

Kroniek Arbeidsrecht 2003

Yvette van Gernerden

redactielid en advocaat te Amsterdam¹

Hier is weer het jaarlijkse overzicht van de belangrijkste uitspraken uit de arbeidsrechtelijke jurisprudentie, dit jaar voor het eerst geschreven door Yvette van Gernerden. De redactie wil Muriel Middeldorp en Gerrard Boot, die deze kroniek de afgelopen jaren voortreffelijk verzorgden, hartelijk danken.

De nummers tussen haakjes verwijzen naar het jurisprudentietijdschrift *JAR* 2003.

ARBEIDSOVEREENKOMST?

In het afgelopen jaar is weer een aantal uitspraken gepubliceerd over de vraag of een arbeidsovereenkomst nu wel of niet daadwerkelijk als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt. Met name de volgende uitspraak van de Hoge Raad is in dat kader interessant. Mevrouw Den Hoedt en de heer Van der Male waren tot 1995 getrouwd en zijn in dat jaar gescheiden. Van der Male was aandeelhouder en bestuurder van Van der Male B.V. Tussen Van der Male B.V. als werkgever en Den Hoedt als werknemster wordt op 1 januari 1995 een schriftelijke arbeidsovereenkomst gesloten, die uitsluitend is gesloten om te voldoen aan de alimentatieverplichting van Van der Male. Den Hoedt is vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst vrijgesteld van het verrichten van arbeid en heeft feitelijk nooit werkzaamheden verricht. Als Den Hoedt gaat samenwonen met een nieuwe partner, stopt Van der Male de betaling van het maandelijks overeengekomen salaris. Den Hoedt stelt hierop een loonvordering in, welke loonvordering door de kantonrechter en het Hof wordt toegewezen, onder verwijzing naar de tekst van de overeenkomst. Het cassatieberoep wordt door de Hoge Raad gegrond geacht. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof ten onrechte de tekst van de overeenkomst doorslaggevend heeft geacht voor de conclusie dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. Volgens de Hoge Raad moet bij het vaststellen van de

overeengekomen verplichtingen op alle omstandigheden van het geval gelet worden en niet alleen op de schriftelijke tekst van de overeenkomst. De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat de schriftelijke overeenkomst klaarblijkelijk geen andere strekking had dan aan Den Hoedt een bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud te verschaffen zodat de tussen partijen gesloten overeenkomst niet de verplichting tot het verrichten van arbeid behelst en er geen element van gezagsverhouding is. De overeenkomst kan dan ook niet als arbeidsovereenkomst worden getypeerd (263).

LEEFTIJDSONTSLAG

Meerdere uitspraken gingen over de vraag of een werkgever zich terecht op het standpunt stelde dat aan de arbeidsovereenkomst een einde kwam bij het bereiken van een bepaalde leeftijd. In 2002 wees de kantonrechter in kort geding in Amsterdam een beroep van de ING Bank op de eigen CAO af. In die CAO stond vermeld dat de werknemster bij het bereiken van de 62-jarige leeftijd met pensioen zou gaan, tenzij overeengekomen werd dat zij langer zou doorwerken. De kantonrechter oordeelde in die zaak dat het uitsluiten van werknemers op 62-jarige leeftijd omdat hun spankracht in het algemeen afneemt onvoldoende rechtvaardiging oplevert voor het onderscheid naar leeftijd. Deze uitspraak is inmiddels in hoger beroep vernietigd door het Gerechtshof Amsterdam bij arrest van 4 december 2003 (*JAR* 2004/12). Volgens het Hof is de leeftijdsgrens van 62 jaar wel gerechtvaardigd. In de eerste plaats is het Hof van oordeel dat er sprake is van een groot maatschappelijk draagvlak voor de pensioenleeftijd van 62 jaar. Met name heeft het Hof van belang geacht dat deze pensioenleeftijd de uitkomst was van onderhandelingen met de bonden in het kader van de totstandkoming van een CAO. De pensioenleeftijd van 62 jaar geldt bovendien voor de gehele sector financiële dienstverlening. Voorts heeft het Hof overwogen dat voor de betreffende werknemer een gunstige prepensioenregeling gold, waarmee volgens het Hof voldoende is voldaan aan het vereiste van aansluiting bij de socialezekerheidswetgeving. Volgens het Hof was het door ING gemaakte leeftijds onderscheid objectief gerechtvaardigd. Het Hof heeft uitgemaakt dat er een legitiem doel was, namelijk het vervangen van de te dure en in de uitwerking onrechtvaardige vut-regeling, terwijl de gehanteerde middelen voor het bereiken van het doel voorshands als passend en noodzakelijk kunnen worden aangemerkt. Tot slot heeft het Hof geoordeeld dat bij het afwegen van de belangen van ING tegen de belangen van de werknemer in kwestie bij langer doorwerken, de belangen van ING prevaleren. Tegen deze uitspraak is geen cassatieberoep ingesteld.

Ten aanzien van casinomedewerkers geldt eveneens een leeftijdsgrens. In de CAO van Holland Casino is bepaald dat werknemers op 62-jarige leeftijd met pensioen gaan. Holland Casino had in kort geding – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – drie rechtvaardigingsgronden aangevoerd voor

¹ Mevr. Van Gernerden is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek.

de vervroegde pensionering:

1. het bevorderen van doorstroming en het bevorderen van een evenwichtige leeftijdsopbouw;
2. het terugdringen van hoog ziekteverzuim onder oudere werknemers;
3. het beperken van de WAO-instroom van oudere werknemers.

Holland Casino is zowel in eerste aanleg als in hoger beroep in het gelijk gesteld (126). Het Hof heeft geoordeeld dat slechts een beperkt aantal personeelsleden per jaar met pensioen gaat en er ook niet veel werknemers vertrekken om andere redenen, waardoor weinig promotiemogelijkheden ontstaan. De Kantonrechter Haarlem heeft in de bodemprocedure eveneens geoordeeld dat de leeftijdsgrens van 62 jaar voor casinomedewerkers objectief gerechtvaardigd is (187). Het hoger beroep in deze zaak loopt nog.

CAO

In de zaak ABN AMRO/Teisman (40) ging het om de vraag of een ongebonden werknemer toch gebonden kan worden geacht aan een arbitraal beding in een CAO. In de arbeidsovereenkomst van deze werknemer is de CAO voor het Bankbedrijf van toepassing verklaard, waarin onder meer is bepaald dat geschillen met betrekking tot de toepassing van de CAO zijn onderworpen aan het oordeel van het scheidsrecht voor het Bankbedrijf met uitsluiting van de gewone rechter. De werknemer heeft ABN AMRO gedagvaard voor de kantonrechter. De bank heeft zich met een beroep op het arbitraal beding op de onbevoegdheid van de rechter beroepen. Zowel de kantonrechter als de rechtbank heeft de werknemer in het gelijk gesteld, onder meer onder verwijzing naar art. 14 Wet CAO. Dit artikel bepaalt dat een werkgever die door een CAO is gebonden, verplicht is de CAO-bepalingen ook ten aanzien van een ongebonden werknemer na te komen. De rechtbank heeft geoordeeld dat de binding van de werknemer aan de CAO zich niet uitstrekt tot het voornoemde arbitraal beding. Volgens de Hoge Raad is de verplichting ex art. 14 CAO beperkt tot bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden. De Hoge Raad heeft overwogen dat de rechtbank met recht uit de ontstaansgeschiedenis van art. 14 Wet



CAO heeft afgeleid dat de wetgever met die beperking tot uitdrukking heeft willen brengen dat de verplichting zich niet uitstrekt tot bepalingen omtrent arbitrage. Volgens de Hoge Raad geldt de beperking in art. 14 Wet CAO tot arbeidsvoorwaarden in dit geval echter niet, omdat de toepasselijkheid van de CAO in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Omdat in dit geval via de individuele arbeidsovereenkomst toepasselijkheid van de CAO is overeengekomen, is voor de betreffende werknemer gebondenheid aan het arbitraal beding ontstaan.

In het arrest Bollemeijer/TPG Post (19) ging het om de vraag of afwijking van de driekwart dwingende bepaling van art. 7:668 lid 5 (oud) BW bij schriftelijke overeenkomst mogelijk was. In deze zaak ging het om een werknemer wiens arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vijfmaal aansluitend werd verlengd. Toen TPG Post vervolgens geen nieuwe verlenging aanbood, heeft de werknemer de nietigheid van het ontslag ingeroepen en doorbetaling van loon gevorderd. De zaak speelde zich af voor de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 janu-



ari 1999, zodat voorafgaande opzegging vereist was. TPG Post beriep zich erop dat geen voorafgaande opzegging was vereist onder verwijzing naar de CAO Briefpost 2000. Deze CAO was niet algemeen verbindend verklaard terwijl de werknemer geen lid was van een vakorganisatie die partij was bij deze CAO. Bij de verlengingen van de arbeidsovereenkomst is echter door partijen wel overeengekomen dat de verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege zou eindigen, waarbij is verwezen naar 'de afspraken die zijn gemaakt met de vakorganisaties over het gebruik van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het kader van Briefpost 2000'. Volgens de werknemer is de CAO echter niet van toepassing zodat de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege is geëindigd. De

Hoge Raad heeft geoordeeld dat de CAO niet rechtstreeks van toepassing is, terwijl de CAO ook niet door partijen op de arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard. Volgens de Hoge Raad kunnen partijen in hun individuele arbeidsovereenkomst afwijkingen van driekwart dwingend recht opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in de CAO, ook al is de CAO niet rechtstreeks van toepassing. De Hoge Raad heeft overwogen dat in een dergelijk geval ook in de bescherming van de werknemer is voorzien, die is beoogd met het dwingendrechtelijke karakter van de desbetreffende wetsbepaling, nu vakorganisaties bij de totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. De arbeidsovereenkomst is na het verstrijken van de laatste termijn dan ook van rechtswege geëindigd.

Op 10 januari 2003 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een zaak waar het ging om de positie van een ongebonden werknemer na overgang van een onderneming (38). De werknemer was in dienst van Hoogovens. Op zijn arbeidsovereenkomst was de CAO van Hoogovens van toepassing. De verbandkamer waar de werknemer werkzaam was is vervolgens overgedragen aan het Rode Kruis Ziekenhuis, zodat er sprake was van overgang van onderneming. De CAO Ziekenhuiswezen was op het personeel van het Rode Kruis Ziekenhuis van toepassing. Deze CAO hield voor de werknemer een verslechtering in van zijn arbeidsvoorwaarden. De werknemer heeft niet ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst; evenmin is de werknemer aangesloten bij een partij bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen. Na de overgang van onderneming op 1 oktober 1995 heeft het ziekenhuis de CAO voor het Ziekenhuiswezen op de arbeidsovereenkomst van de werknemer toegepast. Vervolgens is er in augustus 1996 een nieuwe CAO totstandgekomen die met terugwerkende kracht in werking is getreden per 1 april 1996. Op 3 mei 1997 is deze CAO algemeen verbindend verklaard. De werknemer heeft gevorderd dat hij ook na zijn indiensttreding bij het Rode Kruis Ziekenhuis op basis van de Hoogovens-CAO zou worden tewerkgesteld en betaald. De rechtbank heeft geoordeeld dat na afloop van de algemeen verbindend verklaarde CAO de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en het ziekenhuis herleeft, zodat het ziekenhuis na afloop van de algemeenverbindendverklaring de bepalingen van de Hoogovens-CAO moest toepassen op de arbeidsovereenkomst met de werknemer. Volgens de Hoge Raad voorziet de Wet AVV in verbindendheid van de verbindend verklaarde bepalingen van een CAO op grond van een overheidsmaatregel gedurende een welomschreven, beperkte periode. Ingevolge de Wet AVV kan aan een verbindendverklaring geen terugwerkende kracht worden toegekend en gelden strikte bepalingen voor de lengte van de periode van een verbindendheid. De Hoge Raad overweegt dat het met dit stelsel niet te verenigen is om door een extensieve interpretatie

van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO-bepalingen voorbij die periode te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van verbindendheid deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold. Na afloop van de algemeenverbindendverklaring van de CAO voor het Ziekenhuiswezen, dient het Rode Kruis Ziekenhuis de toepasselijke bepalingen uit de Hoogovens-CAO dan ook op de werknemer toe te passen.

ONTBINDING

Zoals Gerrard Boot en Muriel Middeldorp in de Kroniek Arbeidsrecht 2002 hebben aangegeven, is er in 2002 al een aantal uitspraken geweest over de vraag of en, zo ja, wat de werknemer nog zou kunnen vorderen als aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen door de ontbinding.

In zijn arrest van 10 januari 2003 (39) heeft de Hoge Raad opnieuw een aantal aanwijzingen gegeven op grond waarvan beoordeeld kan worden of het voor de werknemer nog mogelijk is om na een ontbindingsprocedure andere vorderingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst in te stellen. De arbeidsovereenkomst tussen ING en Van Ravenswaarde was ontbonden met ingang van 1 december 1995 onder toekenning van een ontbindingsvergoeding ad EUR 100.000 bruto. Daarna heeft Van Ravenswaarde een bodemprocedure aangespannen waarin hij een vergoeding ter zake van materiële en immateriële schade vordert omdat ING zich jegens hem niet als goed werkgever zou hebben gedragen. Van Ravenswaarde voelde zich geschaad in zijn carrièremogelijkheden na een door ING uitgebracht rapport omtrent zijn declaratiegedrag. Bij tussenschikking heeft de kantonrechter in een ontbindingsprocedure ING in de gelegenheid gesteld om een tegenrapport in het geding te brengen ter neutralisering van het eerdere rapport. De kantonrechter heeft daarbij overwogen dat indien een deugdelijk tegenrapport zou worden overgelegd, de vergoeding zou worden bepaald op 6 maandsalarissen. ING heeft daarop een tegenrapport overgelegd. De kantonrechter heeft overwo-

gen dat dit rapport niet geheel voldeed aan de bij de tussenschikking gestelde eisen en heeft vervolgens de ontbindingsvergoeding op circa 8 maandsalarissen bepaald. Van Ravenswaarde heeft vervolgens in een bodemprocedure een vergoeding voor materiële en immateriële schade geëist op basis van slecht werkgeverschap. In hoger beroep heeft hij zijn eis vermeerderd met een vordering dat de bank een verklaring opstelt die strekt tot rectificatie van de in het rapport voorkomende beschuldigingen. De kantonrechter heeft de vorderingen gedeeltelijk toegewezen. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De Hoge Raad heeft overwogen dat Van Ravenswaarde na ontvangst van het tegenrapport niet slechts de gelegenheid diende te krijgen om zich over dat rapport uit te laten, maar ook om, nu hij dat niet acceptabel vond, kenbaar te maken of hij al dan niet met een extra vergoeding genoegen nam. Volgens de Hoge Raad had de kantonrechter niet tot de in de eindbeschikking voorziene wijze van afdoening mogen komen, indien Van Ravenswaarde zich tijdens de mondelinge behandeling op het standpunt zou hebben gesteld dat hij geen genoegen wilde nemen met een extra vergoeding. Volgens de Hoge Raad is het oor-

is overleven dan niet al
werk genoeg?



deel van de rechtbank dat de door Van Ravenswaarde gestelde schade in de vergoeding is begrepen en dat de vordering tot het opstellen en toezenden van een rectificatie als vergoeding in natura moet worden afgewezen niet onbegrijpelijk. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad opnieuw bevestigd dat in de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter toekent, zodat daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is.

DE ARBEIDSONGESCHIKTE WERKNEMER

In het arrest Stal/UWV (41) heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de vraag hoever reïntegratieverplichtingen en loonbetalingsverplichtingen van een werkgever zich uitstrekken. Het ging hier om een werknemer, Stal, die ten tijde van zijn indienstreding in 1990 al lichamelijk gehandicapt was als gevolg van een ongeval. In november 1991 heeft Stal opnieuw een ongeluk gekregen, als gevolg waarvan hij een lichte hersenbeschadiging heeft opgelopen. Stal heeft zijn werkzaamheden gedurende 10 maanden

moeten neerleggen. Na die periode was hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt. Zijn werkgever, UWV, heeft overeenkomstig de toepasselijke CAO gedurende 3 jaar het salaris doorbetaald en vervolgens de WAO-uitkering aangevuld. Op 1 december 1994 heeft UWV de betaling gestaakt, waartegen Stal geprotesteerd heeft. Gedurende de periode dat Stal gedeeltelijk arbeidsongeschikt was heeft UWV hem een aantal keren herplaatst, maar dit heeft niet tot een blijvend resultaat geleid. UWV heeft in mei 1995 toestemming gevraagd aan de RDA (thans CWI) om de arbeidsverhouding met Stal te beëindigen. Deze toestemming is geweigerd. Met ingang van november 1996 is Stal opnieuw tewerkgesteld, ditmaal als administratief medewerker. Op 17 januari 1997 is deze tewerkstelling geëindigd. Stal heeft vervolgens in een bodemprocedure plaatsing in een passende functie en doorbetaling van zijn salaris gevorderd vanaf december 1994 met wettelijke verhoging, rente en kosten. De kantonrechter heeft de loonvordering grotendeels toegewezen. De kantonrechter heeft kort gezegd overwogen dat niet kan worden aanvaard dat binnen een grote organisatie als die van UWV geen passende functie zou kunnen worden gevonden. UWV is tegen dit vonnis in hoger beroep gegaan. Daarna heeft Stal een inmiddels derde kort geding tegen UWV aanhangig gemaakt. Naar aanleiding van het derde kort geding is tussen partijen een schikking totstandgekomen die inhield dat UWV een onderzoeksinstituut opdracht zou geven om een onderzoek in te stellen naar de reïntegratiemogelijkheden van Stal binnen UWV in een passende functie. In een vierde kort geding, dat opnieuw aanhangig is gemaakt door Stal, heeft Stal van UWV gevorderd het onderzoeksinstituut opdracht te geven tot begeleiding van zijn reïntegratie.

In de bodemprocedure in hoger beroep heeft de rechtbank het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd, voorzover dit de loondoorbetaling betreft. Voor het overige heeft de rechtbank het vonnis vernietigd en de vorderingen afgewezen. Volgens de rechtbank heeft UWV alles gedaan wat in redelijkheid van haar kan worden gevergd om tot weder-

tewerkstelling te komen. Van UWV kan volgens de rechtbank als werkgever in redelijkheid niet worden gevergd tot herplaatsing over te gaan van een werknemer aan wiens arbeid ook op lange termijn naar alle waarschijnlijkheid geen of nauwelijks loonwaarde kan worden toegekend. Volgens de rechtbank is het mislukken van elke reïntegratiepoging niet aan UWV te wijten. In het incidentele beroep in cassatie voert UWV aan, dat nu de rechtbank heeft aangenomen dat niet meer kan worden gesproken van een reële mogelijkheid tot herplaatsing, UWV niet gehouden is tot doorbetaling van loon over de periode 1994 tot en met 2001, omdat Stal niet beschikbaar was voor passende arbeid of bedongen arbeid. De Hoge Raad oordeelt dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die zich bereid heeft verklaard om passende arbeid te verrichten, recht houdt op loon tot aan het moment dat duidelijk is dat er geen passende arbeid voorhanden is. De werkgever dient in geval van een zodanige bereidverklaring van de werknemer zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is te onderzoeken of andere passende arbeid voorhanden is en daarover duidelijkheid te verschaffen aan de werknemer. UWV is daarmee in gebreke gebleven, nu eerst in hoger beroep duidelijk is geworden dat er geen mogelijkheid was om Stal overeenkomstig zijn aanbod te herplaatsen in een passende functie. UWV is dan ook gehouden om het loon aan Stal over voornoemde periode te betalen.

CONCURRENTIEBEDING

De Hoge Raad heeft in april 2003 uitspraak gedaan over de vraag in hoeverre een boetebeding in een concurrentiebeding geldig is, indien de bestemming van de boete niet vermeld is (107). Ingevolge art. 7:650 BW dient een boetebeding schriftelijk overeengekomen te worden, waarbij de bestemming van de boete aangegeven dient te worden en de boete niet ten goede mag komen aan de werkgever. Het Hof Leeuwarden had in een uitspraak uit 1998 (JAR 1998/251) uitge maakt dat een concurrentiebeding niet geldig was, onder meer omdat in het boetebeding niet was vermeld wat de bestemming van de boete was.

De rechtbank heeft in deze zaak geoordeeld dat een in het kader van een concurrentiebeding opgenomen boeteregeling niet behoef te voldoen aan de voorwaarde dat de bestemming van de boete is vermeld. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat onder het voorheen geldende recht de heersende leer was dat art. 7A:1637u lid 3 (oud) BW, waarin het vereiste was neergelegd dat het boetebeding de bestemming van de boete vermeldt, niet van toepassing is op het concurrentiebeding van art. 7A:1637x (oud) en dat uit de wetgeschiedenis van de huidige art. 7:650 en 7:653 BW niet blijkt dat beoogd werd in dit opzicht een materiële wijziging aan te brengen. Volgens de rechtbank is er geen grond om de voorheen heersende leer met betrekking tot de verhouding tussen het boetebeding en het concurrentiebeding niet langer als geldend te aanvaarden. De Hoge Raad verenigt zich met het oordeel van de rechtbank en verwijst naar de conclusie van de AG, waaruit blijkt dat dit ook strookt met het standpunt van de meerderheid van de literatuur omtrent de art. 7:650 en 7:653 BW.

SCHORSING EN LOONBETALING

In een arrest van de Hoge Raad 21 maart 2003 (91) gaat het om de vraag in hoeverre een werkgever gehouden is om loon door te betalen tijdens schorsing. De werknemer, Van der Gulik, is met ingang van 1 januari 1995 aangesteld tot directeur van een hypotheekcentrum. Na een conflict heeft dit hypotheekcentrum Van der Gulik met ingang van 28 maart 1996 op non-actief gesteld. Vanaf die dag heeft Van der Gulik zich ziek gemeld. Met ingang van 5 maart 1997 is Van der Gulik weer arbeidsgeschikt. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is ontbonden per 1 juli 1997 onder toekenning van een vergoeding. Daarnaast heeft Van der Gulik in een bodemprocedure een bedrag aan afsluitprovisie gevorderd over de periode vanaf de op non-actiefstelling tot aan het eind van het dienstverband. De kantonrechter heeft de vordering van Van der Gulik deels toegewezen. De rechtbank heeft het vonnis van de kantonrechter in zoverre vernietigd dat de vordering van Van der Gulik alsnog wordt afgewezen. Volgens de recht-

diefstal, moord en ander wangedrag van
personeel komt voor rekening van de
werkgever, want personeel hebben
is het risico van de
werkgever...

Wie is eigenlijk
werkgever
van de Hoge Raad?
t zal het VNO
niet weze...



bank lijdt de in art. 7:627 BW neergelegde hoofdregel, dat de werkgever geen loon verschuldigd is indien de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, ingevolge art. 7:628 BW uitzondering indien de oorzaak van het niet-presteren in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. De rechtbank heeft het hypotheekcentrum in de gelegenheid gesteld feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat de op non-actiefstelling aan Van der Gulik zelf is te wijten. De rechtbank heeft vervolgens in het eindvonnis geoordeeld dat vast is komen te staan dat Van der Gulik zich ernstig heeft misdragen en dat het hypotheekcentrum gegronde redenen had om Van der Gulik op non-actief te stellen. De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat Van der Gulik daarna geen recht heeft op provisie

over de periode waarin hij op non-actief was gesteld en evenmin recht op 70% van het loon in de periode dat hij wegens ziekte arbeidsongeschikt is geweest. De Hoge Raad volgt dit oordeel van de rechtbank niet. De Hoge Raad heeft overwogen dat de werknemer ingevolge art. 7:628 lid 1 BW het recht behoudt op het naar tijdsruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Volgens de Hoge Raad ligt een schorsing of een op non-actiefstelling in de risicosfeer van de werkgever en is dit aan te merken als 'een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen', zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van

loon. De Hoge Raad overweegt dat dat ook het geval is indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. Inbreuk op het recht van de werknemer op loon is alleen mogelijk indien van art. 7:628 BW is afgeweken bij schriftelijke overeenkomst. Nu daarvan in dit geval geen sprake was, is de rechtbank volgens de Hoge Raad uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

ONTSLAG OP STAANDE VOET

In een arrest van 20 juni 2003 heeft de Hoge Raad zich wederom uitgelaten over de vraag wanneer er sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt (179). Het ging hier om een werknemer, Wickel, die op 14 april 1986 in dienst is getreden bij een rechtsvoorgangster van dropfabrikant Klene B.V. De drop wordt geproduceerd in meerploegendienst. Bij Klene gelden strenge voorschriften op het gebied van hygiëne en procesorganisatie. Deze voorschriften zijn neergelegd in huisregels. Wickel heeft zich bij herhaling schuldig gemaakt aan het overtreden van deze huisregels, waaronder de werktijdenregeling, en blijft hardnekkig weigeren om zich aan een rookverbod te houden. Wickel houdt zich evenmin aan de vastgestelde pauzetijden. Wickel is door Klene herhaaldelijk schriftelijk gewaarschuwd en is er ook voor gewaarschuwd dat handhaving van zijn gedrag ontslag op staande voet tot gevolg zou kunnen hebben.

Op 8 maart 1999 is wederom geconstateerd dat Wickel het rookverbod heeft overtreden door met een brandende sigaret in zijn hand via de personeelsingang de fabriek in te gaan waarna hij de brandende sigaret op de verwarming heeft gelegd om de gasmeterstand op te nemen en vervolgens met de sigaret in de kantine is aangetroffen. Op diezelfde dag is Wickel door Klene op staande voet ontslagen. Wickel heeft de nietigheid van het ontslag ingeroepen. De kantonrechter heeft de vorderingen van Wickel afgewezen. De rechtbank heeft het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd. De rechtbank heeft



overwogen dat hoewel een enkele overtreding van een huisregel op zichzelf beschouwd in het algemeen geen dringende reden behoeft op te leveren, de overtreding door Wickel van de huisregels van Klene, gelet op de voorgeschiedenis en de voorafgaande waarschuwingen, wél het gewicht van een dringende reden hebben gekregen. De Hoge Raad volgt dit oordeel van de rechtbank. De Hoge Raad overweegt dat bij het oordeel of sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt, enerzijds het belang van de werkgever daarbij en anderzijds de vraag of de gevolgen van het ontslag te ernstig zijn voor de werknemer, tegen elkaar moeten worden afgewogen. In verband met de onverminderd onverschillige en weigerachtige houding van Wickel ten aanzien van de handhaving van de huisregels en het belang van Klene bij de handhaving daarvan, is het volgens de Hoge Raad in de gegeven omstandigheden voldoende komen vast te staan dat een dringende reden voor een dergelijk ontslag aanwezig was. Volgens de Hoge Raad moet uitgangspunt zijn dat een bij herhaling niet-voldoen door een werknemer aan een op zichzelf redelijke opdracht van de werkgever in beginsel een dringende reden oplevert. Met betrekking tot de persoonlijke omstandigheden van Wickel heeft de Hoge Raad opgemerkt dat bij het oordeel over de vraag of er van een dringende reden sprake is de per-

soonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, in aanmerking moeten worden genomen. De Hoge Raad overweegt dat ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom kunnen leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. De rechtbank mocht volgens de Hoge Raad voor haar oordeel, dat in de gegeven omstandigheden een dringende reden moest worden aangenomen, doorslaggevend achten de door haar vastgestelde onverminderd onverschillige en weigerachtige houding van Wickel ten aanzien van de handhaving van de huisregels en het belang van Klene bij handhaving daarvan.

VOORWAARDELIJKE OPZEGGING EX ART. 6 BBA

In de volgende uitspraak gaat het om de vraag of de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (de RDA, thans de CWI) aan de toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (90) als nog een wederindiensttredingsvoorwaarde kon verbinden. Het ging hier om een werknemer, Tolsma, die op 30 oktober 1988 in dienst is getreden bij de rechtsvoorgangster van Lypack. In verband met een reorganisa-

tie heeft Lypack de RDA toestemming gevraagd om de arbeidsverhouding met Tolsma op te zeggen. De RDA heeft die toestemming op 22 maart 1999 verleend. Vervolgens heeft Lypack de arbeidsovereenkomst met Tolsma bij brief van 30 maart 1999 opgezegd tegen 1 juni 1999. Daarna heeft de RDA schriftelijk aan Lypack bericht (bij brief van 19 april 1999) dat de toestemming is verleend onder de voorwaarde dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van de toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij degene wiens arbeidsverhouding is opgezegd, in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. Tolsma heeft vervolgens een procedure bij de kantonrechter aanhangig gemaakt, waarin hij stelt dat Lypack de wederindiensttredingsvoorwaarde heeft overtreden door het aantrekken van een uitzendkracht die het werk verrichtte dat Tolsma voorheen verrichtte. Tolsma heeft een verklaring voor recht gevorderd dat het gegeven ontslag niet is met veroordeling van Lypack tot wedertewerkstelling en loondoorbetaling. De kantonrechter heeft bij tussenvonnis geoordeeld dat de wederindiensttredingsvoorwaarde deel uitmaakte van de ontslagvergunning en heeft Tolsma toegelaten tot het bewijzen van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat Lypack deze heeft overtreden. Na bekrachtiging van het vonnis door de rechtbank is de zaak terugverwezen naar de kantonrechter. Volgens de Hoge Raad kan de RDA, indien hij toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding wegens bedrijfseconomische redenen verleent, aan zijn toestemming de wederindiensttredingsvoorwaarde verbinden. Volgens de Hoge Raad is het onder omstandigheden mogelijk om eventueel op een later tijdstip dan tegelijk met de verleende toestemming, de wederindiensttredingsvoorwaarde op te leggen. In dit geval oordeelde de Hoge Raad dat dit niet mogelijk was nu Lypack er op mocht vertrouwen dat de toestemming voor het ontslag onvoorwaardelijk was verleend en Lypack al gebruik had gemaakt van de verleende toestemming voor het ontslag. ●