

ONDERONTWIKKELD ARBEIDSTUCHTRECHT

In het algemeen wordt verondersteld dat een werkgever bij wangedrag van een werknemer een disciplinaire maatregel moet kunnen opleggen. Maar wanneer hij dit niet bedongen heeft zijn de mogelijkheden beperkt. In zijn proefschrift over het arbeidstuchtrecht pleit arbeidsrecht- en cassatieadvocaat Frank Dekker voor een wettelijke regeling. Ook onderzoekt hij hoe die vormgegeven zou kunnen worden.

DOOR **ALIEKE BRUINS** FOTO'S **CHRIS VAN HOUTS**

Als 'echte bèta' koos hij voor een natuur- en wiskundestudie, vertelt Frank Dekker (30) in het statige en tegelijk moderne pand van advocatenkantoor BarentsKrans aan het Haagse Lange Voorhout, waar hij sinds 2010 werkt. Maar al in de eerste week wist hij dat deze studie hem niet lag. Omdat hij niet wist wat hij wel wilde, koos hij voor de rechtenstudie. De juridische materie bleek hem zó te boeien, dat hij er zijn werk van maakte. Dekker ging de advocatuur in, en is daarnaast als buitenpromovendus verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zijn promotor is Wijnand Zondag, inmiddels geen hoogleraar arbeidsrecht meer maar predikant.

> "EEN ONDERNEMING KAN NIET GOED FUNCTIONEREN ZONDER HET ARBEIDS-TUCHTRECHT"

GEZAGSRECHT

In zijn onderzoek dat hij enkele jaren geleden begon, neemt Dekker alle disciplinaire maatregelen die een werkgever kan opleggen onder de loep, behalve ontslag op staande voet. Centraal staat de vraag of wettelijke regeling gewenst is en zo ja, hoe die dan zou moeten worden vormgegeven. Dekker gaat na waarop de sanctiebevoegdheid van de werkgever is gebaseerd en welke eisen eraan worden gesteld. Hij bestudeerde onder meer rechterlijke uitspraken uit de periode 1990 tot 2016, waarin de werknemer vorderde dat de schorsing wordt opgeheven, en 96 cao's van ondernemingen en branches. "Een interessant grensgebied tussen straf- en privaatrecht" noemt hij het arbeidstuchtrecht, maar ook "onderontwikkeld".

In het algemeen wordt verondersteld dat een onderneming niet goed kan functioneren zonder arbeidstuchtrecht. "De arbeider hoeft het daarom ook niet te aanvaarden, het is voor hem een gegeven, even vaststaand als de lengte van een schoorsteen", zei de gerenommeerde arbeidsjurist Tim Koopmans in 1965. In de wet staat dat de werkgever gezagsrecht heeft en instructies mag geven en dat de werknemer die moet opvolgen (artikel 7:660 Burgerlijk Wetboek). Maar die werknemer moet ook beschermd worden. Hij is niet alleen

RECHT IN ONDERZOEK
In de rubriek Recht in onderzoek vertelt een onderzoeker op een bepaald rechtsgebied waarmee hij bezig is. Een jurist uit de praktijk geeft vervolgens zijn mening over nut en belang van dit onderzoek.

economisch afhankelijk, maar ook juridisch: zijn positie is ondergeschikt aan die van de werkgever. Als gevolg van deze beschermingsgedachte moet het arbeidstuchtrecht voldoen aan beginselen als zorgvuldigheid, gelijkheid en proportionaliteit. Maar ook aan bepaalde strafrechtelijke beginselen, zoals 'geen straf zonder schuld'.
"Vaak wordt gesteld dat het recht om instructies uit te vaardigen alleen zinvol is als je dit recht ook mag handhaven", zegt Dekker. "Maar die bevoegdheid is niet erkend in de wet." In 1907, bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst, werd de vraag al gesteld of het arbeidstuchtrecht wettelijk geregeld zou moeten worden. Sindsdien is er in de rechtsliteratuur herhaaldelijk op de gebrekkige regeling gewezen. Zo constateerde de 'vader van het Nederlandse arbeidsrecht' Marius Levenbach in 1958 dat de praktijk zich meestal vrij aardig weet te redden, "doch [deze] is, als de zaken scherp gesteld worden, herhaaldelijk strijdig met civielrechtelijke bepalingen". Niettemin ontbreekt een wettelijke regeling nog steeds.

"EEN SCHORSING ZONDER LOON ZAL BINNENKORT NIET MEER TOT DE MOGELIJKHEDEN BEHOREN"

HIAAT

Dekker zegt: "In de rechtspraak wordt nogal eens geoordeeld dat een werkgever een minder vergaande sanctie had moeten opleggen dan ontslag op staande voet. Meestal denk ik dan: welke dan?" Hij signaleert een groot hiaat tussen de relatief milde maatregelen van berisping of waarschuwing en het uiterste middel van ontslag op staande voet. Wanneer een werkgever het opleggen van sancties niet heeft bedongen zijn de mogelijkheden beperkt. De enige in titel 7.10 BW geregelde disciplinaire maatregel is de boete in artikelen 7:650 en 7:651 BW. Die bepalingen geven de werkgever echter niet het recht een boete op te leggen, maar stellen alleen grenzen aan de mogelijkheid dit recht te bedingen. "Die grenzen zijn zo streng dat een boeteclausule in de praktijk nauwelijks wordt gehanteerd. De gedraging waaraan de werkgever de boete wil koppelen moet namelijk in de arbeidsovereenkomst staan. Dit betekent dat eenvoudige gedrags- of huisregels zoals het verplicht dragen van bedrijfskleding of regels over ziekmelding en werktijden, die een werkgever juist eenzijdig wil kunnen vastleggen en wijzigen, niet door een boete kunnen worden gehandhaafd. Ongetwijfeld is dit de reden dat de boete bijna alleen wordt gebruikt bij een concurrentie- of geheimhoudingsbeding."

SCHORSING ZONDER LOON

Een van de "meest logische" disciplinaire maatregelen is volgens Dekker de schorsing. "Er wordt in het algemeen geaccepteerd dat een werkgever kan schorsen, maar uit de door mij onderzochte rechtspraak blijkt dat in ruim 70 procent van de procedures de werknemer de opgelegde schorsingsmaatregel met succes aanvecht."
Werkgevers willen volgens hem bij schorsing loon kunnen inhouden, om de maatregel een sterker disciplinair karakter te geven. Bij gebreke van een specifieke wettelijke regeling moet de vraag of dit is toegestaan worden beantwoord aan de hand van het 'reguliere' toetsingskader voor loonbetaling bij niet-werken door een werknemer: artikel 7:628 BW. Onder het huidige recht behoudt de werknemer recht op loon indien hij niet werkt door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. De Hoge Raad heeft in het arrest Van der Gulik/Vissers & Partners van 21 maart 2003 (JAR 2003/91) geoordeeld dat een schorsing in de risicosfeer van de werkgever ligt, óók als de werkgever een goede reden had om de werknemer te schorsen en de schorsing aan de werknemer zelf te wijten is. Een (tijdelijke) inbreuk op het recht van de werknemer op loon is volgens de Hoge Raad slechts toegestaan indien rechtsgeldig van de regel uit artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken.
"Voor het huidige recht komt dit oordeel erop neer dat een schorsing zonder loon mogelijk is als dat bij cao is

FRANK DEKKER IN JAARTALLEN

- **2004 - 2010**: Nederlands Recht, specialisatie bedrijfsrecht, Rijksuniversiteit Groningen (cum laude)
- **2010 - heden**: buitenpromovendus Rijksuniversiteit Groningen
- **2010 - heden**: advocaat BarentsKrans, Den Haag
- **2012 - heden**: annotator *AR Updates*
- **2013/2014 - heden**: lid van de werkgroepen Ontslagrecht en Gelijke Behandeling van de Vereniging voor Arbeidsrecht
- **2012 - heden**: auteur *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*
- **2014 - heden**: auteur *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs*
- **2015**: auteur *Excerpta Parlementaire Geschiedenis WWZ* (Boom Juridische uitgevers)
- **2016**: annotator *Tijdschrift Recht en Arbeid*

geregeld, maar dit zal in de loop van dit jaar veranderen." Dekker doelt hiermee op de wijzigingen die met de Wet werk en zekerheid (WWZ) zullen worden doorgevoerd in de loonrisicoregeling. Onderdeel hiervan is dat niet meer zomaar bij cao van deze regeling kan worden afgeweken. "Consequentie hiervan is dat een schorsing zonder loon straks niet meer tot de mogelijkheden behoort." Overigens heeft de regering bij de behandeling van de WWZ opgemerkt dat een schorsing voortaan voor rekening van de werknemer zal komen, zodat de loonbetaling ook zonder contractuele grondslag mag worden gestaakt. Dekker gelooft er echter niet in dat de rechtspraak dit zal volgen. Mogelijk zullen werkgevers door de nieuwe ontwikkeling eerder het middel van ontslag op staande voet aanwenden.
In 33 procent van de door Dekker bestudeerde cao's is een schorsingsregeling zonder behoud van loon opgenomen. "Die regelingen zijn binnenkort dus niet meer geldig." Hij betwijfelt of de cao's op dit punt aangepast zullen worden. Mocht een werknemer zich in een juridische procedure beroepen op de nietigheid van de bepaling, dan is het aan de rechter hierover te oordelen.

WIJZIGING VAN ARBEIDSVOORWAARDEN

Dekker: "Disciplinaire maatregelen die de arbeidsvoorwaarden van de werknemer raken, zoals overplaatsing en degradatie, moeten – zo is de leer in de literatuur – wettelijk of contractueel vastgelegd zijn." De rechtspraak over deze maatregelen is echter diffuus. Sommige rechters volgen de leer uit de literatuur, terwijl anderen zich minder druk lijken te maken over de grondslag van de maatregel en alleen bekijken of deze in een redelijke verhouding staat tot het wangedrag van de werknemer. Hierdoor is onduidelijk in hoeverre een overplaatsing of degradatie is toegestaan zonder contractuele grondslag.
In de praktijk zoeken werkgevers creatief naar manieren waarbij arbeidsvoorwaarden niet aangetast worden en toch een disciplinaire sanctie wordt opgelegd. Dekker noemt als voorbeeld een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 19 april 2002 (JAR 2002/113) over de degradatie van een tafelmanager in een casino. Deze werknemer was als disciplinaire maatregel teruggezet naar de functie van croupier voor een minimale periode van twee jaar met behoud van salaris, nadat hij ongewenst gedrag had getoond jegens een vrouwelijke gast. Deze maatregel was door het casino op het mededelingenbord aan alle collega's bekend gemaakt. "Een vorm van *naming and shaming* dus." De



werknemer vorderde terugplaatsing in zijn oude functie en rectificatie van het memo op het mededelingenbord. Tot Dekkers verbazing oordeelde de kantonrechter dat de opgelegde degradatie passend was. Wel achtte hij het onzorgvuldig dat de werkgever deze via het mededelingenbord had bekendgemaakt.

RECHTSONZEKERHEID

Werkgevers en werknemers zijn gebaat bij helderheid, maar er is veel onduidelijkheid over welke sancties werkgevers wel en niet mogen opleggen, onder welke omstandigheden en hoe ze hierbij te werk moeten gaan. Dit leidt tot rechtsongelijkheid en gebrek aan rechtszekerheid. De politiek moet volgens Dekker bepalen hoe het arbeidstuchtrecht wordt vormgegeven. "Werkgevers zouden er niet in elke individuele arbeidsovereenkomst opnieuw afspraken over moeten hoeven maken."
Uit de rechtspraak volgt dat het belangrijk is dat een werkgever beleid vaststelt over arbeidstuchtrecht en dat hij dit beleid kenbaar maakt. Van belang is ook dat hij bij overtreding van de regels consequent handhaaft. "De rechtspraak laat tegelijkertijd ook zien dat als een werkgever 'te veel regelt' de kans bestaat dat een rechter oordeelt dat de werkgever een minder zware sanctie had moeten opleggen, nu hij de keuze heeft uit verschillende disciplinaire maatregelen."

> "HET ZOU GOED ZIJN ALS HET ARBEIDSTUCHTRECHT – SUMMIER – WETTELIJK WORDT VASTGELEGD"

LEGAL MANAGER ARBEIDSZAKEN ANITA VAN EMPEL (ABN AMRO): "ONKREUKBAAR GEDRAG IS VOOR EEN BANK EEN BESTAANSVOORWAARDE"



Anita van Empel, Legal Manager Arbeidszaken bij ABN AMRO Bank in Amsterdam: "Het onderzoek van Frank Dekker over een wettelijke verankering van het arbeidstuchtrecht is bijzonder nuttig voor de rechtspraktijk. Werkgevers zitten immers waar het het sanctioneren van personeel aangaat nogal eens met de handen in het haar. Bij de bank is het sanctierecht overigens vrij goed geregeld. Dat moet ook wel, want bij een bank – waar met geld wordt gewerkt – is onkreukbaar gedrag een bestaansvoorwaarde. Bij vermeende onregelmatigheden voert de afdeling Veiligheidszaken onderzoek uit, verzorgt de afdeling Arbeidszaken de advisering aan het hoger management waar een beslissing wordt genomen over (een) eventueel op te leggen sanctie(s). Dit gebeurt zonder onderscheid des persoons en zo is in de afgelopen 25 jaar een eenduidig en goed uit te leggen lijn in het sanctiebeleid van de bank ontstaan. De bank kan onder meer – al dan niet gecombineerd – de volgende sancties opleggen: een berisping, een schorsing voor de duur van maximaal vijf dagen met inhouding van 50% van het loon, het inhouden van de prestatiepremie en een overen/of terugplaatsing in (een andere) functie. Over toepassing van zo'n sanctie kan geklaagd worden bij de Geschillencommissie van de bank. De door Dekker genoemde beginselen van zorgvuldigheid, gelijkheid en proportionaliteit zijn in het voorgaande terug te vinden.
Enkele jaren geleden waren er binnen de bank medewerkers van het Call Center die gefingeerde offertes aan zichzelf stuurden om aan hun targets te voldoen. Een ontslag via de kantonrechter bleek niet haalbaar. De bank heeft de medewerkers daarop berispt en de beoordeling (en daarmee de prestatiepremie) naar beneden bijgesteld. Door deze laatste sanctie zette de kantonrechter een streep omdat deze sanctie niet in de 'Gedragsregels' was opgenomen. Dat heeft de bank uiteraard meteen rechtgezet. Dit voorbeeld geeft het belang aan van een goede regeling van het sanctie/tuchtrecht. Met name voor kleine werkgevers, zonder HR-kennis, ligt het voor de hand dat dit met wetgeving gebeurt. Misschien dat het proefschrift van Dekker daar een aanzet toe kan geven.
Voor de financiële sector geldt overigens sinds april 2015 het bankentuchtrecht dat indirect zijn oorsprong vindt in de Wet op het financieel toezicht. Medewerkers in die sector dienen de bankierseed af te leggen en worden zo (tevens) onderworpen aan een andere, externe vorm van tuchtrecht, namelijk dat van de Stichting Tuchtrecht Banken."

Dekker pleit ervoor het arbeidstuchtrecht wettelijk vast te leggen. Dit kan volgens hem summier, met regeling van een minimaal aantal maatregelen, waaronder in ieder geval de schorsing. De waarschuwing hoeft niet te worden opgenomen, vindt hij, omdat die in het algemeen als gevolg van het gezagsrecht wordt geaccepteerd. "Nadere uitwerking is vervolgens aan cao-partijen, verdere ontwikkeling aan de rechtspraak."
Een wettelijke regeling kan ook helpen het gebruik van het ontslag op staande voet terug te dringen. De loonsancties tijdens ziekte tonen dit volgens Dekker aan. "De Hoge Raad heeft op 8 oktober 2004 in Vixia/Gerrits (JAR 2004/259) geoordeeld dat de werkgever bij overtreding door de werknemer van controlevoorschriften bij ziekte eerst de wettelijke sanctie van loonopschorting moet hanteren en dat ontslag op staande voet alleen mogelijk is in geval van 'bijkomende omstandigheden'."
Bij de totstandkoming van het Nieuw BW in de jaren negentig stelden de Sociaal-Economische Raad – overigens in een verdeeld advies – en de regering dat wettelijke regeling niet strikt noodzakelijk is; het arbeidstuchtrecht zou ook bij cao kunnen worden genormeerd. De huidige praktijk toont een ander beeld, aldus Dekker: slechts 22 van de 96 cao's die hij onderzocht hebben een specifieke regeling voor het arbeidstuchtrecht.

PRIORITEIT

Dekker verwacht zijn proefschrift volgend jaar te kunnen verdedigen. Hij hoopt dat de wetgever en de sociale partners de inhoud ter harte zullen nemen. "Maar het arbeidstuchtrecht is op dit moment voor het kabinet geen prioriteit. Dat is nu vooral bezig met het verdedigen van de WWZ." ■