtergelaten, de vordering op de werknemer die aanzienlijke kastekorten niet kon verklaren en de vordering op de werknemer die niet-winstgevende transacties had afgesloten.

Opzet of bewuste roekeloosheid

Rechters nemen dus niet zonder slag of stoot aan dat door werknemers veroorzaakte schade is veroorzaakt als gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid. Bij de beantwoording van de vraag of sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid nemen rechters, ingefluisterd door de Hoge Raad, steevast mee “het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met dergelijke zaken de gebruiker daarvan licht ertoe zal bewegen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is”. Deze geleerd klinkende zin is de juridische vertaling van de volkswijsheid dat een ongeluk in een klein hoekje zit. Er moet met andere woorden meer aan de hand zijn dan een ongeluk dat door lichtvaardige onvoorzichtigheid of onoplettendheid is veroorzaakt.

Van bewuste roekeloosheid is in de definitie van de Hoge Raad pas sprake als de dader zich aantoonbaar “tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, van het roekeloze karakter van zijn gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.” Opzet of bewuste roekeloosheid wordt bijvoorbeeld aangenomen als de schade is ontstaan terwijl uw werknemer onder invloed van te veel alcohol verkeerde. Het besturen van een motorvoertuig met meer dan de toegestane hoeveelheid alcohol is een voorbeeld van een misdrijf. Bij een veroordeling wegens een misdrijf staat juridisch vast dat het feit waarvoor uw werknemer is veroordeeld door zijn opzet of bewuste roekeloosheid heeft plaatsgevonden.

Als een misdrijf bij een verkeersongeval een rol heeft gespeeld, kan dat vrij eenvoudig worden aangetoond. Als een veroordelend (openbaar) strafvonnis is uitgesproken of een proces-verbaal is opgemaakt, kunt u proberen hiervan een afschrift te bemachtigen via de griffie van de rechtbank. Deze dienen te worden verstrekt als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Onder andere dient u bij de verkrijging ervan een rechtstreeks belang te hebben. Processen-verbaal van aanrijdingen kunnen rechtstreeks aan belanghebbenden worden verstrekt via de Stichting Processen-Verbaal (zie www.stichtingpv.nl).

Autoschade

Als uw medewerker schade veroorzaakt aan de leaseauto die u hem ter beschikking heeft gesteld dan zal hij die schade doorgaans niet hoeven te vergoeden als die schade is ontstaan tijdens het uitvoeren van zijn werkzaamheden. Als uw medewerker tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden gebruik maakt van zijn eigen auto en hij daarmee schade oploopt, dient u uw medewerker zelfs daarvoor schadeloos te stellen. Dat is in 1992 door de Hoge Raad uitgemaakt. In die zaak ging het om een medewerker die in opdracht van zijn werkgever met zijn eigen auto een pakje wegbracht. Terwijl hij die opdracht uitvoerde, veroorzaakte hij een aanrijding, waardoor zijn auto total loss raakte.

Verkeersboetes

Uit dit stelsel vloeit voort dat u boetes voor verkeersovertredingen die tijdens het verrichten van de werkzaamheden zijn begaan in beginsel evenmin bij de betrokken medewerker kunt terughalen. Op het gebruikelijke beding in autoregelingen dat bekeuringen voor rekening van de betrokken medewerker komen, kunt u dan geen rechtsgeldig beroep doen. Dat is pas anders als de werknemer de bekeuring heeft opgelopen buiten werktijd of als die bekeuring is ontstaan als gevolg van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Opzet of bewuste roekeloosheid wordt bij bekeuringen wegens verkeersovertredingen echter niet snel aangenomen. Anders dan bij misdrijven kan een boete wegens een verkeersovertreding namelijk ook worden opgelegd zonder dat aangetoond hoeft te worden dat die opzettelijk is begaan. Van snelheids- en parkeerovertredingen

nemen rechters snel aan dat deze zijn begaan door lichtvaardige onvoorzichtigheid of onoplettendheid.

Naar aanleiding van vragen die door de Belastingdienst in het kader van de heffingen loonbelasting waren opgeworpen, heeft de Hoge Raad zich in 2001 over dit vraagstuk uitgesproken. De betrokken werkgever hield zich bezig met distributie, overslag en expeditie. Het bedrijf had ongeveer 100 vrachtauto's op de weg. Met elke vrachtwagen werd jaarlijks meer dan 100.000 kilometer gereden. De chauffeurs van deze vrachtauto's kregen regelmatig boetes, onder meer wegens snelheidsovertredingen. De werkgever poogde het bedrag van deze boetes op zijn werknemers te verhalen. Dat mislukte. Onder verwijzing naar art. 7:661 BW oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever zelf de schade dient te dragen van de schade die aan hem of aan derden door de schuld van de werknemer is toegebracht bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, "derhalve ook de door de werknemer veroorzaakte verkeersboetes."

In 2008 heeft de Hoge Raad deze uitspraak genuanceerd: "Een wettelijke grondslag voor verhaal op de werkgever van die, in het arrest HR van 3 januari 2001 buiten beschouwing gebleven, boetes ontbreekt, met dien verstande dat niet valt uit te sluiten dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden op grond van art. 7:611 BW gehouden is een boete voor zijn rekening te nemen, bijvoorbeeld indien hij het begaan van de desbetreffende overtreiding heeft bevorderd." Tegenwoordig oordeelt de Hoge Raad dus dat werkgevers aan hen opgelegde verkeersboetes wél op hun medewerkers mogen verhalen als die verkeersovertredingen door hun medewerkers zijn begaan en de werkgever het ontstaan van die overtreidingen niet heeft bevorderd.

Verzekeringsvergoeding

Als werkgever heeft u voor een beperkt aantal gevallen een ontsnappingsmogelijkheid. In lid 2 van het geciteerde art. 7:661 BW heeft onze wetgever namelijk bepaald dat afwijking ervan ten nadele van de werknemer alleen mogelijk is "bij schriftelijke overeenkomst en slechts voor zover de werknemer te dier zake verzekerd is". Met name bij het laten gebruiken van de eigen auto van de werknemer voor het uitvoeren van de overeengekomen werkzaamheden is het verstandig een kilometervergoeding te verstrekken waarin een vergoeding voor een autoverzekering inclusief volledige cascodekking inbegrepen is en dit met zoveel woorden in de arbeidsovereenkomst vast te leggen. Verkeersboetes kunt u er echter niet mee afdekken, eenvoudigweg omdat deze niet verzekeraar zijn.

Wanprestatie

U kunt dus slechts bij hoge uitzondering van uw medewerkers vergoeding vorderen van de schade die zij veroorzaakt hebben bij het uitvoeren van de met hen overeengekomen werkzaamheden. Schade die door uw medewerkers wordt

veroorzaakt omdat zij opzegtermijnen of toezeggingen niet nakomen, komt daarentegen wel vrij eenvoudig voor vergoeding in aanmerking. Denk bijvoorbeeld aan de medewerker die zich van de ene op de andere dag niet meer laat zien. Of aan de medewerker die niet zijn toezegging nakomt om een lopend project te voltooien. De werknemer die opzettelijk of door zijn schuld aanleiding heeft gegeven voor zijn ontslag op staande voet of ontbinding wegens een dringende reden, kan eveneens worden verplicht schadevergoeding te betalen. De schade wordt in zulke gevallen bijna altijd gelijk gesteld aan het salaris dat uw medewerker zou hebben ontvangen als hij de voor hem geldende opzegtermijn in acht had genomen. Ook is een geval bekend waarbij de schadevordering van de werkgever is toegewezen omdat de in dienst getreden medewerker om verwijtbare persoonlijke redenen niet op zijn eerste werkdag kwam opdagen. De schade bestond in dat geval uit de kosten van een medische keuring en die van een psychologische toelatingstest.

Tips

- *Keer aan uw medewerkers die bij het uitvoeren van de met u overeengekomen werkzaamheden gebruik maken van hun eigen auto een kilometervergoeding uit waarin een vergoeding voor het afsluiten van een autoverzekering met volledige cascodekking is begrepen. Leg dit nadrukkelijk in de arbeidsovereenkomst vast.*
- *Probeer bij een ongeluk dat door uw medewerker tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden is veroorzaakt uit te vinden of dat ongeluk door zijn opzet of bewuste roekeloosheid is ontstaan. Vraag zo mogelijk de politie om een proces-verbaal op te maken.*
- *Vorder op grond van wanprestatie en wegens het niet in acht hebben kunnen nemen van de opzegtermijn schadevergoeding van de medewerker die opzettelijk of door zijn schuld aanleiding heeft gegeven voor zijn ontslag op staande voet of ontbinding wegens dringende reden.*

6.7 Geen ontslag voor caissière die klap uitdeelt

Winkelpersoneel dat lastige klanten te lijf gaat. Het verschijnsel lijkt de laatste jaren schering en inslag te zijn. Soms leidt dat tot strafrechtelijke vervolging, zoals in de zaak Anja Joos en in de zaak waarin Prins Bernhard zich opwierp als beschermengel van winkelpersoneel. De vraag is waar de grenzen liggen. Tot hoever mogen je medewerkers gaan in het terechtwijzen van je klanten? Aanhouden bij het betrappen op staande voet mag nog wel, maar iemand na aanhouding een gebroken neus bezorgen niet meer. Daarnaast is het de vraag wanneer je de medewerker die een klant een klap heeft bezorgd mag ontslaan. Over deze laatste casus oordeelde de kantonrechter te Zaandam op 3 november 2005 (JAR 2005/263). Tot slot is het de vraag welke maatregelen een werkgever het beste kan nemen om te voorkomen dat hij voor de eventuele gevolgen van een handgemeen aansprakelijk wordt gehouden.

De casus

Onder de ogen van een caissière van een Aldi supermarkt te Zaandam gedraagt een groep van vijf jongeren zich vervelend. Zij klieren en er wordt geschreeuwd. De caissière sommeert de jongeren “op niet mis te verstane wijze” dat de jongens de winkel dienen te verlaten. Dat lukt met veel moeite. Buiten raakt de caissière, “zelf moeder van vijf kinderen, waaronder drie grote jongens”, slaags met een van hen. Deze nogal groot uitgevallen jongen maakt een slaande beweging naar haar, waarna zij hem met de vlakke hand een klap verkoopt. De aanwezige assistent-bedrijfsleider komt erbij, maar onderneemt geen verdere actie tegen de caissière. De jongen doet echter aangifte van mishandeling. De wijkagent komt vragen stellen. De bedrijfsleiding krijgt er lucht van. Aldi ontslaat de caissière naar aanleiding hiervan op staande voet.

De werkneemster is genooddaakt tegen haar werkgever een kort geding te beginnen. Daarbij vordert zij doorbetaling van loon en werkhervatting. Aldi blijft er echter bij het gedrag van de caissière onacceptabel te vinden. Zij had volgens Aldi in deze situatie de bedrijfsleider moeten waarschuwen overeenkomstig de daarvoor uitgevaardigde instructies. Aldi verwijt haar medewerkster dat ze dat niet heeft gedaan. Haar optreden was volgens Aldi in strijd met het klantvriendelijke beleid dat Aldi voert en plaatst volgens Aldi de winkel in een kwaad daglicht.

Geen wraakzucht

De kantonrechter stelt zich vierkant op achter de caissière. Naar zijn oordeel gaat elke vergelijking mank met eerdere geruchtmakende zaken waarbij agressieve winkelmedewerkers slaags raakten met klanten. Hij oordeelt dat in deze zaak geen sprake is “van een wraakzuchtige medewerkster die samen met anderen een (vermeende) winkeldief of een andere onverlaat achtervolgde om deze na aanhouding in elkaar te kunnen slaan.” Daarentegen was deze caissière

in de woorden van de kantonrechter “een stoere Surinaamse huismoeder, die haar mannetje staat richting brutale pubers.”

In zijn vonnis benadrukt de kantonrechter dat het misschien niet verstandig was van de caissière om een van de jongens een draai om de oren te verkopen. Maar dat is op zichzelf onvoldoende reden om ontslag op staande voet te rechtvaardigen. De kantonrechter betreft hierbij de omstandigheden van het geval. Hij beschrijft dat de caissière de jongen “kordaat” de winkel heeft uitgezet. “Daarna heeft een van die jongens het bestaan om zijn hand op te heffen tegen deze vrouw, die zijn moeder had kunnen zijn, waarna zij hem een draai om de oren heeft verkocht.”

De vorderingen van de werkneemster wijst de kantonrechter dus toe. Hij voegt daaraan toe dat belaagde medewerkers in situaties als deze de steun van hun werkgever verdienen. De werkgever mag zich dan niet verschuilen achter door hem opgestelde ‘spelregels’. De kantonrechter: “Ik snap best dat Aldi liever niet betrokken wil worden bij dergelijke incidenten, maar het probleem is dat Aldi dat niet voor het zeggen heeft, omdat allerhande lastpakken haar winkels nu eenmaal niet links laten liggen. Aldi zal hebben te accepteren dat haar werknemers daardoor gemakkelijk in crisissituaties terecht komen. Belaagde werknemers verdienen in beginsel de steun van hun werkgever.”

Commentaar

De afgelopen tijd waren zaken als deze regelmatig in het nieuws. Hoe moet je als werkgever je winkelpersoneel om laten gaan met lastige klanten? Op het eerste gezicht lijkt deze uitspraak van de kantonrechter in tegenspraak met eerdere geruchtmakende zaken van winkelpersoneel dat lastige klanten te lijf ging. Nog vers in het geheugen staat de zaak waarin Prins Bernhard een medewerker van een Albert Heijn in Amsterdam financieel te hulp schoot nadat deze een boete had gekregen omdat deze medewerker een dief een gebroken neus had geslagen. Een andere zaak was die van zwerfster Anja Joos die door medewerkers van supermarkt Dirk van den Broek werd doodgeslagen nadat zij haar hadden verdacht van winkeldiefstal.

Toch verschillen de genoemde geruchtmakende zaken in meerdere opzichten essentieel van de hier besproken rechterlijke uitspraak. Het meest in het oog springend verschil is dat in de geruchtmakende zaken sprake was van strafzaken, waarbij het betrokken winkelpersoneel door het Openbaar Ministerie werd vervolgd en door de rechtbank werd veroordeeld voor zijn daden. In het besproken geval ging het niet om een strafzaak maar om een civiele vordering ten overstaan van de kantonrechter door een medewerkster die vanwege betrokkenheid bij een handgemeen op staande voet is ontslagen. Nog wezenlijker is dat in de besproken casus geen gewonden of doden zijn gevallen, hetgeen in de beide genoemde geruchtmakende zaken wel het geval was.

Waar het in wezen op neer komt, is dat personeel zich uiteraard moet kunnen verdedigen als dat noodzakelijk is. Die zelfverdediging moet proportioneel zijn. In beide genoemde geruchtmakende zaken was van zelfverdediging geen sprake. Daarin was een situatie ontstaan waarbij het winkelpersoneel verder ging dan nodig was om tot aanhouding of pure zelfverdediging te komen. In de zaak waarin Prins Bernhard de winkelmedewerker financieel te hulp schoot was sprake van een verwonding waarvan de rechtbank had geoordeeld dat die niet nodig was geweest. Daarin sloeg de winkelmedewerker de ander namelijk een gebroken neus nadat hij de man reeds had aangehouden. In de zaak Anja Joos leidde het handgemeen zelfs tot de – uiteraard onnodige – dood van de klant. Dat is een levensgroot verschil.

Kennelijk heeft Aldi het beleid hoe om te gaan met lastige klanten vastgelegd in een instructie. Waar rechters normaal gesproken er sterk aan hechten dat personeel de instructies van de werkgever naleeft, bleek de kantonrechter daaraan in de onderhavige casus niet bepaald zwaar te tillen. Waar zijn instructies dan nog goed voor, hoor ik Aldi denken. Toch was het niet verkeerd van Aldi om een dergelijke instructie gereed te hebben. Maar Aldi heeft daarvan duidelijk verkeerde verwachtingen gehad. Zij heeft daaraan een te grote juridische status toegedicht. Uiteindelijk dienen de feitelijke omstandigheden van het geval waarin het incident zich voordeed allesbepalend te zijn, waaronder de vraag of de medewerkster uit zelfverdediging handelde en of zij verder is gegaan dan nodig was.

Bovendien is alleen een instructie in juridisch opzicht onvoldoende. De Arbeidsomstandighedenwet legt namelijk de verantwoordelijkheid voor het ontwikkelen van beleid tegen agressie op het werk nadrukkelijk bij de werkgever. Art. 2, lid 2 van deze wet bepaalt: “De werkgever voert, binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid met betrekking tot het beschermen van werknemers tegen seksuele intimidatie en tegen agressie en geweld.” Dat Aldi hier een instructie had hoe met deze situatie om te gaan, was dus niet meer dan de magere vervulling van een wettelijke verplichting. Uit de casus blijkt echter niet dat Aldi haar medewerkers ook hierin had getraind. Er zijn uitspraken bekend waarin het ontbreken van een dergelijke training de werkgever in geval van letselschade die een medewerker had opgelopen na de confrontatie met een gewelddadige klant duur was komen te staan.

Tot slot moet het volgende worden opgemerkt. Ook in situaties waarin medewerkers voor relatief geringe vergrijpen strafrechtelijk worden veroordeeld, blijkt het niet eenvoudig te zijn hen op grond daarvan te ontslaan. Dan gelden toch de geheel eigen beoordelingsmaatstaven van het arbeidsrecht. Zoals de vraag of het vergrijp zodanig ernstig is dat de instandhouding van het dienstverband niet langer van werkgever gevergd kan worden of dat daardoor het vertrouwen in de medewerker onherstelbaar beschadigd is geraakt. Bedenkt u

zich als werkgever dus niet één maar minstens twee keer voordat u uw medewerkers rugdekking onthoudt en doe eerst gedegen feitenonderzoek naar de netelige omstandigheden waarin uw personeel eventueel onverhoopt terecht blijkt te zijn gekomen.

6.8 Jolig gedrag pakt fataal uit

Bij Scania is het gebruikelijk om zo nu en dan van het verloop van het productieproces videopnamen te maken. Aan de hand van die videobeelden wordt het productieproces verbeterd. Soms leidt het maken van die opnamen onder de verfilmde productiemedewerkers tot melige toestanden, echter niet altijd met gelukkige afloop.

In oktober 2003 vindt zo'n video-opname plaats. Er ontstaat een melige sfeer. Medewerkers trekken voor het oog van de camera gekke bekken. Een van de productiemedewerkers gaat een stap verder, trekt zijn broek naar beneden en laat zijn geslachtsdeel aan zijn collega's en de cameraman zien. De cameraman zoomt gretig in. Na afloop bekijkt de ploeg met veel jolijt de gemaakte opnamen.

Onaangename verrassing

Voor de directie van Scania pakt deze actie niet bepaald gelukkig uit. Enkele weken nadien krijgt zij namelijk werkbezoek aan wie zij ter illustratie van het verloop van het productieproces nietsvermoedend de videoband toont. Onder dat bezoek bevindt zich een vertegenwoordiger van de Zweedse toeleverancier. Het laat zich raden dat directie en bezoekers halverwege de videovertoning onaangenaam verrast raken. De directie van Scania ontslaat de verfilmde productiemedewerker dan ook op staande voet.

Om een rechtszekere situatie te verkrijgen, vraagt Scania bij de kantonrechter de arbeidsovereenkomst – voor zover nog vereist na het ontslag op staande voet – wegens dringende redenen te ontbinden. De kantonrechter concludeert dat de betrokken medewerker het vertrouwen van zijn werkgever onwaardig is geworden, maar niet zonder kritische kanttekeningen te plaatsen over de weinig voortvarende handelwijze van de werkgever. Zo vraagt de kantonrechter zich af waarom de leidinggevende die bij de video-opnamen aanwezig was, niet onmiddellijk had ingegrepen. Daarnaast constateert de kantonrechter dat de videoband al eerder intern is bekeken en dat Scania toen dus niet bepaald voortvarend heeft gehandeld.

Actief beleid

Vanwege die kritische kanttekeningen kent de kantonrechter aan de productiemedewerker een relatief kleine vergoeding toe van 5000 euro. Hij betreft daarbij dat de medewerker 16 jaar bij Scania in dienst is geweest en een smetteloze staat van dienst heeft. De vergoeding valt echter voor de werknemer laag uit omdat Scania een actief beleid voert tegen niet-respectvol gedrag. De medewerker had dus kunnen bedenken dat Scania aan zijn gedrag zwaar zou tillen. Daarnaast neemt de kantonrechter het de medewerker kwalijk zich er niet van te hebben verzekerd dat de gelaakte beelden zouden worden gewist.

De medewerker voert nog aan dat hij slechts heeft gehandeld in een jolige sfeer en dat hij zich door zijn collega's heeft laten opjatten. De kantonrechter is van dit verweer niet onder de indruk. De kantonrechter: "Allereerst rechtvaardigt dit in zijn algemeenheid al geen exhibitionistisch gedrag. Voorts geldt dat Scania juist ongewenst gedrag wil voorkomen en, voor zover aan de orde, wil uitbannen."

Commentaar

Het is voorstelbaar dat de directie van Scania gemengde gevoelens zal hebben bij deze uitspraak. Zij voert een actief beleid om uitwassen als het beschreven gedrag te voorkomen. Desondanks kent de kantonrechter aan deze medewerker, die zijn boekje te buiten ging, een vergoeding toe, al is die verhoudingsgewijs gering, gelet op de lange smetteloze staat van dienst.

Wat in deze uitspraak voor de kantonrechter zwaar meetelt, is dat de leidinggevenden van de betrokken medewerker niet voortvarend hebben gehandeld. Zij grepen niet onmiddellijk in toen de opnames plaatsvonden en evenmin erna, toen de opnames werden bekeken. Eigenlijk zegt de kantonrechter hiermee dat het het meest consequent zou zijn geweest als de betrokken medewerker hierop onmiddellijk zou zijn aangesproken en niet pas nadat de officiële vertoning tegenover bezoekers van de directie had plaatsgevonden.

Wat verder aan deze uitspraak opvalt, is dat de kantonrechter hoe dan ook hecht aan het feit dat Scania een actief intern beleid voert tegen ongewenst gedrag. Weliswaar kent de kantonrechter aan de betrokken medewerker een vergoeding toe, maar het is nog maar de vraag of die zo laag zou zijn uitgevallen als Scania een dergelijk beleid niet actief zou hebben geproclameerd. Dat onderstreept het belang om als werkgever vooraf heldere regels te stellen voor het gedrag dat deze als ongewenst beschouwt en die vervolgens ook strikt en actief te handhaven.

6.9 Wangedrag werkgever stelt concurrentieverbod buiten werking

Onheuse bejegening door de werkgever kan voor de werknemer aanleiding zijn om onder de werking van een concurrentiebeding uit te komen. Het gerechtshof Arnhem deed over een dergelijk geval op 4 januari 2004 een illustratieve uitspraak. Deze beschrijft kleurrijk waarom de betrokken werkgever te ver gaat bij het publiekelijk aan de schandpaal knopen van zijn werknemer.

De casus

De werknemer, Van de Kasteel, is werkzaam als verkoper. Hij heeft bij zijn indiensttreding ingestemd met een concurrentiebeding. Halverwege het dienstverband begint zijn werkgever, Exakta, hem onheus te bejegenen “in woord en geschrift”. De werknemer moet ook zijn auto inruilen voor een “mindere” auto tot het moment waarop zijn omzetcijfers weer beter worden “om hem zodoende publiekelijk te diskwalificeren”. Om hem te straffen voor een te lage omzet betaalt de werkgever bovendien zijn salaris over december 2002 pas in januari 2003 uit. In het voorjaar van 2003 degradeert de werkgever de werknemer tot “verkoper B”. De werkgever stuurt verder “als groepsfax” berichten aan alle verkopers om hen “als speciaal ontwikkelde methode” aan te sporen tot grotere prestaties. Volgens de werkgever zouden de uitlatingen daarin over de prestaties van individuele verkopers zoals die van de betrokken werknemer moeten worden vergeleken met de peptalk van een voetbaltrainer tegen zijn elftal in de pauze, “als het team achterstaat”. De uitlatingen hierin moeten volgens de werkgever met een korreltje zout worden genomen en niet persoonlijk worden opgevat.

De werknemer in deze casus vat het alles bij elkaar echter wel persoonlijk op. Bij de bekende druppel die zijn emmer doet overlopen, zegt hij zijn dienstverband op. Bij die opzegging houdt de werknemer netjes rekening met de overeengekomen opzegtermijn.

Schadeplichtig

Bij de kantonrechter vordert de werknemer de vernietiging van het overeengekomen concurrentiebeding. De kantonrechter wijst zijn vorderingen af en veroordeelt de werknemer in de proceskosten. Hiertegen gaat hij in hoger beroep. Het gerechtshof wijst de vorderingen van de werknemer wel toe.

De kantonrechter wijst de vordering van de werknemer tot vernietiging van het concurrentiebeding met een juridische reden af. De werknemer had zijn dienstverband namelijk niet opgezegd met onmiddellijke ingang wegens dringende reden (oftewel door zelf ontslag op staande voet te nemen). De wet schrijft expliciet voor dat een concurrentiebeding buiten werking blijft als een dergelijke onmiddellijke ontslagname rechtsgeldig is genomen, want daarmee

wordt de werkgever jegens de werknemer “schadeplichtig”. Omdat echter de werknemer zijn dienstverband op reguliere wijze heeft opgezegd, is volgens de kantonrechter geen sprake van een ontslag dat tot de schadeplichtigheid van de werkgever leidt.

Het gerechtshof is het op zichzelf met deze juridische redenering van de kantonrechter eens. Volgens het gerechtshof ziet de kantonrechter echter wel een ander belangwekkend juridisch gegeven over het hoofd. Dat maakt dat de uitspraak van de kantonrechter geen stand kan houden en wordt vernietigd.

Ongepast en beledigend

Allereerst stelt het gerechtshof daartoe vast “dat de uitlatingen van Exakta als volstrekt ongepast en beledigend moeten worden gekwalificeerd. Dat Van de Kasteel deze verwijten en beschuldigingen persoonlijk heeft opgevat en zich daardoor gekwetst heeft gevoeld is begrijpelijk. Het feit dat deze wijze van communiceren kennelijk bedoeld is om de verkopers aan te sporen doet daar niet aan af. Dat doel heiligt niet alle middelen.”

Aan de hand van deze vaststelling kwalificeert het gerechtshof de feiten “als het opzettelijk en systematisch beledigen en degraderen van een werknemer door een werkgever.” Dat gedrag is in strijd met de wettelijk vastgelegde algemene norm van goed werkgeverschap. Niet voor niets is wettelijk vastgelegd dat de werknemer bij dergelijk gedrag ontslag op staande voet mag nemen. Bovendien is niet voor niets in de Arbeidsomstandighedenwet vastgelegd dat de werkgever de werknemer dient te beschermen tegen agressie en geweld, die de wet nader omschrijft als “voorvallen waarbij de werknemer psychisch wordt lastiggevallen”. Exakta heeft hiermee een algemeen aanvaarde norm overschreden. “Dit handelen moet zozeer in strijd met een goed werkgeverschap worden geacht dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Exakta een beroep doet op het concurrentiebeding.”

Commentaar

Deze uitspraak past in een reeks van rechterlijke uitspraken waarbij paal en perk wordt gesteld aan misdragingen op de werkvloer. De uitspraak past bovendien in de maatschappelijke behoefte aan fatsoenlijke omgangsvormen in het maatschappelijk verkeer. Ogenscheinlijk ingeslapen wetsbepalingen die daarbij een rol kunnen spelen, worden hierbij opgepoetst en zijn door advocaten en rechters van stal gehaald om hun argumenten kracht bij te zetten. De hier besproken uitspraak is illustratief en daarom waarschijnlijk geen eendagsvlieg.

Behalve dat het gerechtshof in deze uitspraak paal en perk stelt aan beledigend gedrag van de werkgever, illustreert deze de onbeholpenheid waarmee de betrokken werkgever poogt de prestaties van zijn werknemers te stimuleren. Het is echter niet zo dat deze uitspraak werkgevers lelijk in de wielen rijdt bij

het hanteren van instrumenten om de prestaties van hun werknemers te verbeteren. Er zijn immers genoeg moderne middelen die wel acceptabel worden gevonden, zoals werken met prestatiebeloning. Bovendien zijn regelmatige functionerings- en beoordelingsgesprekken de plaats waar kritiek in de vorm van constructieve dialoog kan worden besproken. De tijd ligt achter ons dat werknemers openlijk aan de spreekwoordelijke schandpaal kunnen worden genageld door systematische mondelinge en schriftelijke intimidatie.

6.10 Aanspraak op vergoeding van buitengerechtelijke kosten beperkt

“Met een van mijn ex-medewerkers heb ik een slepend conflict. Ik heb nog een flink bedrag van hem te vorderen. Dat dreigt nu op een rechtszaak uit te lopen. Allerlei voorstellen van mijn advocaat draaien op niets uit. Mijn advocaat heeft de andere partij allerlei uitvoerige brieven met schikkingsvoorstellen geschreven en er zijn meerdere schikkingsbijeenkomsten geweest. Ondertussen lopen de rekeningen van mijn advocaat op. Het liefst wil ik naast de hoofdsom ook die kosten van mijn medewerker vorderen. Is dat mogelijk?”

Ja, het is mogelijk deze kosten van de andere partij te vorderen. Maar dan moet wel aan een aantal voorwaarden zijn voldaan. Dat zal u niet verbazen. U moet er bovendien niet op rekenen dat de wederpartij u alle kosten die u heeft moeten maken, hoeft te vergoeden.

De kosten die u voorafgaande aan een procedure moet maken, worden in juridisch jargon 'buitengerechtelijke kosten' genoemd. Als vast komt te staan dat de andere partij jegens u aansprakelijk is of jegens u toerekenbaar tekort is gekomen in de nakoming van zijn verplichtingen (ook wel wanprestatie genoemd), dient zij alle schade te vergoeden. Daaronder vallen uitdrukkelijk ook “redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte”, aldus art. 6:96 lid 2 sub c van het Burgerlijk Wetboek. Het moet dan gaan om “redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mocht worden verwacht” en/of “redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid”. Denk aan de kosten voor het moeten laten schrijven van uitvoerige brieven, het moeten inschakelen van externe adviseurs, het moeten laten verrichten van een onderzoek (bijvoorbeeld wegens fraude) en het moeten laten maken van ingewikkelde loon- en schadeberekeningen.

Proceskosten

De wetgever heeft nadrukkelijk de vergoeding voor de gemaakte buitengerechtelijke kosten onderscheiden van die voor de te maken proceskosten. Onder proceskosten worden namelijk verstaan de deurwaarderskosten voor het uitbrengen van de dagvaarding, het vastrecht dat het rechtscollege in rekening brengt voor het aanhangig maken van de procedure, de kosten die eventuele getuigen hebben moeten maken om op een getuigenverhoor te verschijnen en de kosten van de optredende gemachtigde of procureur. De wet schrijft voor dat de partij die in het ongelijk wordt gesteld door de rechter in deze kosten dient te worden veroordeeld. De rechter hoeft geen proceskostenveroordeling toe te wijzen indien het proces is gevoerd tussen ruziënde familieleden. Ook is het ongebruikelijk om in zogenoemde verzoekschriftprocedures een proces-

kostenveroordeling uit te spreken, zoals die waarbij de rechter wordt verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Beperkte omvang

De wetgever heeft uitdrukkelijk bepaald dat tot het bedrag waartoe de verliezende partij in de proceskosten wordt veroordeeld ook de kosten worden gerekend "ter voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak". Daaronder wordt volgens de richtlijnen die rechters hanteren onder meer verstaan het opstellen van de dagvaarding en het versturen van herhaalde sommatiebrieven. Een vordering van buitengerechtelijke kosten dient dan ook meer te omvatten dan de kosten die u moet maken voor het door uw advocaat laten opstellen van "een (eventueel herhaalde) sommatie, het enkel doen van een schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier."

De hoogte van de bedragen die de rechter voor buitengerechtelijke kosten en proceskosten zal toewijzen is echter onderhevig aan beperkingen. Voor toewijzing van de gemaakte buitengerechtelijke kosten geldt namelijk de 'dubbele redelijkheidstoets'. Dat houdt in dat de rechter kritisch zal bezien of de gevorderde buitengerechtelijke kosten zowel in omvang van de verrichte werkzaamheden als gelet op de aard en het financiële belang van het geschil redelijk zijn en daarmee in verhouding staan. De rechter zal de omvang van deze schadepost matigen als deze een substantieel deel uitmaakt van het volledig gevorderde bedrag.

Liquidatietarief

Voor de berekening van de proceskosten voor het gemachtigden- of procureurssalaris hanteren rechters het zogenoemde liquidatietarief. Met behulp van een puntenstelsel worden de verrichte proceshandelingen bij elkaar opgeteld en vermenigvuldigd met een bedrag dat afhankelijk is van het financiële belang van de kwestie. Ook voor de berekening van de aantoonbaar gemaakte buitengerechtelijke kosten hanteren rechters dit liquidatietarief. In de praktijk komt het erop neer dat een toewijzende proceskostenveroordeling minder dan de helft dekt van de daadwerkelijk gemaakte proceskosten.

In de dagelijkse praktijk van het arbeidsrecht blijken de meeste kantonrechters bereid te zijn een bescheiden bedrag toe te kennen voor gemaakte buitengerechtelijke kosten. Zij stellen hieraan echter wel hoge eisen. De werkzaamheden waarvoor de kosten zijn gevorderd dienen meer te hebben omvat dan het in staat van dagvaarding brengen van de kwestie. De kosten dienen bovendien te zijn gesteld en gespecificeerd en bij betwisting door de wederpartij te zijn bewezen. Verder geldt uiteraard dat moet zijn vastgesteld dat de andere partij met zijn verplichtingen jegens u daadwerkelijk in gebreke is gebleven of jegens u onrechtmatig moet hebben gehandeld. De hoogte van het toe te wijzen be-

drag kan blijkens de staffel die de kantonrechters hiervoor hanteren variëren van 37 euro in geval van een toegewezen hoofdsom van 250 euro inclusief gevorderde rente tot 5.500 euro in geval van een toegewezen hoofdsom van meer dan een miljoen euro. Een vordering van 5.000 euro kan een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten opleveren van 600 euro. De gevorderde bedragen voor de buitengerechtelijke kosten mogen worden verhoogd met de daarover verschuldigde BTW.

Verwerende partij

Tot voor kort meenden veel juristen dat de kosten voor buitengerechtelijk verrichte werkzaamheden alleen door de eisende partij konden worden gevorderd. Voor de verwerende partij bestaat namelijk op zichzelf geen juridische grondslag voor het vorderen van die buitengerechtelijke kosten. De Hoge Raad bevestigde in 1997 (NJ 1997, 651) nog eens dat procederen, ook als dat niet tot een gunstig resultaat leidt, op zichzelf niet als onrechtmatig aangemerkt kan worden. Toch kwam de Hoge Raad in 2005 (NJ 2005, 216) tot een verrassende wending. De Hoge Raad oordeelde: "Dit een en ander is niet alleen van toepassing op degene die voldoening van een vordering verlangt, maar moet van overeenkomstige toepassing worden geacht op degene op wie een ander pretendeert een vordering te hebben en die buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand maakt teneinde zich tegen die vordering te verweren." Degene die zich in een gerechtelijke procedure moet verweren, heeft met andere woorden hetzelfde recht als de eisende partij om de gemaakte buitengerechtelijke kosten te vorderen. Dat biedt mogelijkheden voor werkgevers die zich met succes kunnen verweren tegen gerechtelijke vorderingen van werknemers, zoals loonvorderingen.

Commentaar

Er bestaat veel maatschappelijke kritiek op de beperkte mogelijkheden waarop schuldeisers de door hen te maken buitengerechtelijke kosten van de andere partij vergoed kunnen krijgen. De maatschappij is door een overvloed aan regels ingewikkeld geworden. Velen klagen dat het bij een conflict bijna onontkoombaar is om juridisch advies in te winnen. Vooral als je achteraf in een procedure je vorderingen krijgt toegewezen, is het zuur te moeten merken dat een belangrijk deel van de gemaakte kosten niet voor vergoeding in aanmerking komt, zelfs niet als ze van tevoren zijn bedongen, bijvoorbeeld in algemene voorwaarden.

De Vereniging van Incasso Advocaten (VIA) gaf opdracht aan een wetenschappelijke onderzoeker bij de rechtenfaculteit van de Universiteit van Amsterdam om over de huidige gang van zaken een preadvies op te stellen. Dit werd gepubliceerd op haar jaarvergadering van 25 januari 2006. Hierin wordt de wetgever en de rechters onder meer aanbevolen:

- buitengerechtelijke kosten die van tevoren zijn bedongen alleen nog in uitzonderlijke gevallen te matigen;
- dat rechters minder rigide moeten omgaan met de door hen gehanteerde richtlijnen;
- te regelen dat de kosten van een procedure zoveel mogelijk moeten worden gedragen door degene die voor het voeren ervan verantwoordelijk is.

Een aanwezig parlementslid kondigde aan dat dit rapport aanleiding zal zijn om aan de minister van Justitie kamervragen te stellen, namelijk of via te wijzigen wetgeving tegemoet kan worden gekomen aan de maatschappelijke roep uit het bedrijfsleven om de mogelijkheden tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten te verruimen. Of daarnaast de rechters in het rapport aanleiding zullen zien hun interne richtlijn ("Rapport Voorwerk II") te herzien is op dit moment onduidelijk. Net als de minister hebben zij daarover tot nu toe nog geen uitspraken gedaan.

7.1 De valkuilen rond ontslag wegens pensionering

Onze arbeidsmarkt vergrijst. We verwachten in de nabije toekomst een tekort aan arbeidskrachten. Daarom wil de regering dat we blijven doorwerken op oudere leeftijd. Waar is eigenlijk in de wet geregeld dat we met 65 jaar met werken moeten ophouden? Waarom mag de werkgever een werknemer ontslaan omdat hij 65 jaar is geworden? Mag een werkgever een werknemer ook eerder vanwege zijn leeftijd ontslaan? Mag de wetgever wel grenzen stellen aan de maximale leeftijd waarop mag worden doorgewerkt? In welke gevallen kan sprake zijn van leeftijdsdiscriminatie? Toekomstige ontwikkelingen roepen deze vragen op.

De meeste mensen kijken reikhalzend uit naar het moment van pensionering en proberen die als het enigszins kan zoveel mogelijk te vervroegen. Toch moet u er mee rekening houden dat steeds vaker mensen na hun 65-jarige leeftijd willen blijven doorwerken. Niet alleen kan dat samenhangen met het gegeven dat mensen op oudere leeftijd vitaal blijven. Veel oudere mensen zullen betaald werken nodig hebben omdat zij onvoldoende pensioen hebben opgebouwd. Genoeg redenen dus om voor de toekomst er rekening mee te houden dat beëindiging van het dienstverband wegens leeftijd op weerstand zal stuiten.

Nergens in de wet is geregeld dat arbeidsovereenkomsten op 65-jarige leeftijd moeten worden beëindigd. Partijen zijn met andere woorden volkomen vrij dit onderling zelf te regelen. Wel is in de meeste sociale zekerheidswetgeving vastgelegd dat na 65-jarige leeftijd geen recht meer bestaat op een uitkering, zoals de werkloosheidsuitkering, de ziektewetuitkering en de arbeidsongeschiktheidsuitkering. Daarentegen ontstaat op 65-jarige leeftijd het recht op AOW-uitkering en is de fiscale wetgeving erop afgestemd dat mensen op 65-jarige leeftijd ophouden met werken.

Demografische ontwikkelingen

Ontslag wegens leeftijd is begrensd door wetgeving die discriminatie wegens leeftijd verbiedt, behalve als daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Tot nu toe wordt door rechters aangenomen dat zo'n objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is voor het ontslaan van werknemers omdat zij de leeftijd van 65 jaar hebben bereikt. De Hoge Raad heeft die redenering in 1995 goedgekeurd en in 2002 nog eens bevestigd. De Hoge Raad draagt hiervoor drie argumenten aan: "In de eerste plaats valt hierbij te denken aan het voordeel van het zonder aanzien des persoons hanteren van een objectief criterium, te weten de leeftijd van de werknemer, boven een stelsel waarin van geval tot geval door de werkgever en de werknemer gedebatteerd zou moeten worden over de vraag of de werknemer bij het klimmen der jaren nog wel in staat is de hem opgedragen taak naar behoren te vervullen. In de tweede plaats leidt het stelsel van ontslag bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd ertoe dat het vrijkomen van arbeidsplaatsen voor jongere werknemers een regelmatigere en vlottere

verloop heeft dan wanneer dat zou afhangen van de bereidheid van oudere werknemers om de door hen ingenomen arbeidsplaatsen prijs te geven. In de derde plaats wordt aan de bezwaren die ontegenzeggelijk kleven aan onvrijwillig ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd, voor een deel tegemoetgekomen doordat werknemers bij het bereiken van die leeftijd aanspraak kunnen maken op inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd." Deze overwegingen worden dus volledig gekleurd door de actuele demografische bevolkingssamenstelling.

In 2004 deed zich een bijzondere zaak voor over de vraag of KLM in de cao met haar verkeersvliegers had mogen vastleggen dat zij reeds met 56-jarige leeftijd met pensioen dienden te gaan. De verkeersvliegers verzetten zich tegen dit ontslag. Zij vonden dat zij werden gediscrimineerd wegens hun leeftijd. De rechtbank oordeelde dat doorstroming een objectieve rechtvaardiging vormt voor de verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd. Door die doorstroming weten alle partijen beter waar ze aan toe zijn, aldus de rechtbank. De Hoge Raad oordeelde deze argumentatie als legitiem.

Opzeggen

Opzegging wegens het behalen van de pensioengerechtigde leeftijd lijkt dus vooralsnog door de rechtspraak te worden goedgekeurd. Uit die jurisprudentie kan worden opgemaakt dat rechters hierbij de maatschappelijke opvattingen zwaar laten meewegen. Zodra de maatschappelijke opvattingen veranderen, bijvoorbeeld omdat vaker maatschappelijke protesten opduiken tegen de gewoonte om op 65-jarige leeftijd het dienstverband te beëindigen, zullen ook de rechterlijke oordelen kunnen veranderen.

Voor weigerachtige werknemers die na hun 65ste levensjaar willen blijven doorwerken, zijn wetgever en rechters de werkgever doorgaans vooralsnog wel behulpzaam om ontslag te bewerkstelligen. In de eerste plaats zal UWV zonder problemen toestemming voor ontslag verlenen. Dat impliceert dat voor opzegging van het dienstverband met een 65-jarige wel bij UWV Werkbedrijf om toestemming voor ontslag moet worden gevraagd! Ook kantonrechters zijn geneigd op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van enige vergoeding te ontbinden als de werknemer de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. Dit wordt anders als de werkgever verzuimt de werknemer op 65-jarige leeftijd te ontslaan. Voor ontslag erna geldt weer de gewone ontslagbescherming.

Voorkomen

Om te voorkomen dat een werkgever zijn werknemer die 65 jaar is geworden zelf moet ontslaan, kan hij zelf vooraf maatregelen nemen. Het is namelijk mogelijk bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst op te nemen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat de werknemer

de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt. Hierbij moet echter wel in ogenschouw worden genomen dat hierdoor de arbeidsovereenkomst de status krijgt van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Die kan niet tussentijds worden opgezegd als daarin niet is opgenomen dat tussentijdse opzegging altijd mogelijk is. In veel cao's is in deze leeftijdsbegrenzing reeds voorzien. Bent u bij zo'n cao aangesloten dan heeft u hiernaar dus geen omkijken.

Leeftijdsdiscriminatie

Dat werknemers probleemloos kunnen worden ontslagen omdat ze 65 jaar zijn geworden, neemt niet weg dat werkgevers op andere terreinen voorzichtiger moeten zijn als het gaat om het maken van verschil in leeftijd. Zo oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling nog niet zo lang geleden een arbeidsreglement als onnodig discriminerend omdat daarin aan oudere werknemers meer verlofdagen werden toegekend dan aan jongere werknemers. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde dat de afnemende fysieke gesteldheid geen rechtvaardiging hiervoor kan zijn omdat van oudere werknemers in dat geval andere passende arbeid mag worden verlangd. Dit oordeel lijkt een indicatie te vormen dat rechters anders tegen de veranderende demografische samenstelling van onze maatschappij aan gaan kijken, vooral als het gaat om verschil in behandeling tussen oudere en jongere werknemers.

7.2 Werknemer kan niet worden verplicht om met vroegpensioen te gaan

Een werkgever die moet reorganiseren waardoor arbeidsplaatsen komen te vervallen, mag niet zonder meer van zijn werknemers verwachten dat zij gebruik maken van hun aanspraken op vroegpensioen. Zo'n werkgever handelt in strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Dat oordeelde de kantonrechter te Zutphen (12 oktober 2006, LJN AZ0661).

De werknemster is sinds 1990 in loondienst. Haar functie is Hoofd Personeel, Organisatie en Opleiding. Op haar afdeling werkt in een andere functie nog een ander hoofd die minder lang in loondienst is. Haar werkgever lijdt ernstige verliezen en moet daarom bezuinigen. Aangezien de werknemster in aanmerking komt voor deelname aan vroegpensioen, stelt de werkgever haar voor hiervan gebruik te maken. De werknemster weigert dat. Daardoor ontstaat een conflict.

De werkgever laat het er niet bij zitten, zet de werknemster op non-actief en dient bij de kantonrechter een verzoekschrift in om de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Geen functieverval

De kantonrechter weigert echter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter vindt dat de werkgever weliswaar voldoende heeft onderbouwd dat reorganisatie en de daarmee gepaard gaande bezuiniging bedrijfseconomisch noodzakelijk is. Maar hij stelt vast dat de functie van de werknemster niet is komen te vervallen.

De werkgever betoogde "dat juist van kaderleden als werknemster verwacht mag worden dat zij de ernst van de bedrijfseconomische situatie inzien, alsmede dat van werknemster solidariteit verwacht mag worden." Met dit argument maakt de kantonrechter korte metten: "Wat daarvan zij, zulks kan niet betekenen dat werknemster afstand dient te doen van haar toekomstige rechten, noch dat zij plaats moet maken voor een collega die niet alleen een andere functie heeft, maar onweersproken ook een lagere anciënniteit." Bovendien oordeelt de kantonrechter dat de werkgever hierdoor in strijd handelt met de Wet gelijke behandeling bij leeftijd, aangezien de werkgever dan onderscheid maakt tussen werknemers die wel en werknemers die niet in aanmerking komen voor vroegpensioen.

Commentaar

Waarom zou een werkgever bij noodzakelijke bezuinigingsmaatregelen niet van zijn werknemers mogen verwachten met vroegpensioen te gaan? Het antwoord is in dit vonnis te lezen. De kantonrechter oordeelt dat van de werknemer niet zomaar verwacht mag worden een dergelijke afstand van zijn rechten

te doen. Het zou ook de ontslagregels doorkruisen, die in hoofdlijn bepalen dat bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen de anciënniteit in acht moet worden genomen. Een belangrijke argument dat een ontslag in de weg staat is in de laatste – maar niet in de minste plaats – dat de werkgever dan verboden onderscheid naar leeftijd zou maken.

Dit vonnis ademt een actuele tijdsgeest. Vroegpensioen was oorspronkelijk bedoeld als maatregel ter bestrijding van jeugdwerkloosheid, door oudere werknemers plaats te laten maken voor jongere werknemers. Langzamerhand dreigt echter de omgekeerde situatie te ontstaan, nu verwacht wordt dat voor het draaiend houden van onze economie de inzet van oudere werknemers hard nodig zal zijn. De werkgever in deze casus zal dus op zoek moeten naar een oplossing die meer bij de tijd is. Bijvoorbeeld door toch maar de (vernieuwde) anciënniteitsregels toe te passen.

7.3 Studiekosten volledig voor rekening van vertrekkende werknemer

Een afnemende verplichting tot terugbetaling van studiekosten naarmate het dienstverband voortduurt is geen vanzelfsprekendheid. Dat is af te leiden uit het arrest van 22 september 2006 van het gerechtshof 's-Gravenhage. Kantonrechter en gerechtshof keuren het in deze casus goed dat na opzegging door de werknemer, de werkgever overeenkomstig het gesloten studiekostenbeding de gemaakte studiekosten vrijwel volledig terugvordert. Relevant daarbij is dat de studie nog niet zo lang geleden is afgesloten en de omvang van de studieschuld in redelijke verhouding staat tot het salaris.

De partijen hebben bij de indiensttreding van de werknemer op 1 oktober 2000 een studiekostenbeding gesloten. Dit houdt in dat de werknemer aan de werkgever het volledig bedrag aan studiekosten moet terugbetalen als zij binnen drie of vier jaren haar dienstbetrekking beëindigt. De werknemer zegt haar dienstverband op per 31 december 2002. De werkgever verrekent met haar laatste salaris alle gemaakte studiekosten. De werknemer protesteert hiertegen. Bij de kantonrechter vordert zij terugbetaling van het verrekende bedrag. De kantonrechter wijst de vordering af.

Het gerechtshof is het in hoger beroep met de afwijzing door de kantonrechter eens. Het hof betreft in zijn oordeel dat de werknemer door het volgen van de opleiding niet alleen de belangen van haar werkgever heeft gediend, maar ook haar eigen belangen. Verder vindt het hof het relevant dat de beëindiging van het dienstverband niet aan de werkgever is te wijten of voor zijn risico zou moeten komen.

Commentaar

In 1983 oordeelde de Hoge Raad dat het bij een studiekostenbeding redelijk is dat de omvang van de terugbetalingsverplichting afneemt naarmate het dienstverband voortduurt. De werknemer meende zich hierop te kunnen beroepen. Het hof oordeelde anders. Bij nader inzien bleek dat de werkgever bij de verrekening een substantieel deel achterwege had gelaten. Ook stelde het gerechtshof vast dat de periode van drie tot vier jaren waarop de gemaakte studiekosten betrekking hadden die de werkgever had verrekend “voor een niet te verwaarlozen gedeelte” nog niet was verstreken, “zodat op dat moment in zoverre nog niet van enig nut voor werkgever kan worden gesproken.” Tot slot neemt het hof in aanmerking dat het verrekende bedrag in redelijke verhouding staat met het salaris en de korte periode tussen declaratie en einde dienstverband.

7.4 Toestemming UWV Werkbedrijf tot opzegging niet altijd vrijbrief

Het beëindigen van een dienstverband voor onbepaalde tijd is juridisch niet eenvoudig. Daarbij is meestal de hulp nodig van de betrokken medewerker zelf, de kantonrechter of het UWV Werkbedrijf. Bij UWV Werkbedrijf moet de werkgever zijn om het dienstverband met behulp van een ontslagvergunning op te zeggen. Die toestemming wordt uiteraard niet zomaar even gegeven. Voor de verkrijging ervan moet aan meerdere voorwaarden zijn voldaan. Maar ook als het dienstverband met toestemming van het UWV Werkbedrijf is opgezegd, is de werkgever niet per definitie gevrijwaard van het betalen van een afkoopsom.

De juridische basis van het vereiste dat voor een opzegging van het dienstverband normaliter toestemming is vereist, bevindt zich in art. 6 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Alleen bij ontslag op staande voet, ontslag tijdens proeftijd of ontslag wegens faillissement behoeft geen voorafgaande toestemming te worden gevraagd. Het besluit is op enkele groepen werknemers niet van toepassing, zoals werknemers die bij de overheid werken, onderwijzend en docerend personeel, personen die een geestelijk ambt vervullen en huishoudelijk personeel met een parttime dienstverband. Evenmin is het BBA van toepassing voor statutair directeurs. Art. 9 BBA bepaalt dat de werknemer een opzegging zonder de vereiste toestemming binnen zes maanden mag vernietigen.

Dit vergunningsstelsel heeft de regering onmiddellijk na het einde van de Tweede Wereldoorlog in 1945 ingevoerd. Daarmee wilde de regering de chaos bestrijden die toen was ontstaan om de productie op gang te helpen en de werkgelegenheid te bevorderen. Degene wiens arbeidsverhouding na 9 mei 1940 door de bezetter was verbroken diende weer in dienst te worden genomen. Het ontslagverbod vulde deze herplaatsingsplicht aan. Daarmee wilde de regering voorkomen dat werkgevers de maatregel tot herplaatsing zouden ontkrachten. Daarnaast wilde de regering met dit stelsel voorkomen dat werknemers naar minder essentiële bedrijfstakken dan de bouw en voedselvoorziening zouden kunnen overstappen. Ondanks toenemende protesten van werkgevers handhaaft de wetgever in onze dagen dit vergunningsstelsel om zwakke groepen op de arbeidsmarkt te beschermen en oneigenlijke instroom in de sociale zekerheid tegen te gaan.

Beleidsregels

Een dergelijk vergunningsstelsel kan alleen goed functioneren als vooraf regels zijn gesteld onder welke voorwaarden de verlangde toestemming dient te worden verleend. Die regels hebben tot doel de rechtszekerheid te bevorderen. Elke werkgever moet er vooraf op kunnen vertrouwen dat het UWV Werkbedrijf hem toestemming voor ontslag zal verlenen als aan alle bekende voorwaarden

is voldaan. Die regels moeten ook voorkomen dat gelijke gevallen naar willekeur worden behandeld in plaats van deugdelijk transparant gemotiveerd. De voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om toestemming tot ontslag van het UWV Werkbedrijf te verkrijgen, zijn in de eerste plaats neergelegd in het door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vastgestelde Ontslagbesluit. Daarnaast heeft het UWV Werkbedrijf zelf sinds oktober 2005 de beleidsregels die het hanteert openbaar gemaakt. Het doel daarvan is nadrukkelijk geweest om werkgevers meer rechtszekerheid te bieden, zodat zij bij ontslag eerder voor deze weg zullen kiezen. Dit is een grote stap vooruit.

De wetgever heeft voor de beoordeling van de aanvraag om toestemming onderscheid gemaakt tussen bedrijfseconomische ontslagmotieven en andere redenen. Bij die andere redenen kan gedacht worden aan de disfunctionerende medewerker, de werknemer die verwijtbaar handelt of nalaat, de werknemer die niet meewerkt aan re-integratie, de werknemer die zich in detentie bevindt, de werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt en verstoorde arbeidsverhoudingen. Voor elk van deze situaties heeft het UWV Werkbedrijf een beoordelingskader in voormelde beleidsregels vastgelegd. Deze zijn te vinden op de website van het UWV Werkbedrijf, te weten www.werk.nl. Als het UWV Werkbedrijf de gevraagde toestemming verleent, kan zij daaraan nadere voorwaarden verbinden. Bij toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen is een gebruikelijke voorwaarde dat de vervallen functie niet binnen 26 weken door iemand anders mag worden ingevuld (de 'wederindienststredingsvoorwaarde').

Geen vrijwaring

De toestemming van het UWV Werkbedrijf vrijwaart de werkgever niet van eventuele aanspraken van die werknemer op schadevergoeding. Dan nog kan dat ontslag met andere woorden 'kennelijk onredelijk' zijn. De rechter mag zijn oordeel hierover zelfstandig vellen, dus los van de bevindingen van het UWV Werkbedrijf. Dat is herhaalde malen door de Hoge Raad bevestigd. Het UWV Werkbedrijf wordt namelijk niet als een onafhankelijke en onpartijdige gerechtelijke instantie gezien. De mate van zekerheid die aan de werkgever wordt verschafte over de vraag of toestemming zal worden verleend, wordt dus doorkruist door de onzekerheid over de eventuele uitkomst van een afzonderlijke gerechtelijke procedure voor de kantonrechter. Toch is aan de hand van de gepubliceerde rechtspraak wel tot op zekere hoogte aan te geven in welke gevallen een werkgever ondanks verkregen toestemming van het UWV Werkbedrijf zou moeten vrezen voor het oordeel van de kantonrechter.

Dat de rechter zelfstandig mag toetsen zonder aan het oordeel van het UWV Werkbedrijf te zijn gebonden, is onder andere nog eens bevestigd in een uitspraak van de Hoge Raad in 1997 (JAR 1997/90). De werknemer voerde daarin aan dat de werkgever de anciënniteitsregel niet goed had toegepast. De werk-

UWV door Ombudsman afgestraft wegens onzorgvuldig onderzoek

De werkgever vraagt het UWV toestemming om de werknemer te ontslaan wegens disfunctioneren. De werknemer verweert zich hiertegen. Hij voert onder andere aan dat hoge werkdruk, achterstallig werk en het achterwege blijven van begeleiding zijn functioneren in de weg heeft gestaan. Ondanks dit verweer verleent het UWV de gevraagde toestemming. Het UWV oordeelt dat voldoende is gebleken dat de werknemer ondanks zijn inzet niet geslaagd is in het voldoende eigen maken van zijn werkzaamheden.

De werknemer dient vervolgens een klacht in bij de Nationale Ombudsman. Hij voert aan dat het UWV ten onrechte heeft geoordeeld dat het gestelde disfunctioneren aannemelijk was. Het UWV heeft volgens hem bovendien ten onrechte nagelaten een tweede ronde van hoor en wederhoor te laten plaatsvinden. De Nationale Ombudsman oordeelt beide klachten als grond.

De Nationale Ombudsman oordeelt dat het UWV niet goed heeft kunnen vaststellen of de werknemer voor zijn functie ongeschikt was en of de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad om het functioneren te verbeteren. Omdat de werknemer het verweer voerde dat arbeidsomstandigheden, werkdruk en onvoldoende begeleiding zijn functioneren in de weg stonden, had het UWV actief alle relevante informatie hierover moeten verwerven. Een tweede ronde van hoor- en wederhoor was derhalve ontoekombaar. Het UWV heeft dit onderzoek ten onrechte en ten nadele van de werknemer nagelaten.

Met deze uitspraak in de hand staat de werknemer sterk bij zijn vordering tegen de werkgever voor schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Ook het UWV riskeert hiermee schadevergoeding te moeten betalen. De uitspraak toont aan dat u als werkgever niet te lichtvaardig mag afgaan op alleen de toestemming van het UWV. Verder blijkt hieruit dat werknemers niet alleen de kantonrechter hierin vaak achter zich weten, maar dat zij ook een beroep kunnen doen op een instantie als de Nationale Ombudsman.

gever was bij de aanvraag om toestemming bij de berekening van anciënniteit ervan uitgegaan dat door onderbreking van het dienstverband de anciënniteitsjaren opnieuw waren gaan lopen. De rechter was het daarmee niet eens. Een belangrijke reden dat een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn, is dat het ontslag heeft plaatsgevonden met een voorgewende of valse reden, maar ook omdat de gevolgen van het ontslag in de ogen van de kantonrechter voor de werknemer te ernstig zijn als daar niet voldoende financiële compensatie tegenover staat. Dat laatste element is voor veel werkgevers een belangrijke aanleiding om een afvloeiingsregeling aan te bieden.

Niet alleen kan een ontslag met behulp van toestemming van het UWV Werkbedrijf toch kennelijk onredelijk zijn. Er zijn ook gevallen bekend waarin de rechter heeft geoordeeld dat het UWV Werkbedrijf door het geven van toestemming onrechtmatig had gehandeld tegenover de werknemer. Dat speelde met name in gevallen waarin het UWV Werkbedrijf de dwingendrechtelijke regels van de Algemene Wet bestuursrecht niet goed heeft toegepast, bijvoorbeeld door beginselen van behoorlijk bestuur niet in acht te nemen. Daarbij moet gedacht worden aan het ontbreken van hoor- en wederhoor of een transparante motivering van de beslissing. Ook zijn gevallen bekend waarin het UWV Werkbedrijf ten onrechte had nagelaten te onderzoeken of voor de werknemer andere passende functies voorhanden waren.

Meestal is gevolg van een ontslag dat door de rechter 'kennelijk onredelijk' wordt gevonden, dat de werkgever schadevergoeding aan de werknemer dient te betalen. Uit de rechtspraak blijkt dat de omvang daarvan in gelijke gevallen nogal uiteen kan lopen. De kantonrechter heeft bij de berekening ervan geen formeel houvast. Soms zoeken kantonrechters aansluiting bij de kantonrechtersformule, die zij toepassen voor ontbindingsprocedures. Helemaal vergelijkbaar zijn beide procedures echter niet. Een ontbindingsprocedure verloopt bijvoorbeeld veel sneller. Door de daarmee gepaard gaande onzekerheden, zijn vergoedingen die in ontbindingsprocedures worden toegekend vaak hoger dan vergoedingen bij ontslagen die kennelijk onredelijk zijn. Behalve schadevergoeding toekennen, kan de rechter ook beslissen dat het dienstverband moet worden hersteld. Van deze mogelijkheid wordt echter zelden daadwerkelijk gebruik gemaakt, hoewel er wel vaak namens de werknemer mee wordt bedreigd.

7.5 Verdenking misdrijf geen reden voor ontbinding arbeidsovereenkomst

Stel dat een van uw medewerkers, na jarenlange trouwe dienst, wordt opgepakt wegens verdenking van een ernstig levensdelict. Hij wordt in voorarrest genomen. Voorlopig is hij dus niet meer beschikbaar voor het verrichten van zijn overeengekomen werkzaamheden. Dat levert binnen uw bedrijf ook nog eens de nodige onrust op. Niet in het minst door de uitvoering publicitaire belangstelling. De werkgever die dit overkwam, vroeg de kantonrechter te Bergen op Zoom om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De kantonrechter wees het verzoek echter af. (JAR 2003/284).

De betrokken werknemer is 35 jaar en sinds 1988 bij de werkgever in dienst als vrieshuismedewerker. In maart 2003 wordt hij in voorarrest genomen. Hij wordt verdacht van het plegen van een levensdelict. Na het loon enige tijd te hebben doorbetaald, besluit de werkgever daarmee op te houden. De werkgever wil zekerheid dat de verdachte werknemer niet meer kan terugkeren en vraagt de kantonrechter daarom om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Hij voert aan dat de werknemer zich schuldig maakt aan onwettig verzuim. Bovendien is als gevolg van de verdenking van een ernstig misdrijf sprake van verlies van vertrouwen.

Geen schade

De kantonrechter betreft bij zijn oordeel dat de werkgever geen schade lijdt door de afwezigheid van de werknemer. Hij stelt vast dat de werkgever geen loon is verschuldigd over de periode dat de werknemer geen werkzaamheden verricht. Desgewenst kan de werkgever de opgesloten werknemer vervangen door een tijdelijke kracht. De kantonrechter meent dan ook dat de werkgever geen belang heeft bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De vertrouwensbreuk relativeert hij met het argument dat de verdenking niet is bewezen zolang de werknemer in voorarrest zit. Zolang er geen strafrechtelijke veroordeling is, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de werknemer door de strafrechter wordt vrijgesproken.

De kantonrechter weegt het belang van de werkgever bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst af tegen het belang van de verdachte werknemer om bij vrijspraak zijn werkzaamheden te kunnen hervatten. Die belangenafweging valt in deze kwestie uit in het voordeel van de van een ernstig misdrijf verdachte werknemer. Daarbij sluit de kantonrechter niet uit dat na verloop van tijd de emoties zullen bedaren en het daarmee samenhangend gebrek aan vertrouwen zal wegebben. Om deze redenen wijst de kantonrechter het ontbindingsverzoek vooralsnog af.

7.6 Een gouden handdruk ongedaan maken wegens verzwijgen nieuwe baan

“Na een hoop geharrewar heeft de kantonrechter uiteindelijk de arbeidsovereenkomst met een van mijn werknemers ontbonden. Vanwege het aantal dienstjaren moet ik aan die werknemer een hogere ontbindingsvergoeding betalen als ‘inkomensschade’ dan mij lief is. Nu ving ik onlangs op dat die werknemer tijdens de ontbindingsprocedure heeft gesolliciteerd. Had mijn inmiddels ex-werknemer die sollicitatie niet tijdens de ontbindingsprocedure moeten melden? Ik wil daarom de gouden handdruk die ik aan hem moet betalen ongedaan maken. Is dat mogelijk?”

De mogelijkheid bestaat om door middel van het indienen van een zogenoemd ‘rekest civiel’ de toegekende ontbindingsvergoeding te herroepen. Uit de gepubliceerde jurisprudentie komt naar voren dat de werknemer die al tijdens de mondelinge behandeling in het kader van de ontbindingsprocedure verzekerd is van een andere baan, verplicht is hiervan tijdens de procedure melding te maken. De kantonrechter: “Waar een beroep wordt gedaan op toekomstmogelijkheden ter bepaling van de hoogte van de vergoeding is spreken plicht.” Door te zwijgen over een mogelijk nieuwe baan en afwijzingen op eerdere sollicitaties te benadrukken, maakt een werknemer zich schuldig aan bedrog.

Uitzicht op baan

Van doorslaggevend belang is of ten tijde van de mondelinge behandeling sprake is geweest van onderhandelingen met de nieuwe werkgever in een zodanig vergevorderd stadium dat nog slechts als ondergeschikt aan te merken factoren de totstandkoming van de nieuwe arbeidsovereenkomst in de weg stonden. Denk daarbij aan een medische keuring of de bepaling van het tijdstip van indienstreding. In dat geval dient de werknemer daarvan tijdens de ontbindingsprocedure ongevraagd melding te maken.

Daarnaast is een uitspraak bekend van de kantonrechter te Almelo die zelfs een nog iets ruimer criterium hanteerde. Hij wees herroeping toe op grond van het enkele feit dat de werknemer op de mondelinge behandeling niet had vermeld dat hij volop in onderhandeling was met een potentiële nieuwe werkgever over een nieuwe arbeidsovereenkomst, wat enige dagen na de zitting had geleid tot een nieuwe baan. Die werknemer had dus op dat moment zelfs nog geen concreet uitzicht op een andere baan. In deze zaak heeft de rechter mede acht geslagen op het feit dat de werknemer in zijn verweerschrift had opgemerkt dat binnen zijn branche en op het niveau waarop hij werkzaam was iedereen elkaar kent en hij inmiddels te boek stond als “aangeschoten wild”.

Actieve meldplicht

Uit de jurisprudentie en literatuur blijkt dat het omslagpunt is gelegen in de mate van zekerheid die de werknemer tijdens de ontbindingsprocedure bezit

over het kunnen accepteren van een andere baan. Als de onderhandelingen daarover in een zodanig vergevorderd stadium verkeren dat er op korte termijn een concreet aanbod te verwachten is, moet de werknemer dit tijdens de ontbindingsprocedure uit zichzelf melden. De rechter tilt over het algemeen zwaar aan achteraf onwaar blijkende mededelingen over een slechte arbeidsmarktpositie van de werknemer en diens geringe kansen op een passende functie elders. Door dan toch te blijven zwijgen en het beroep te handhaven op een mogelijke sombere toekomst, maakt de werknemer zich schuldig aan bedrog. In dat geval kan de uitgesproken ontbindingsvergoeding geheel of gedeeltelijk worden teruggedraaid.

Tijdig schriftelijk vragen

Bij inhoudelijke behandelingen van ontbindingsprocedures zal de kantonrechter de verzoekende werkgever een termijn gunnen waarbinnen hij zijn ontbindingsverzoek nog kan intrekken om daarmee de ontbindingsuitspraak ongedaan te maken. Dat kunt u bijvoorbeeld doen als de omvang van de uitgesproken ontbindingsvergoeding te hoog voor u uitvalt. In de praktijk wordt zelden van deze intrekkingmogelijkheid gebruik gemaakt. Toch is het aardig om uw werknemer nog in die periode schriftelijk te vragen of hij inmiddels uitzicht heeft op een andere dienstbetrekking. Hij zal hierop naar waarheid moeten antwoorden. Het uitblijven van antwoord kan een teken aan de wand zijn. Mocht achteraf blijken dat diens antwoord onwaar was en hij dus toch concreet uitzicht had, dan kunt u daarmee voor de rechter duidelijk aantonen dat uw werknemer op dat moment gelogen heeft.

Uiteraard moet u niet nalaten om de werknemer met wie u na goed overleg tot een beëindigingsregeling bent gekomen te vragen of hij uitzicht heeft op een andere dienstbetrekking. Bevestig vervolgens schriftelijk dat uw werknemer op het moment waarop de beëindigingsregeling tot stand komt geen concreet uitzicht heeft op een andere dienstbetrekking. U dwingt uw onderhandelingspartner door het opnemen van die vaststelling kleur te bekennen. En u geeft daarmee aan dat dit aspect niet onbesproken is gebleven.

Bewijs

Om een succesvolle herroepingsprocedure te doorlopen, moet u wel een aantal hindernissen overwinnen. De belangrijkste is dat u moet kunnen bewijzen dat uw werknemer al tijdens de ontbindingsprocedure concreet uitzicht had op een andere dienstbetrekking. Bij voorkeur moet u kunnen bewijzen dat nog tijdens de ontbindingsprocedure door de nieuwe werkgever een concreet aanbod is gedaan. Wees erop bedacht dat een succesvolle herroeping niet altijd hoeft te leiden tot een volledige kwijtschelding van de te betalen ontbindingsvergoeding. Kantonrechters zijn geneigd een deel van de toegekende vergoeding in stand te laten, omdat uw werknemer door de beëindiging van het dienstver-

band bij u zijn anciënniteit heeft verloren en dus economisch kwetsbaarder is geworden op de arbeidsmarkt. Bovendien heeft hij bij zijn nieuwe werkgever wellicht genoeg moeten nemen met een lager salaris of een minder gunstig arbeidsvoorwaardenpakket.

7.7 Wat is er nodig om mijn alcoholverslaafde werknemer te ontslaan?

“Een van mijn medewerkers, die reeds meer dan 10 jaar bij mij in dienst is, is aan de alcohol verslinderd. Sinds hij enkele jaren geleden gescheiden is, verwaarloost hij zichzelf. Hij heeft meerdere keren onaangekondigd zijn werk verzuimd, komt vaak te laat, ziet er onverzorgd uit, is opstandig geworden en ruikt bijna altijd, ook in het bijzijn van klanten, naar alcohol. Ik heb hem onlangs een laatste waarschuwing gegeven. Nu verzuimt hij opnieuw zonder geldige reden. Zijn vader heeft hem bij mij ziek afgemeld, maar bij een beetje doorvragen blijkt alcoholmisbruik de ware reden. Kan ik hem probleemloos ontslaan?”

Op deze vraag is niet een eenduidig antwoord te geven. Met zulke gevallen moet je als werkgever omzichtig omgaan. Allereerst zal de rechter willen kunnen vaststellen dat geen sprake is van incidenteel alcoholgebruik. Als u bij uw medewerker af en toe wel eens een alcohollicht heeft geroken of waarneemt dat uw medewerker onder het werk alcohol nuttigt, zal dat blijkens enkele rechterlijke uitspraken op zichzelf onvoldoende zijn. Ook is het moeilijk gevolgen aan alcoholmisbruik te verbinden als dat zich buiten het werk afspeelt, bijvoorbeeld als uw medewerker buiten werktijd dronken rondrijdt, ook al doet hij dat in een door u ter beschikking gestelde bedrijfsauto. Er dient bovendien sprake te zijn van structureel alcoholmisbruik dat voldoende functioneren van uw medewerker in de weg staat.

Mislukte pogingen

Een beëindiging wordt doorgaans pas als onontkoombaar beoordeeld als kan worden vastgesteld dat goedbedoelde pogingen om uw aan alcohol verslaafde medewerker te laten behandelen zijn mislukt. Want goedbedoelde pogingen om de aan alcohol verslaafde medewerker van zijn alcoholprobleem af te helpen, worden in de eerste plaats van u verwacht. Hoewel het zeer de vraag is of alcoholverslaving een ziekte is, gaan de meeste rechters daar wel op die manier mee om, met name als de aan alcohol verslaafde medewerker een zogenoemde antabus- of refusalkuur ondergaat. Het opschorten van de salarisdoorbetaling komt doorgaans pas in beeld wanneer blijkt dat de verslaafde medewerker weigert zich hiervoor onder behandeling te stellen.

Indien dit schot voor de boeg niet tot de gewenste bijsturing leidt, ligt voor u de weg open om de arbeidsovereenkomst met uw onwelwillende medewerker op een effectieve wijze te beëindigen. Dat kan dan zowel door middel van een ontslag op staande voet als door de kantonrechter te vragen de arbeidsovereenkomst ‘wegens een dringende reden’ te ontbinden. De laatstgenoemde route heeft doorgaans de voorkeur omdat daarmee op korte termijn zonder al teveel financiële risico’s definitieve gerechtelijke zekerheid kan worden verkregen over de juistheid van uw gekozen maatregel. Er zijn legio voorbeelden van

rechterlijke uitspraken waaruit instemming blijkt met een dergelijke beëindiging zonder toekenning van een ontslagvergoeding. In een enkel geval koos de rechter er wel voor de werknemer een vergoeding toe te kennen, namelijk voor de periode dat hij wel goed had gefunctioneerd. Gelet echter op de overige gepubliceerde rechtspraak ziet het ernaar uit dat deze rechter in deze opvatting alleen staat.

Geen verwijt nodig

Er is in het verleden langdurig geprocedeerd over de vraag of het voor ontslag op staande voet nodig zou moeten zijn dat de werknemer verwijtbaar gedrag valt aan te rekenen. In 2000 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat een ontslag op staande voet ook kan plaatsvinden zonder dat van een verwijt sprake is. Het betrof een geval van een werknemer die door dronkenschap niet in staat was zijn werk uit te voeren. Hij voerde aan dat zijn excessieve alcoholmisbruik het gevolg was van een ziekte, namelijk depressieve klachten en dat hem daarvan dus geen verwijt zou kunnen worden gemaakt. De Hoge Raad benadrukte echter dat voor het ontslag op staande voet als criterium geldt dat sprake moet zijn van “dadens, eigenschappen of gedragingen van de werknemer” die tot gevolg hebben dat “van de werkgever redelijkerwijs niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.” Daarvoor is dus niet vereist dat de werknemer van zijn gedragingen ook een verwijt moet kunnen worden gemaakt.

In deze zaak lijkt geen sprake te zijn van een medewerker met incidenteel alcoholgebruik. Niet alleen betrapt u hem met regelmaat op een alcohollicht, het alcoholgebruik beïnvloedt kennelijk ook zijn functioneren. U zegt dat u hem een laatste waarschuwing heeft gegeven. In uw geval adviseer ik eerst nog eens te proberen hem te bewegen een kuur te ondergaan om van zijn alcoholverslaving af te komen. De rechter kan dan zien dat het aan uw goede bedoelingen niet heeft geschort. Indien uw medewerker die kuur weigert of indien die kuur niet aanslaat, kunt u de salarisbetalingen opschorten. Indien dat ook niet helpt, kunt u de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens dringende reden te ontbinden. Indien u uitsluitend dringende reden als grondslag voor ontbinding aanvoert, mag de kantonrechter bij toewijzing geen vergoeding toekennen.

Is alcoholverslaving een ziekte?

Het begrip ‘ziekte’ is niet in de wet gedefinieerd. Wel hebben rechters hun best gedaan dit te definiëren. Uit verschillende rechterlijke oordelen komt naar voren dat de verzekerde werknemer krachtens de Ziektewet aanspraak kan maken op ziektegeld bij ongeschiktheid tot het verrichten van werk als sprake is van een “rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte.” Dat alcoholisme als een ziekte is te beschouwen, kan niet uit de wet of de jurisprudentie worden vastgesteld. Wel beschouwen de meeste rechters een zieken-

huisopname om een antabus- of refusalkuur te ondergaan als een arbeidsongeschiktheid die recht geeft op ziekgeld. Hieruit kan worden afgeleid dat ziek zijn uitsluitend als gevolg van overmatig alcoholgebruik niet snel als zodanig wordt aangemerkt en dus u het recht geeft uw verplichting tot loondoorbetaling op te schorten.

7.8 Privégebruik drugs mag leiden tot ontslag op staande voet

Drugsgebruik op het werk kan een vanzelfsprekende reden zijn voor ontslag op staande voet. Maar ook drugsgebruik in privé-tijd kan aanleiding zijn voor onmiddellijk ontslag. De Hoge Raad wees hierover op 14 september 2007 (JAR 2007, 250) een spraakmakend arrest. Hieruit komt naar voren dat werkgevers steeds hogere eisen mogen stellen aan wat werknemers in hun vrije tijd uitspoken. De reden is dat het gedrag in privé-tijd dat als ongewenst wordt beschouwd, negatieve invloed kan hebben op de kwaliteit van de overeengekomen werkzaamheden.

De casus

De vrouw werkt sinds december 1990 als serveerster in hotelcasino Hyatt op Aruba. In oktober 2002 doet zij mee aan een Drug-Free Workplace Policy-training. Tijdens deze training ondertekent deze serveerster een verklaring dat zij ontslag zal aanvaarden bij een positieve drugstest. Bijna een jaar later wordt zij geselecteerd voor een random-test op cocaïne en marihuana. De test op marihuana valt negatief uit, maar die op cocaïne positief. De serveerster weigert in te gaan op het voorstel van haar werkgever om aan een rehabilitatieprogramma mee te werken. Haar werkgever ontslaat haar vervolgens op staande voet. Als reden geeft Hyatt aan dat de serveerster het drugsbeleid niet heeft nageleefd en het aanbod heeft afgeslagen om aan een rehabilitatieprogramma deel te nemen.

Streng drugsbeleid

De serveerster vordert voor de rechter doorbetaling van loon en hervatting van de overeengekomen werkzaamheden. Zij voert aan dat een dringende reden voor het ontslag op staande voet ontbrak. In hoger beroep oordeelt het gerechtshof dat Hyatt belang heeft bij een streng drugsbeleid, temeer omdat deze hotelketen een goede naam heeft hoog te houden. Het gerechtshof: "Een immer correct gedrag van haar werknemers vormt daar een belangrijk onderdeel van. Het is bekend dat gedrag negatief beïnvloed kan worden door het gebruik van drugs." Daaraan voegt het gerechtshof een opmerkelijke juridische stellingname toe, namelijk: "Daarbij is niet van belang of het druggebruik onder of buiten werktijd heeft plaatsgevonden en of het daadwerkelijk negatieve invloed heeft op het werk. Dit vindt naar het oordeel van het hof zijn rechtvaardiging in het feit dat bekend is dat ook in vrije tijd gebruikte drugs van invloed kunnen zijn op het werk en dat de concrete invloed van drugs vaak moeilijk te bewijzen zal zijn."

Bij de Hoge Raad voert de serveerster aan dat het antidrugsbeleid van Hyatt een ontoelaatbare inbreuk maakt op haar persoonlijke levenssfeer. Zij stelt dat het Hyatt niet vrijstond een beleid vast te stellen waarin het loutere privégebruik dat tot een positieve drugstest leidt verboden is, zonder dat is aangetoond dat dit gebruik daadwerkelijk een negatieve invloed op werk of veiligheid heeft.

Volgens de serveerster schond Hyatt hiermee art. 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens, dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer waarborgt. De Hoge Raad erkent dat het antidrugsbeleid van Hyatt tot op zekere hoogte inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van werknemers doordat het niet mogelijk is in privé-tijd drugs te gebruiken zonder risico van ontslag op staande voet. De Hoge Raad vindt die inbreuk evenwel gerechtvaardigd. De Hoge Raad oordeelt dat dit antidrugsbeleid van de werkgever in dit geval een legitiem doel dient en een geschikt middel is om dat doel te bereiken. De Hoge Raad betreft hierbij het bekende feit dat drugs die in vrije tijd worden gebruikt van invloed kunnen zijn op het werk en weegt het belang van Hyatt bij het handhaven van haar goede naam zwaarder dan het in privé-tijd drugs gebruiken door een werknemer. De Hoge Raad verwerpt hiermee het cassatieberoep van de werknemster.

Commentaar

Deze uitspraak heeft in de rechtsgeleerde literatuur veel pennen in beweging gebracht. De Hoge Raad schuift met zoveel woorden in dit concrete geval de persoonlijke levenssfeer van de werknemer opzij ten faveure van het belang van de werkgever. In ieder geval blijkt hieruit dat werkgevers soms eisen mogen stellen aan wat werknemers in hun vrije tijd uitspoken, aangezien dat gedrag van invloed kan zijn op hun werkprestaties.

De interessante vraag is of hiermee een trend wordt ingezet. In hoeverre mag een werkgever eisen stellen aan het privéleven van werknemers? Mag een werkgever eisen stellen aan het gedrag van zijn werknemers als dit hun gezondheid bevordert? Maar ook in bewijsrechtelijk opzicht komen interessante vragen op ons af. Hoe bijvoorbeeld te denken over de werkgever die bij verdenking van diefstal door zijn werknemers een leugendetector-test verlangt? Wordt vervolgd!

7.9 Aanhoudende rechtsonzekerheid over ontslagvergoedingen

De ontslagbescherming van werknemers ligt alweer enige tijd onder vuur. Voorlopig is de politieke strijd beslecht in het voordeel van de werknemers: een werkgever heeft nog steeds vooraf de toestemming nodig van UWV Werkbedrijf dan wel de kantonrechter als een werknemer niet vrijwillig met een regulier ontslag wil instemmen. Het aanbieden van een ontslagvergoeding helpt dan vaak als smeermiddel, vooral als de kantonrechter erbij moet worden gehaald.

Minder bekend is dat een ontslag ook achteraf kan leiden tot de verplichting om een vorm van schadevergoeding te betalen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als het UWV Werkbedrijf toestemming voor opzegging van het dienstverband heeft gegeven. Lang niet in alle gevallen is overigens voor ontslag vooraf toestemming nodig. Denk aan de bijzondere positie van de statutair directeur, die wat dat betreft vogelvrij is. Deze werknemers kunnen dan na ontslag aan de rechter vragen om aan hen een ontslagvergoeding toe te kennen.

De berekening van de ontslagvergoeding bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst waarvoor vooraf de toestemming van de kantonrechter nodig is, heeft zich inmiddels uitgekristalliseerd. De Kring van Kantonrechters heeft daarvoor de bekende kantonrechtersformule openbaar gemaakt, waarvan onlangs een omstreden herziening plaatsvond. Grofweg wordt de beëindigingsvergoeding in deze formule berekend door het aantal dienstjaren met leeftijdscorrectie te vermenigvuldigen met het maandelijks salaris inclusief vakantiegeld en andere structurele beloningen. Daarop kan nog een correctie plaatsvinden vanwege bijzondere omstandigheden, zoals verwijtbaarheid aan de zijde van een van de partijen.

Daarentegen blijft de rechtspraak ernstig verdeeld over de wijze waarop de ontslagvergoeding moet worden berekend als achteraf wordt geoordeeld dat een ontslag kennelijk onredelijk was. Veel rechtsgeleerden vinden het logisch daarbij aansluiting te zoeken bij de kantonrechtersformule. Ook de meeste gerechtshoven oordeelden inmiddels op die wijze, dat wil zeggen dat zij oordeelden dat een ontslagvergoeding bij dergelijke kennelijk onredelijke ontslagprocedures neer zou moeten komen op 50 procent van de oude kantonrechtersformule. Op 27 november 2009 haalde de Hoge Raad door deze oordelen echter een vette streep.

De Hoge Raad oordeelt dat de toekenning van een ontslagvergoeding geen automatisme mag zijn. Zelfs de enkele omstandigheid dat de werkgever de werknemer geen vergoeding aanbiedt, maakt het ontslag nog niet kennelijk onredelijk, aldus ons hoogste rechtscollege. In de ogen van de Hoge Raad geeft de wet aan rechters veel vrijheid om zelf de omvang van de schadevergoeding vast te stellen.

Wat zich hier wrekt is een voortdurende tekortkoming van de politiek om klare wijn te schenken. Zolang de politiek de kool en de geit probeert te sparen, zal sprake blijven van rechtsonzekerheid over de vraag wanneer een rechter bij gebleken kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding zal toekennen.

Het advies aan werkgevers is om bij gewenst ontslag bij voorkeur eerst te proberen toestemming van het UWV Werkbedrijf te bemachtigen. Voor zowel werkgevers als werknemers geldt daarnaast het advies ter voorkoming van rechtsonzekerheden zoveel mogelijk zelf van tevoren afspraken te maken over de hoogte van de ontslagvergoeding bij noodzakelijk ontslag.

7.10 Kan ik mijn werknemer houden aan zijn concurrentiebeding?

“Een van mijn medewerkers wil zich zelfstandig gaan vestigen, maar in zijn arbeidsovereenkomst is expliciet een clausule met een concurrentiebeding van achttien maanden opgenomen. Het gerucht gaat dat concurrentiebedingen makkelijk onderuit zijn te halen. Kan deze werknemer makkelijk onder deze clausule uitkomen?”

De wet lijkt op het eerste gezicht strikt over de handhaving van het concurrentiebeding. Als dit eenmaal schriftelijk is overeengekomen en aan de wettelijke vereisten voldoet, is de werknemer daaraan gebonden. U kunt dat bij de kantonrechter afdwingen. Anderzijds mag de rechter op grond van een wettelijke bevoegdheid een dergelijk beding “geheel of gedeeltelijk vernietigen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.” Het is hierbij de werknemer die in actie zal moeten komen. Zijn kansen op succes zijn afhankelijk van de belangenafweging die de rechter maakt.

Tussenweg

Vaak zal de kantonrechter als oplossing voor een tussenweg kiezen. Hij beperkt dan bijvoorbeeld de werking van het beding tot een bepaalde tijd, bijvoorbeeld maximaal een half jaar, zodat de werknemer alsnog binnen afzienbare tijd zijn werkzaamheden kan beginnen. Ook kan de rechter voor andere modaliteiten kiezen, afhankelijk van de over en weer naar voren gebrachte argumenten en belangen.

Bij de belangenafweging zal de rechter betrekken hoe lang de werknemer bij uw bedrijf in dienst is geweest, wat zijn functie was, de reden van zijn ontslag, het belang dat u als werkgever heeft bij handhaving van het concurrentiebeding, de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt, de locatie van het bedrijf dat hij wil beginnen en de markt waarin deze zal opereren ten opzichte van u als zijn vorige werkgever.

Functiewijziging

Als de functie van de werknemer gedurende zijn dienstverband een wijziging heeft ondergaan, waardoor hij bijvoorbeeld meer of andere verantwoordelijkheden heeft gekregen zonder dat het concurrentiebeding opnieuw is besproken, kan ook dat voor hem een steekhoudend argument opleveren om eronderuit te komen.

Samenvatting

Samenvattend biedt de wet mogelijkheden om de rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te laten vernietigen, maar de werknemer zal wel met goede argumenten moeten komen.

Minnelijke oplossingen

Bij conflicten over een concurrentiebeding is het vrijwel nooit verstandig om direct een procedure voor de kantonrechter te starten. U kunt beter eerst proberen er gezamenlijk uit te komen. Desnoods kunt u, als stok achter de deur, tegen uw medewerker zeggen dat een juridische procedure “natuurlijk tot de mogelijkheden behoort.” Vaak hoeft het echter niet zover te komen. Meestal blijkt bij het wisselen van de wederzijdse argumenten dat er goede afspraken zijn te maken, zodat uw bedrijf en het toekomstige bedrijf van uw medewerker onbedreigd naast elkaar kunnen bestaan.

7.11 Het verbieden van concurrerende activiteiten ondanks ontbreken concurrentiebeding

“Mijn bedrijf importeert, distribueert en verkoopt satellietontvangstsystemen in de Benelux. Daarnaast ontwikkelen wij in eigen beheer nieuwe producten. Een van mijn verkoopmanagers, die de beschikking had over ons volledige klantenbestand, heeft zijn dienstbetrekking opgezegd. Hij is voor zichzelf begonnen. Nu blijkt hij in de maanden voorafgaande aan zijn opzegging al voorbereidingen te hebben getroffen. Niet alleen wist hij onmiddellijk een kant en klaar bedrijfspand te betrekken, ook zond hij potentiële klanten – waaronder mijn eigen vaste klanten – een wervende brochure van zijn pas geopende bedrijf. Toen hij destijds bij mij in dienst trad, weigerde hij om een concurrentieverbod te ondertekenen. Kan ik nu nog een spaak in het wiel steken?” Het antwoordt hierop luidt ja.

Het concurrentiebeding blijft onverminderd een hot item. Een vorige regering diende een wetsvoorstel in om het gebruik van het concurrentiebeding aan banden te leggen. Dit is later weer ingetrokken. Ondertussen ontmoedigt de Europese wetgever belemmeringen tegen het vrije werknemersverkeer. Ook zonder dat u van tevoren een concurrentieverbod heeft bedongen kunt u echter onrechtmatige concurrentie van uw voormalige medewerkers verhinderen. De werknemer die zijn arbeidsovereenkomst opzegt en elders concurrerende activiteiten opzet, kan namelijk ook zonder de aanwezigheid van een schriftelijk overeengekomen concurrentieverbod onrechtmatig jegens u handelen. Tegen dergelijke acties kunt u achteraf alsnog via de rechter een verbod voordereen, waarvan u de naleving onder dreiging van een dwangsom kunt afdwingen.

Zorgvuldigheidsverplichting

In juridische termen heeft een werknemer die afscheid van zijn werkgever heeft genomen en met wie de arbeidsovereenkomst daarmee ten einde is zogenoemde ‘postcontractuele zorgvuldigheidsverplichtingen’. Dat wil zeggen dat uw werknemers na het einde van de arbeidsovereenkomst zorgvuldig dienen te blijven omgaan met de bedrijfsgegevens en -eigendommen die hun tijdens hun dienstverband zijn toevertrouwd. De interessante vraag is wat er voor nodig is om de rechter te laten vaststellen dat uw werknemer na beëindiging van het dienstverband jegens u in strijd handelt met zijn postcontractuele zorgvuldigheidsverplichtingen. Over deze vraag zijn in het verleden regelmatig voor de rechter conflicten uitgevochten waarvan de rechterlijke uitspraken zijn gepubliceerd.

Zo is er het geval van de glazenwasser in loondienst die voor zichzelf begint. Hij kent het volledige cliëntenbestand en inde op vaste tijdstippen de verschuldigde bedragen. Er is geen concurrentiebeding. De rechter stelt tot uitgangspunt dat het de werknemer in beginsel vrij staat in vrije concurrentie met zijn vorige werkgever activiteiten als glazenwasser te ontplooiën, nu hij niet door

enig concurrentiebeding ten opzichte van zijn vorige werkgever is gebonden. “Vraag is slechts of er bijzondere omstandigheden zijn, die zulks in de gegeven situatie toch onrechtmatig doen zijn.” De rechter concludeert dat van dergelijke bijzondere omstandigheden sprake is. Hij acht het aannemelijk dat de werknemer na zijn vertrek gebruik bleef maken van het adressenbestand van zijn voormalige werkgever, zijn klanten bleef bedienen alsof er niets aan de hand was en die klanten lagere prijzen berekende, “daarmee kennelijk pogend te bevorderen dat zij het cliëntenbestand aldus aan hun bedrijf konden binden.” De vertrokken medewerker krijgt daarom het rechterlijke bevel zich te onthouden van mededelingen die het bedrijf van zijn vorige werkgever schade kunnen toebrengen. Tevens dient hij zich gedurende een half jaar te onthouden van glazenwassersactiviteiten in de wijken waar ook zijn voormalige werkgever actief is. Elke overtreding van dit bevel kost hem 450 euro.

7 Een handelsonderneming in plantuien ontslaat zijn adjunct-directeur op staande voet. Hij begint vervolgens voor eigen rekening en risico in plantuien te handelen. De vertrokken medewerker benadert stelselmatig de klanten van de handelsonderneming en bewerkt hen. De omzet van de handelsonderneming daalt vervolgens aantoonbaar scherp. De vertrokken adjunct-directeur weigerde destijds bij zijn indiensttreding een concurrentieverbod te ondertekenen. De rechter stelt voorop dat de vertrokken adjunct-directeur in het algemeen niet het recht kan worden ontzegd zijn ervaring en goodwill aan te wenden in een door hem op hetzelfde gebied op te richten onderneming. Wel acht de rechter het in strijd met “de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid” dat de vertrokken adjunct-directeur de vaste klanten van zijn voormalige werkgever beweegt voortaan met hem zaken te doen “daarbij profiterend van zijn vroegere positie.” De rechter gebiedt de vertrokken adjunct-directeur “zich met onmiddellijke ingang te onthouden van het op welke wijze dan ook telefonisch dan wel schriftelijk, direct of indirect, onderhouden en opnemen van contacten met bestaande klanten en relaties” van zijn voormalige werkgever. Overtreding van dit gebod zal worden bestraft met een dwangsom van 22.500 euro.

Bijkomende omstandigheden

De beantwoording van de vraag of een werknemer die niet aan een concurrentiebeding is gebonden zich schuldig maakt aan onrechtmatig handelen door bij een concurrent in dienst te treden of zelf concurrerende activiteiten te ontplooiën, zal steeds afhangen van bijzondere bijkomende omstandigheden. Van bijzondere bijkomende omstandigheden zal volgens vaste rechtspraak bijvoorbeeld sprake zijn “indien hij gedurende een bepaalde periode na einde dienstverband stelselmatig klanten en relaties van zijn vorige werkgeefster probeert af te nemen, daarbij gebruik makend van de bij werkgeefster verworven speciale kennis en gegevens voor zijn bedrijfsdebet.”

Voor u als werkgever zal in de praktijk de bewijslast een probleem kunnen vormen. U moet immers aantonen dat uw ex-werknemer uw vaste relaties actief benadert. Bij een relatiebeding zal dat overigens niet anders zijn. De concurrerende werknemer zal immers veelal ontkennen dat hij uw klanten actief heeft benaderd en op zijn beurt stellen dat uw klanten zich spontaan tot hem hebben gewend. Een enkele uitspraak leert dat verklaringen van ingeschakelde detectives niet in alle gevallen zoden aan de dijk zetten, maar dat zal eerder uitzondering dan regel zijn. Ook aan uw vaste relaties gerichte wervende brochures of verklaringen van uw vaste relaties dat zij op actieve wijze door uw vertrokken werknemer zijn benaderd, kunnen tot dergelijk bewijs worden gerekend.

Beding concurrentieverbod

7 U ziet dat u niet aan de goden bent overgeleverd indien u om welke reden ook geen concurrentieverbod met uw werknemers overeen bent gekomen. Ook dan dienen uw werknemers zich na hun vertrek te onthouden van het actief benaderen van uw klanten en van het doen van onware mededelingen over uw bedrijf. Toch is het nadrukkelijk schriftelijk overeenkomen van een concurrentieverbod als het even kan het verstandigste. U voorkomt daarmee deze lastige bewijsproblemen.

7.12 Professioneel ruziemaken voor dummies

Ruzie maken kan iedereen. Er is echter ook een beroepsgroep die ervan wordt verdacht daarmee goed geld te verdienen: advocaten. Geen ander kan u dan ook beter vertellen hoe ruzie maken in de dagelijkse praktijk werkt. Maar let op: er is verschil tussen ruzie maken en goed ruzie maken. Want uiteindelijk wilt u toch het pleit winnen, niet waar? Daarom volgen hieronder enkele tips die u vooral moet volgen als het u alleen maar te doen is om de ruzie en niet om het resultaat.

Een belangrijke is dat het grondwettelijk verankerd beginsel van hoor en wederhoor niet voor u is geschreven. Trek bij voorbaat uw conclusies. Houd voor uw tegenstander alle mogelijke, relevante, belangrijke informatie achter. Stel de ander geen vragen, tenzij ze cynisch zijn bedoeld. Poneer uw verdachtmakingen. Doe vooral een beroep op gemaakte procedurefouten. Speel op de man, niet op de bal. Intimideer en spreek met stemverheffing. Wees zolang mogelijk zelf aan het woord en laat uw tegenstander niet uitspreken. Zorg dat u niet bereikbaar bent. Goede kans dat u hiermee bij uw opponent het bloed onder de nagels vandaan weet te halen.

Klassieke voorbeelden van zulke aanpakken zijn er genoeg. Denk aan verzekeeraars die in eigen beheer zogenaamde expertiserapportages produceren waarvan de uitkomst van tevoren vaststaat, namelijk alleen in hun eigen voordeel. Of de debiteur die met een vage brij aan argumenten probeert zoveel mogelijk mist over uw vorderingen te veroorzaken. Of de werknemer die zich uitsluitend ziek meldt omdat hij zijn ontslag zo lang mogelijk probeert uit te stellen. Ook veel echtelieden die willen (v)rechtscheiden weten hiermee bij elkaar een opmerkelijke portie creativiteit naar boven te halen, uitsluitend om de ander een hak te zetten. Het idiote ervan is echter dat zulke methodes voor buitenstaanders, zoals rechters, vaak nogal doorzichtig zijn en daarom hun doel voorbij schieten.

U moet zich dan ook de vraag stellen of de beschreven middelen tot het beoogde doel leiden. Als u erop uit bent de ander te provoceren en wraak uit te lokken, is de kans groot dat u dit met zulke methodes bereikt. Op zo'n moment leidt ruzie vooral tot escalatie en dat is zelden effectief, behalve dat het tijdelijk uw hart lucht.

Uiteraard zijn deze tips niet bedoeld om ze zelf in de praktijk te brengen. Herken ze liever bij uw tegenstander en ontmasker hem. Heb oog voor de emotie waarmee uw tegenstander u probeert te bevechten, maar dwing hem vervolgens het met u te hebben over de inhoud van het probleem dat het conflict veroorzaakt. Luister goed en zorg dat alle relevante informatie op tafel komt. Als u echt wilt scoren zonder rode kaart, trapt u niet op de man maar doelgericht tegen de bal.

Veranderende arbeidsverhoudingen

Wat zullen de trends voor de komende jaren zijn in het personeelsmanagement? Hoe zullen bedrijven en werknemers zich in deze veranderende tijden arbeidsrechtelijk tot elkaar verhouden? Deze vragen stonden centraal tijdens het congres 'The changing world of work: Responding to the challenges of the 21st century from a global and an EU perspective.'

Het congres werd op 14 en 15 april 2011 in Brussel gehouden door de International Bar Association. Hier kwam naar voren dat veel bedrijven worstelen met actuele thema's, zoals de invloed van moderne technologie op de verhoudingen op de werkvloer (denk aan het gebruik van sociale media), lastige vragen over beloningsstructuren, het vormgeven van opleidingen, loopbaanplanning, werwing en selectie, gelijke beloningen van mannen en vrouwen, diversiteit, internationale regelgevingen, medezeggenschap en toenemende beroepsziektes als stress en burn-out.

Hedendaagse kwesties oplossen

Waar alle deelnemende arbeidsrechtadvocaten en hr-managers het over eens waren, is dat bij het oplossen van hedendaagse kwesties op de werkvloer de productiviteit, effectiviteit en tevredenheid van personeel leidend moeten zijn. Ook bestond er brede overeenstemming over het oordeel dat veel van de huidige nationale wetgeving ontoereikend is en soms zelfs broodnodige innovaties in de weg staat. Er is een toenemend bewustzijn dat huidige beloningsstructuren (zoals bonusafspraken) vaak niet voldoen en dat interne begeleiding en opleiding vaak fors tekortschiet. Bij het streven naar gelijke beloning tussen mannen en vrouwen en het doorbreken van het beruchte glazen plafond wordt onvoldoende vooruitgang geboekt. Hetzelfde geldt voor het kunnen bieden van een gezond evenwicht tussen werk en privéleven. Niet voor niets worstelen veel bedrijven met het aannemen en vasthouden van goed personeel. Ook is het de vraag of er voldoende rechtsbescherming is om de toename van moderne beroepsziektes zoals overspannenheid een stap voor te blijven. Voor bedrijven ligt er een forse uitdaging om intern tot een bevredigend personeelsbeleid over al deze kwesties te komen. Voor multinationals komt hier nog een uitdaging bij, namelijk de wens om wereldwijd het personeelsbeleid te harmoniseren, met daartegenover de behoefte van lokale vestigingen aan autonome bevoegdheden en om rekening te kunnen houden met lokale waarden en normen.

Verbeter de beloningsvormen

De deelnemers waren het erover eens dat bonusafspraken meestal niet de zalmakende oplossing zijn om personeel tevreden te stellen. Niet in de laatste plaats voelen bedrijven de maatschappelijke kritiek op bonusregelingen. Niet voor niets nemen steeds meer landen wettelijke en fiscale maatregelen tegen dergelijke regelingen. Ook zijn veel bedrijven zich ervan bewust dat de criteria

Juridische ontwikkelingen

De Europese Commissie is bezig om enkele van de in dit artikel genoemde ontwikkelingen te vatten in Europese verordeningen. Tot haar belangrijkste uitdagingen rekent de Europese Commissie:

- het verder faciliteren van een zo laagdrempelig mogelijk vrij verkeer van werknemers;
- het terugdringen van juridische onzekerheden;
- het duiden van behoeftes die ontstaan door nieuwe werkpatronen en nieuwe manieren van werken;
- het duiden van problemen die ontstaan door toenemende arbeidsmobiliteit;
- het ondersteunen bij het afdwingen van werknemersrechten;
- het bestrijden van illegale arbeid;
- ervoor te zorgen dat herstructureringen op een sociaal verantwoorde wijze worden uitgevoerd.

Er zijn onder meer verordeningen in de maak op het gebied van grensoverschrijdende medezeggenschap van werknemers, de regulering van uitzendbureaus, de regulering van arbeidstijden en de rechtspositie van werknemers die door hun werkgever tijdelijk worden uitgezonden naar een andere EU-lidstaat. Met betrekking tot de door veel werknemers ervaren scheve balans tussen werk en privé constateert de Europese Commissie dat de rol van vakbonden en ondernemingsraden erg beperkt blijft, dat werknemers zich te weinig bewust zijn van hun mogelijkheden tot bijzondere verlopen en deeltijdwerk en dat het nemen van maatregelen en voorzieningen om deze balans te herstellen erg kostbaar zijn, vooral in relatie tot de huidige economische crisis.

op basis waarvan zij bonussen toekennen, vaak lastig meetbaar zijn en vaak te veel zijn gericht op individuele prestaties op korte termijn, terwijl collectieve en langetermijnbedrijfsdoelstellingen door individuele werknemers onvoldoende kunnen worden beïnvloed om bonustoezeggingen effectief te doen zijn. Gebleken is dat bonustoezeggingen tegenwoordig vaak nauwelijks nog bijdragen aan de toename van de gemiddelde arbeidsproductiviteit. De onafwendbare conclusie is dat bedrijven naar andere beloningsvormen moeten zoeken om meer personeelstevredenheid, effectiviteit en productiviteit te kunnen bereiken.

Speel in op veranderende werknemersambities

Een andere reden om naar nieuwe beloningsvormen te zoeken hangt samen met volstrekt andere ambities van de sterk opkomende, volgende generatie werknemers. In tegenstelling tot de naoorlogse generatie (de 'babyboomers') zoeken opvolgende generaties ('generatie x' en 'generatie y') veel meer naar mogelijkheden tot individuele ontwikkeling en ontplooiing en erkenning van

individuele, unieke prestaties. Ook zoeken de nieuwe generaties werknemers naar mogelijkheden om naast hun werk kwalitatief meer invulling te geven aan hun privéleven. Hier speelt doorheen dat de nieuwe generatie werknemers meer vertrouwd is met moderne technologieën als internet en sociale media. Voor bedrijven wordt het de kunst om hier adequaat op in te spelen, bijvoorbeeld door het aanbieden van flexibelere werktijden en werkplekken, de beschikbaarstelling van moderne technologieën en het bieden van vrijheid om hiervan verantwoord gebruik te maken.

Professionaliseer interne mentorschappen

Een zeer effectief (belonings)middel om personeel te werven en vast te houden, is interne scholing en individuele begeleiding met behulp van mentorschappen. Veel van de aanwezige arbeidsrechtsspecialisten en hr-managers nemen waar dat werkgevers vaak flink tekortschieten in persoonlijke scholing en

Knelpunten

Het Global Employment Institute (GEI) van de International Bar Association heeft onderzoek gedaan naar de belangrijkste juridische knelpunten die zich het komende decennium naar verwachting zullen voordoen in het personeelsmanagement. Aanleiding voor dit onderzoek zijn de sterke maatschappelijke veranderingen, zoals de naschokken van de economische crisis, de toenemende globalisering, de voortsnellende IT-innovaties, de nieuwe economische orde en opkomende economische grootmachten als Brazilië, China en India. De GEI verwacht dat vooral multinationals deze komende veranderingen zullen vormgeven en weerspiegelen. Ook het traditionele prototype van de multinational is aan het veranderen. Er is een toenemende variëteit in grootte (zowel in omzet als naar personeelsbestand) en herkomst op velerlei economische terreinen. De ontwikkeling van multinationals is volgens de GEI in een nieuw stadium aanbeland; zij zullen zich steeds meer gedragen als transnationale organisaties. Deze ontwikkelingen zullen onmiskenbaar effect hebben op hun strategische humanresourcevraagstukken.

Het GEI heeft senior hr-managers van meer dan 200 multinationals in 22 landen gevraagd naar de in hun ogen belangrijkste knelpunten voor de komende tien jaar. Het knelpunt dat hier volgens de respondenten met kop en schouders bovenuit steekt, is gelegen in grensoverschrijdende ondernemingsactiviteiten zoals reorganisaties, outsourcing, insourcing, fusies en overnames. Dit hangt volgens de GEI zonder twijfel samen met de opkomst van nieuwe multinationals uit voornamelijk opkomende economieën en met de verdere globalisering van de meeste bestaande multinationals uit voornamelijk de westerse economieën. Globalisering

begeleiding van nieuw en bestaand personeel. Veel talent blijft hierdoor onvoldoende onbenut. Een spreker merkte treffend op dat begeleiding meer is dan het bijwonen van de dagelijkse lunchbijeenkomst met de leidinggevende. Hierover worden zelden afspraken gemaakt en als ze al worden gemaakt, zijn ze vaak veel te vrijblijvend. Bindende afspraken met heldere doelstellingen dienen ertoe te leiden dat de medewerker in opleiding alle mogelijke problemen vertrouwelijk kan aankaarten. Ook moet de mentor vanwege zijn belangrijke rol van vertrouwenspersoon van tevoren een grondige cursus hiertoe hebben gevolgd en zich bewust zijn van de effecten van zijn communicatiestijl. Daarnaast is van belang dat de voortgang van de begeleiding van de werknemer zeer regelmatig opbouwend wordt getoetst en geëvalueerd. De deelnemende sprekers waren het er hartgrondig over eens dat voor bedrijven met deugdelijk ingerichte mentorschappen en een goede interne coaching flinke verbeteringen in werknemerstevredenheid en productiviteit zijn te behalen. Ook lijkt hierin

impliceert de uitbreiding van multinationals naar nieuwe landen en sectoren en de interactie tussen uiteenlopende businesses in uiteenlopende landen. Het aanduiden van dit knelpunt weerspiegelt het gebrek aan houvast dat hr-managers ervaren in de internationale juridische vormgeving. Tot de belangrijkste toenemende zorgen behoort de vraag welk recht in welke situatie van toepassing zal zijn. In volgorde van relevantie noemden de HR managers verder:

- het zorgdragen voor een evenwichtige balans tussen werk en privé om talenten te kunnen aantrekken en behouden;
- het aansturen van expats;
- de nieuwe regelgeving betreffende de financiële sector en de invloed daarvan op beloningsstrategieën;
- multinationals als grensoverschrijdende bron voor regulering van human resources zoals gedragsregels voor goed werkgeverschap en international framework agreements;
- de vraag of hrm-strategieën zullen worden geconfronteerd met toenemende internationale arbeidsrechtelijke regelgeving;
- het tegengaan van discriminatie (zoals wegens geslacht, leeftijd en religie) en de invloed daarvan op de ontwikkeling van (wereldwijde) ondernemingsculturen;
- de opkomst van een nieuwe netwerkende generatie werknemers;
- de beperkingen van doorlopende communicatie op de werkplek (zoals het gebruik van internet en sociale netwerken).

Als mogelijk relevant knelpunt werd tot slot genoemd de noodzaak van een internationale visie op nieuwe manieren om werknemersparticipatie en collectieve onderhandelingen vorm te geven.

een stevige initiërende en evaluerende rol te zijn weggelegd voor werknemersvertegenwoordigers in bijvoorbeeld ondernemingsraden, die volgens enkele sprekers hun mogelijkheden nog veel te vaak onbenut laten.

Intensiveer de bestrijding van de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen

Tijdens het congres was er brede overeenstemming over de constatering dat de deelname van vrouwen op de arbeidsmarkt te veel achterblijft, waardoor veel talent helaas onbenut blijft. Wereldwijd blijken er grote verschillen te bestaan in de mate waarin vrouwen deelnemen aan het arbeidsproces en de samenhang met de wijze waarop (veelal impliciete) discriminatie tussen mannen en vrouwen wordt aangepakt. Het feit dat in veel samenlevingen vrouwen verhoudingsgewijs minder actief zijn op de arbeidsmarkt blijkt niet uitsluitend te worden bepaald door de behoefte van veel moeders om prioriteit te geven aan de opvoeding van hun kinderen. De terughoudendheid blijkt met name ook samen te hangen met de mate waarin een samenleving kinderopvang kostenbewust faciliteert (en daarin investeert), de mate waarin werkgevers flexibel zijn in het bieden van zorg- en andere vormen van verlof en de mogelijkheden om thuis te werken. Het gegeven dat in veel samenlevingen vrouwen bij hun loopbaanplanning vroeg of laat op het zogenoemde glazen plafond stuiten en het feit dat in veel samenlevingen de ongelijke beloning van mannen en vrouwen onvoldoende wordt bestreden, spelen hierbij ook een belangrijke rol. Voor bedrijven die meer talent willen kunnen aantrekken en vasthouden en voor samenlevingen die het potentieel aan talent beter willen benutten, is op dit punt dan ook behoorlijk wat vooruitgang te boeken. In veel – ook westerse – rechtsstelsels blijken de juridische mogelijkheden om de beschreven discriminatie tussen mannen en vrouwen aan de orde te stellen nog altijd onvoldoende te zijn en blijft broodnodige vernieuwende rechtspraak vooralsnog uit. Vooral in de Verenigde Staten lijken wetgeving en rechtspraak op dit vlak succesvol te zijn.

Voorkom de risico's van opkomende stressgerelateerde beroepsziektes

Onder meer technologische ontwikkelingen, nieuwe werkmethodes en baanonzekerheid kunnen invloed hebben op de conditie van werknemers en leiden te vaak tot stress, pesterijen, intimidaties en zelfs zelfmoord. Naar verwachting zal het vervagende onderscheid tussen werk en privéleven deze risico's in de nabije toekomst nog verder versterken. Werknemers in de westerse landen worden door nationale wetgeving beschermd tegen de gevolgen van ziektes en bedrijfsongevallen die rechtstreeks samenhangen met de situatie op het werk. Toch blijken er grote verschillen te bestaan in de toepassing ervan bij psychische gezondheidsklachten. Vooral de bewijsposities van werknemers bij inkomensverlies wegens stress, pesterijen en intimidaties blijken sterk te verschillen. In veel rechtsstelsels zijn werkgevers verplicht om vergaande maatregelen te nemen (zoals de beschrijving van interne klachtenprocedures, de bescher-

ming van de klagers, monitoring en rapportages) om gezondheidsschade te voorkomen die het gevolg is van stress (zoals door intimidaties en pesterijen). Medezeggenschapsorganen dienen vaak nauwkeurig van dergelijke incidenten op de hoogte te worden gehouden. Steeds meer rechtsstelsels kennen ook stevige bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties bij overtreding van zulke wettelijke beschermingsvoorschriften.

Professionaliseer de werknemersvertegenwoordiging

Om te kunnen verbeteren, hebben bedrijven (vooral multinationals) in toenemende mate behoefte aan deugdelijke onderhandelingsstructuren met werknemersvertegenwoordigers. Veel managers ervaren dat ondernemingsraden vaak te veel functioneren als eenzijdige belangenbehartigers van werknemers en de neiging hebben om veranderingen tegen te houden of op zijn minst te vertragen. Er is veel behoefte aan werknemersmedezeggenschap in de vorm van het zogenoemde participatiemodel, waarbij werknemersvertegenwoordigers zich in de eerste plaats constructief opstellen en meedenken. De rol die de lokale en centrale ondernemingsraden van General Motors hebben gespeeld bij de noodzakelijke reorganisaties om als bedrijf te kunnen overleven, wordt hierbij als positief voorbeeld genoemd.

Een ander probleem is dat van representativiteit. Niet altijd is duidelijk of werknemersvertegenwoordigers altijd de mening van alle werknemers in een bedrijf verkondigen. Vooral de terugloop van het aantal vakbondsleden en de vergrijzing van deze groep zijn hiervoor exemplarisch. Onduidelijk is welke effecten dit in de toekomst zal hebben. Vooral multinationals blijken volgens veel van de op het congres aanwezige hr-managers een sterke behoefte te hebben aan de beschreven verdere professionalisering van en omvorming naar representatieve werknemersparticipatie.

mr. M.C.J. Swart,
Swart Advocaten,
www.advocaatarbeidsrecht.nl

9. Index

De paginacijfers in deze index verwijzen steeds naar de beginpagina van het artikel waarin het geïndexeerde begrip voorkomt.

A

aanpassing van de arbeidsduur. *Zie* arbeidsduur wijzigen
alcohol 190
anciënniteit 78, 179, 182, 187
arbeidsconflict 14, 64, 85
arbeidscontract 14, 21, 28, 36, 74
arbeidsduur wijzigen 43
arbeidsgehandicapten 74
arbeidsomstandighedenbeleid 64, 160
Arbeidsomstandighedenwet 134, 154, 160, 166
arbeidsongeschiktheid 10, 21, 114, 117, 121, 126, 134, 138, 190
arbeidsovereenkomst 14, 18, 24, 26, 28, 30, 43, 46, 48, 58, 61, 64, 69, 74, 78, 80, 83, 85, 90, 93, 99, 102, 106, 114, 122, 148, 156, 164, 169, 176, 179, 186, 187, 190, 195, 197, 199
arbeidsreglement 14, 90, 106, 114, 176
arbeidstijden en rusttijden 96
Arbeidstijdenwet 96, 104, 106
arbeidsvoorwaarden 187
arbobeleid 154

B

bedrijfsovername 48
bedrijfsverhuizing 46
beëindigingsregeling 28, 187
beloning 14, 18, 24, 40, 51, 58, 78, 93, 106, 206
beloningsafspraken 106
beschikbaarheidsdienst. *Zie* wachtdienst
bewuste roekeloosheid 129, 156
bonusregeling 40
borstvoeding 104
buitengerechtigde kosten 169
burn-out 134, 206

C

collectieve werktijdverkorting 54
Commissie Gelijke Behandeling 32, 69, 74, 76, 93, 106, 176
concurrentiebeding; concurrentieverbod 10, 26, 166, 197, 199

D

deeltijdwerkers 106
dienstwoning 80
discriminatie 10, 69, 76, 78, 134, 176, 206
disfunctioneren 58, 61, 182
doorwerken 176
druggebruik 193

E

eenzijdige wijziging 36, 40, 46
Europees Hof 48, 69, 78, 96

G

gedragscode 86, 145
Gedragscode Klokkeluiders 148
geheimhoudingsplicht 148
goed werkgeverschap 40, 43, 61, 78, 106, 166, 206
gouden handdruk 145, 187

H

Haviltex-criterium 106
Hoge Raad 14, 18, 21, 24, 36, 40, 46, 78, 80, 83, 99, 106, 114, 117, 129, 132, 134, 142, 156, 169, 176, 181, 190, 193, 195
hoofddoekje 69

I

instructie 148, 160, 169
intimiteiten op de werkvloer 64

K

kantonrechtersformule 28, 182, 195
kennelijk onredelijk 28, 117, 182, 195
kledingvoorschriften 10, 69
klokkenluider 145, 148

L

leeftijdscriminatie 93, 176, 179
leeftijdseis; leeftijdsgrenzen; leeftijdssindicatie 32
leerwerkovereenkomst 14, 24
liquidatietarief 169
loondoorbetaling 121, 122, 190
loonvordering 30, 106, 114, 121, 151

N

nevenactiviteiten 102

O

onaanvaardbare werkdruk 134
ongewenste intimiteiten 64, 142
ongewenst gedrag 164
ongezonde arbeidsverhoudingen 85
ontbindingsprocedure 182, 186, 187
ontbindingsvergoeding 41, 65, 66, 67, 187, 188
ontbindingsverzoek 40, 61, 69, 102, 186, 187
ontslagbescherming 14, 24, 28, 176, 195
ontslag op staande voet 21, 30, 64, 99, 106, 114, 142, 151, 156, 160, 164, 166,
182, 190, 193
ontslagvergoeding 190, 195
ontslagvergunning 28, 46, 117, 151, 182
ontucht 142
oproepcontract 14
opzet 26, 121, 126, 129, 156, 199
overeenkomst van opdracht 18, 83
overgang van onderneming. *Zie* bedrijfsovername
overplaatsing 46, 64
overwerk 14, 106

P

pensionering 46, 176
proceskosten 21, 138, 148, 166, 169
psychische schade 134, 138

R

recht op loonopschorting 124
re-integratie 10, 21, 61, 74, 117, 122, 126, 182
rekest civiel 187
reorganisatie 14, 36, 46, 134, 138, 179
RSI 129, 132

S

seksuele intimidatie 64, 134, 154, 160
sociale media 86, 206
stagiair 14, 24
studiekostenbeding 181

T

tbs-verleden 30

U

UWV 14, 54, 117, 177, 182, 195

V

vakantie 99
vakantiedagen 54, 90, 93, 99
verdenking 186, 193
verkeersovertreding 156
verlenging arbeidstijd 51
verslaving 190
verwijtbaar ziekteverzuim 126
verzuimde inhoudingen 83

voedingsrecht 104
vroegpensioen 179

W

wachtdienst 96
wangedrag 134, 151
wijzigingsbeding 36, 40

Z

ziekmelding 99, 122
ziekteverzuim 124

