



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Recht op tewerkstelling: terug naar de bron

Naar een terughoudender beoordelingsmaatstaf door de (lagere) rechter en naar een gelijke toepassing hiervan binnen arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

Zwemmer, J.P.H.; Doorn, H.L.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

ArbeidsRecht

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H., & Doorn, H. L. (2022). Recht op tewerkstelling: terug naar de bron: Naar een terughoudender beoordelingsmaatstaf door de (lagere) rechter en naar een gelijke toepassing hiervan binnen arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. *ArbeidsRecht*, 2022(2), 13-20. Article 8.

https://new.navigator.nl/document/id7bd1367771d940a7935d0f0258fa7e41?ctx=WKNL_CSL_9&tab=tekst

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Recht op tewerkstelling: terug naar de bron

Naar een terughoudender beoordelingsmaatstaf door de (lagere) rechter en naar een gelijke toepassing hiervan binnen arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

ArbeidsRecht 2022/8

De lagere rechtspraak neemt als uitgangspunt dat de werknemer een ‘recht op tewerkstelling’ heeft. De Hoge Raad hanteert hierbij, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, een terughoudender maatstaf. Of in een concreet geval recht bestaat op tewerkstelling hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de aard van de arbeidsovereenkomst, van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden. Daarbij geldt het in de lagere rechtspraak aangenomen recht op tewerkstelling alleen wanneer de werknemer in de onderneming van de werkgever zelf werkzaam is en niet wanneer de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan een opdrachtgever van de werkgever. In deze bijdrage wordt op basis van de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie van de Hoge Raad en de vrijheid van ondernemerschap gepleit voor een andere, meer terughoudende maatstaf bij de beoordeling van de vordering tot tewerkstelling dan de maatstaf die nu wordt gehanteerd in de lagere rechtspraak. Langs die maatstaf dient, anders dan nu het geval is, eveneens een werknemer die binnen een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding werkzaam is bij een opdrachtgever van de werkgever een beroep te kunnen doen op tewerkstelling bij die opdrachtgever.

1. Geen wettelijke verplichting tot tewerkstelling van de werknemer

De grondslag van het recht van de werknemer de werkzaamheden te mogen verrichten, is de in artikel 7:611 BW opgenomen verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen. De (lagere) rechter wijst de vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer altijd toe tenzij de werkgever een goede reden heeft de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden. Of dit geschiedde onder de noemer van schorsing of op non-actiefstelling, óf in de vorm van (het vriendelijker klinkende) vrijstelling van werk doet niet ter zake. Dit ‘recht op tewerkstelling’ is een cruciaal onderdeel geworden van de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer. Dat speelt met name bij conflicten op de werkvloer, geschillen over de uitvoering van het werk en bij reorganisaties. Wanneer de werkgever in

dergelijke situaties heeft besloten dat een einde moet komen aan de arbeidsovereenkomst en de werknemer – al dan niet na overhandiging van een beëindigingsvoorstel – meteen naar ‘huis’ stuurt, is het dreigen met een wedertewerkstellingskortgeding vaak al voldoende om de werkgever op zijn schreden te laten terugkeren of te dwingen tot het doen van een beter beëindigingsvoorstel. Immers, voor de meeste Nederlandse werkgevers is een met succes door de werknemer bij de rechter afgedwongen toelating tot de werkzaamheden onverteerbaar. Het is opmerkelijk dat een zo belangrijk onderdeel van de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer niet wettelijk is geregeld. Daarbij komt dat de werknemer die binnen een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding werkzaam is bij een opdrachtgever van de werkgever dit recht niet heeft. In deze situatie wordt in de lagere rechtspraak een vordering tot wedertewerkstelling niet toegewezen geacht omdat deze is gebaseerd op de verplichting van de werkgever zich als goed werkgever te gedragen.

De Hoge Raad heeft nimmer een algemeen recht van de werknemer op tewerkstelling erkend. Of in een concreet geval recht bestaat op tewerkstelling hangt naar het oordeel van de Hoge Raad af van de aard van de arbeidsovereenkomst, van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden. De Hoge Raad heeft zich in de jaren tachtig van de vorige eeuw voor de laatste maal uitgelaten over de verplichting tot tewerkstelling van de werknemer, een tijd waarin de werkgever nog synoniem was aan de onderneming waarin de werknemer werkzaam was en arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen nauwelijks voorkwamen. In dit artikel bespreken wij eerst wat tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 is meegedeeld over het recht van de werknemer de werkzaamheden te mogen verrichten. Daarna komt aan de orde welke voorwaarden de Hoge Raad heeft verbonden aan het recht op tewerkstelling van de werknemer en analyseren wij de lagere rechtspraak van de afgelopen jaren en de hierin ontwikkelde regel dat de gevorderde tewerkstelling wordt toegewezen tenzij de werkgever een zwaarwegende grond heeft de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de situatie waarin de werknemer de werkzaamheden niet bij de werkgever verricht, maar bij een opdrachtgever van de werkgever, zoals het geval is bij uitzendovereenkomsten en andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. Als gezegd wordt in deze situatie een vordering tot wedertewerkstelling bij de opdrachtgever niet toegewezen geacht door de lagere rechter omdat deze is gebaseerd op de verplichting van de werkgever zich als

¹ Mr. dr. J.P.H. (Johan) Zwemmer is advocaat bij DLA Piper te Amsterdam, universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. Mr. H.L. (Henrick) Doorn is advocaat bij DLA Piper te Amsterdam.

goed werkgever te gedragen en daarmee niet tegenover de opdrachtgever kan worden afgedwongen. In een uitspraak uit 2020 breekt het Hof Amsterdam met deze lijn.² Het hof oordeelt dat van artikel 7:611 BW reflexwerking uitgaat in die zin dat de opdrachtgever tegenover de werknemer de nodige zorgvuldigheid in acht moet nemen bij het besluit de werknemer niet meer toe te laten tot het werk. Doet de opdrachtgever dat niet, dan is sprake van onrechtmatig handelen en kan de opdrachtgever worden veroordeeld de werknemer toe te laten tot het werk. In de laatste paragrafen van dit artikel bespreken wij de discrepantie tussen het in de lagere rechtspraak ontwikkelde recht op tewerkstelling van de werknemer in de onderneming van de werkgever en de terughoudender wijze waarop hierover is geoordeeld door de Hoge Raad. Daarbij betrekken wij ook de verenigbaarheid van een recht op tewerkstelling met de in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vastgelegde vrijheid van ondernemerschap. Tot slot bepleiten wij een andere, meer terughoudende maatstaf in de lagere rechtspraak bij de beoordeling van de vordering tot tewerkstelling waarop eveneens een beroep kan worden gedaan door in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen werkzame werknemers.

2. **Wet op de arbeidsovereenkomst 1907: geen algemeen recht op tewerkstelling voor werknemer**

Al bij de totstandkoming van Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 is aan de orde geweest of in de wet een verplichting tot tewerkstelling van de werknemer moest worden opgenomen. In het eerste ontwerp van de wet uit 1901 was in een tweede lid bij de nu in artikel 7:616 BW opgenomen verplichting van de werkgever het loon op tijd te betalen aan de werknemer bepaald dat de werkgever verplicht was *'om den arbeider eene voldoende mate van den bij de overeenkomst bedongen arbeid te verschaffen'*.³ In de toelichting op dit artikel maakte de regering duidelijk dat deze bepaling noodzakelijk was omdat dit anders kon leiden tot omzeiling van de loondoorbetalingsplicht bij bijvoorbeeld stukwerkers omdat de werkgever er dan ook voor kan kiezen de stukwerker minder in te zetten.⁴ Daarnaast kon ook voor werknemers met een vast loon een zeker recht op werk van belang zijn. De regering lichtte dit als volgt toe:

“Doch ook de arbeider die naar tijdruimte werkt heeft in de meeste gevallen er belang bij dat zijne arbeidskracht niet onbenut blijve. De meeste arbeid vereischt toch, zal hij in hoedanigheid niet verminderen, eene zekere gestadige bezigheid. Wordt de arbeider niet in de gelegenheid gesteld de hem eigene vaardigheid, door arbeid te verrichten, hetzij tegen vermindering te vrijwaren,

hetzij verder te ontwikkelen, zoo loopt hij het gevaar dat de kwaliteit van zijnen arbeid zal achteruitgaan, waardoor hij, indien hij tot het sluiten van eene nieuwe arbeidsovereenkomst moet overgaan, niet dat loon voor zijnen arbeid zal kunnen bedingen, hetwelk hij voorheen mocht overeenkomen. Ook ten opzichte van den arbeid is in het algemeen stilstand achteruitgang.”⁵

De verplichting tot tewerkstelling van de werknemer is uiteindelijk voor de indiening van het definitieve wetsontwerp geschrapt omdat deze verplichting naar mening van de regering niet op eenzelfde wijze als de verplichting tot tijdige betaling van het loon als bestanddeel van de arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd.⁶ In de memorie van toelichting bij de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907 deelde de regering hierover mee dat ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling niet hoefde te worden gevreesd dat de werkgever de werknemer *'lichtelijk zonder voldoende mate van arbeid zal laten'* omdat de werkgever dan in strijd zou handelen met zijn verplichtingen als goed werkgever. Een werkgever die, zo deelde de regering mee, *'zijnen arbeider, voor wien gestadige oefening in het vak, waarmede hij zijn dagelijksch brood moet verdienen, noodzakelijk is, desniettemin ander werk laat verrichten, zal geen rechter een 'goed werkgever' noemen, evenmin als den werkgever, die den stukwerker opzettelijk minder laat bearbeiten, dan deze redelijkerwijze kan afleveren.'*⁷ Voor werknemers voor wie het geoefend blijven in het werk noodzakelijk is en voor de werknemers die op basis van stukloon worden betaald, zou dus een recht op tewerkstelling in de (bedongen) arbeid bestaan op basis van goed werkgeverschap. Tijdens de parlementaire behandeling deelden enkele Kamerleden mee het onjuist te vinden dat in het wetsvoorstel geen recht op tewerkstelling was opgenomen. Daarbij wezen zij op categorieën van personen – men noemde toneelspelers, handelsreizigers en vakarbeiders – wier reputatie of wier geoefendheid in hun vak schade lijdt, wanneer hun niet voldoende arbeid wordt gegeven.⁸ In de memorie van antwoord werd evenwel herhaald dat een algemeen recht op tewerkstelling van de werknemer geen deel uitmaakte van de Wet op de arbeidsovereenkomst 1907:

“Het moge waar zijn, dat de arbeider in sommige gevallen bij het aangaan der arbeidsovereenkomst de verwachting koestert steeds eene voldoende mate van arbeid te zullen verrichten, daarmede is echter nog geenszins gezegd, dat nu ook van de zijde van den werkgever *zonder meer*, steeds de verplichting zou bestaan den arbeider, eene voldoende mate van arbeid te verschaffen, en dat zoodanige verplichting vanzelf steeds als een bestanddeel der

2 Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1077, JAR 2020/118, m.nt. Hoogeveen.

3 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 438.

4 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 438.

5 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 438.

6 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 438.

7 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 438/439.

8 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 439.

arbeidsovereenkomst in het algemeen zou moeten worden beschouwd. Natuurlijk kan door den arbeider uitdrukkelijk worden bedongen, dat de werkgever hem steeds een voldoende mate van arbeid zal verschaffen, maar zonder zoodanig beding geldt de verplichting daartoe van de zijde des werkgevers niet, tenzij in zoodanige bijzondere gevallen, waarin de aard der overeenkomst die verplichting ondubbelzinnig medebrengt.”⁹

Met de in de vorige zin genoemde bijzondere gevallen wordt bedoeld op de werknemers voor wie het geoefend blijven in het werk noodzakelijk is en op werknemers die op basis van stukloon worden betaald (en dus ook op de hiervoor aangehaalde door Kamerleden tijdens de parlementaire behandeling genoemde categorieën werknemers – toneelspelers, handelsreizigers en vakarbeiders – wier reputatie of wier geoefendheid in hun vak schade lijdt, wanneer hun niet voldoende arbeid wordt gegeven).

3. **Hoge Raad: recht op (weder)tewerkstelling hangt, gelet op verplichting van werkgever ex artikel 7:611 BW, af van aard arbeidsovereenkomst, de overeengekomen arbeid en van de bijzondere omstandigheden**

Een algemeen recht op tewerkstelling van de werknemer maakte dus geen deel uit van de nu in titel 7.10 BW opgenomen Wet op de arbeidsovereenkomst. Werkgever en werknemer zullen dus in de arbeidsovereenkomst moeten opnemen dat de werknemer gedurende de looptijd daarvan in staat moet worden gesteld de bedongen arbeid te verrichten (en wanneer deze verplichting niet geldt voor de werkgever). Wel brengt de in artikel 7:611 BW neergelegde verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen blijkens de in de vorige paragraaf besproken wetsgeschiedenis mee dat de werkgever – ook wanneer hierover niets is afgesproken met de werknemer – niet te allen tijde kan besluiten de werknemer niet meer toe te laten tot de werkzaamheden. In dat verband werd gewezen op bijzondere categorieën werknemers, zoals werknemers voor wie het geoefend blijven in het werk noodzakelijk is en werknemers die op basis van stukloon worden betaald.

In zijn arrest van 26 maart 1965¹⁰ overwoog de Hoge Raad, onder verwijzing naar de hiervoor besproken wetsgeschiedenis, dat de wetgever geen algemene regel heeft willen stellen ten aanzien van de verplichting van de werkgever de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, maar het antwoord op de vraag heeft willen laten afhangen van de “*verplichting van de werkgever zich als een 'goed werkgever' te gedragen, van de aard van de dienstbetrekking en van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden van elk geval.*” Al mochten

de heersende opvattingen over wat hier van een goed werkgever kan worden verwacht sindsdien wijziging hebben ondergaan, ook in 1965 gold, zo overwoog de Hoge Raad, niet “*in algemene zin [...] dat de werkgever steeds gehouden is de werknemer in voldoende mate arbeid te verschaffen, tenzij het van hem om redenen, hetzij van persoonlijke, hetzij van zakelijke aard, niet zou kunnen worden gevegd de werknemer de bedongen arbeid te doen voortzetten;*”¹¹ In zijn arrest van 25 januari 1980¹² overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar zijn arrest uit 1965 dat het antwoord op de vraag of de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, gelet op zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, afhangt van de aard van de arbeidsovereenkomst, van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden.¹³ De Hoge Raad herhaalde dit in zijn arresten van 27 mei 1983¹⁴ en 12 mei 1989.¹⁵ In dat laatste arrest voegde de Hoge Raad daar nog aan toe dat, op het gebied van toegelaten worden tot de overeengekomen arbeid, van de werkgever minder kan worden gevegd naar mate de werknemer langer wacht met een eis van deze strekking.¹⁶

9 A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst*, deel II, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 439.

10 HR 26 maart 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4555, NJ 1965/163 m.nt. Scholten (Walsweer e.a./Acmesa).

11 In haar conclusie voor het arrest betoogde A-G Minkenhof dat uit de parlementaire geschiedenis geen algemene regel op basis van goedwerkgeverschap volgt dat de werkgever in beginsel verplicht is de werknemer in voldoende mate arbeid te verschaffen. Het goed werkgeverschap ziet op bepaalde arbeidsovereenkomsten waarbij de werkgever gehouden is de werknemer te laten werken. Als voorbeeld noemt de A-G de toneelspeler, wiens reputatie als kunstenaar daar van afhangt, en de kelner, die foaien ontvangt van het publiek. Deze werknemers hebben volgens de A-G een stellig recht om in de gelegenheid te worden gesteld hun arbeid te verrichten. Het de werknemer niet toelaten tot de bedongen arbeid doet weliswaar afbraak aan het prestige van de werknemer, maar naar mening van de A-G kan dit prestige (nog) niet als een zodanig rechtsbelang van de werknemer worden gezien, dat daarvoor het rechtsbelang van de werkgever – dat de werkgever zelf kan bepalen of hij de prestatie van de werknemer wenst – zou moeten wijken. Hierbij merkt de A-G ook op dat het recht op arbeid van de werknemer in strijd lijkt te zijn met de gezagsverhouding. Dat gezag betreft de wijze waarop de arbeid zal worden verricht en dat houdt in dat de werkgever in beginsel heeft te bepalen of er arbeid zal worden verricht.

12 HR 25 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6801, NJ 1980/264, m.nt. P.A. Stein (*Possemis/Hoogenboom's Bewakingsdienst*).

13 De Hoge Raad formuleerde het letterlijk als volgt: ‘*Het antwoord op de vraag of de werkgever verplicht is de werknemer in staat te stellen de overeengekomen arbeid te verrichten, hangt, in het kader van de in art. 1638z BW omschreven verplichting van de werkgever zich als een 'goed werkgever' te gedragen, af van de aard van de dienstbetrekking, van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden.*’

14 HR 27 mei 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4599, NJ 1983/758 (*Ruskamp/Welsuria*).

15 HR 12 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC2497, NJ 1989/801 m.nt. P.A. Stein (*Chelbi/Klene*).

16 In zijn arrest van 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:923, JAR 2015/114 m.nt. Fruytier, bevestigde de Hoge Raad het oordeel van de kantonrechter dat het niet meer oproepen van een oproepkracht in verband met een geschil over reiskostenvergoeding en de afwijzing door de oproepkracht van uitbreiding van zijn vaste uren, in strijd was met goed werkgeverschap en dat dit onder andere kon leiden tot toewijzing van de vordering van de oproepkracht om in de gelegenheid te worden gesteld extra diensten te draaien.

4. Lagere rechtspraak: de werknemer heeft recht op tewerkstelling tenzij de werkgever redelijke en voldoende zwaarwegende gronden heeft voor niet-tewerkstelling werknemer

De Hoge Raad is dus van oordeel dat de verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen niet meebrengt dat sprake is van een algemeen recht op tewerkstelling van de werknemer. In zijn noot bij het arrest van de Hoge Raad uit 1980 pleit Stein voor een terughoudende opstelling van de rechter bij het toewijzen van een vordering tot wedertewerkstelling van de werknemer. Hij wijst er daarbij op dat de redenen voor de weigering een bepaalde werknemer toe te laten dikwijls samenhangen met de gecompliceerde verhoudingen op de werkplaats die een buitenstaander niet gemakkelijk kan doorzien. Daarom moeten er naar mening van Stein *“duidelijke aanwijzingen zijn, om een ingrijpen van de rechter te rechtvaardigen. Anders zou immers aan de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de gang van zaken op de arbeidsplaats worden tekortgedaan; een verantwoordelijkheid die op hem rust mede in het belang van de overige werknemers.”* Stein constateerde toen echter ook al dat de jurisprudentie van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak zo wordt opgevat dat de werkgever de werknemer slechts op grond van een verdedigbaar motief de toegang tot de werkzaamheden mag ontzeggen. Dat laatste is, ook na de hiervoor aangehaalde drie arresten van de Hoge Raad uit de jaren tachtig, steeds de norm gebleven in de lagere rechtspraak. In hun analyse van twintig jaar gepubliceerde (lagere) rechtspraak uit 2014 stellen Boot en Bokx-Boom vast dat de lagere jurisprudentie het recht op tewerkstelling tot uitgangspunt neemt.¹⁷ De vordering tot wedertewerkstelling wordt hierin in beginsel toegewezen tenzij de werkgever aantoont dat hij zeer goede gronden heeft voor een op non-actiefstelling van de werknemer. Uit onze analyse van de gepubliceerde (lagere) rechtspraak vanaf 2014 blijkt dat dit uitgangspunt in de afgelopen jaren niet is gewijzigd. In de uitspraken waarin de door de werknemer gevorderde (weder)tewerkstelling werd toegewezen overweegt de rechter dat de werkgever de werknemer slechts de toegang tot de werkzaamheden mag ontzeggen wanneer hij daarvoor een redelijke grond heeft en die grond voldoende zwaar weegt, gelet op het in beginsel zwaarwegend te achten belang van de werknemer om de bedongen arbeid te kunnen blijven

verrichten.¹⁸ Dit zwaarwegende belang van de werknemer bij het kunnen blijven verrichten van de bedongen arbeid wordt in het overgrote deel van de uitspraken niet nader gemotiveerd. De enkele keer dat dit wel gebeurde werd gewezen op de diffamerende werking van de schorsing voor de werknemer gelet op de kleine markt waarbinnen werkgever opereerde.¹⁹ In 21 van de door ons geanalyseerde 44 uitspraken voerde de werkgever een onwerkbaar arbeidsrelatie of disfunctioneren aan als reden voor het niet toelaten van de werknemer tot de werkzaamheden. In die situatie wees de rechter in slechts zes uitspraken de door de werknemer gevorderde tewerkstelling af. De werknemer had dan erkend dat de verhoudingen verstoord waren,²⁰ of de werkgever had de werknemer dan een alternatieve functie

17 G.C. Boot en S.H. Bokx-Boom, 'Het recht op tewerkstelling', TRA 2014/41.

18 Wedertewerkstelling **toegewezen** (27): Ktr. Maastricht 23 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:881, Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223, Ktr. Enschede 24 november 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6195, Ktr. Arnhem 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7035, Ktr. Amsterdam 16 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6674, Ktr. Almere 27 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1719, Hof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2420, Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 19 april 2017, ECLI:NL:OGEAA:2017:288, Ktr. Rotterdam 5 september 2017, Ktr. Leeuwarden 5 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:34, ECLI:NL:RBROT:2017:7986, Ktr. Rotterdam 23 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1411, Ktr. Rotterdam 8 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3719, Ktr. Rotterdam 29 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5418, Ktr. Utrecht 12 september 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4348, Ktr. Haarlem 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:11649, Hof Arnhem-Leeuwarden 15 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:295, Ktr. Almelo 22 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:722, Ktr. Rotterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3194, Ktr. Almere 29 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1911, Ktr. Leeuwarden 8 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1980, Ktr. Lelystad 3 juli 2020 ECLI:NL:RBMNE:2020:2566, Ktr. Den Haag 25 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12073, Ktr. Rotterdam 12 februari 2021 ECLI:NL:RBROT:2021:1041, Ktr. Utrecht 19 mei 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2073, Ktr. Leeuwarden 30 juni 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2696, en Ktr. Rotterdam 20 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9059, Ktr. Arnhem 3 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4244. In de uitspraken waarin de gevorderde wedertewerkstelling werd afgewezen sloten rechters aan bij de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, het leerstuk van eenzijdige wijziging of motiveerde dit niet nader. Wedertewerkstelling **afgewezen** (16): Ktr. Maastricht 2 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9234 en Ktr. Utrecht 21 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9189, Ktr. Maastricht 8 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1028, Ktr. Maastricht 27 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5483, Hof Den Bosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5676, Ktr. Groningen 10 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5004, Ktr. Maastricht 4 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3208, Ktr. Rotterdam 12 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7644, Ktr. Almelo 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2602, Ktr. Zwolle 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:3604, Ktr. Rotterdam 20 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10193, Ktr. Haarlem 3 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9720, Ktr. Haarlem 15 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3255, Ktr. Rotterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1425, Ktr. Rotterdam 15 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8988 en Ktr. Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11826.

19 Zie Ktr. Rotterdam 8 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3719. In zijn uitspraak van 15 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:295 overwoog het Hof Arnhem-Leeuwarden onder verwijzing naar een zin uit de inleiding van de memorie van toelichting bij de Wet werk en zekerheid waarin de visie van het toenmalige kabinet Rutte II op het belang van werk wordt geschetst dat *“voorop [staat] dat een werknemer in beginsel een zwaarwegend belang heeft bij het kunnen verrichten van de bedongen arbeid, aangezien het verrichten daarvan een werknemer de mogelijkheid biedt tot zelfontplooiing, sociale contacten, de ontwikkeling van een eigen identiteit en een vorm van maatschappelijke participatie is”*.

20 Ktr. Almelo 26 juli 2019 ECLI:NL:RBOVE:2019:2602.

aangeboden of werk op een andere locatie (om zo het arbeidsconflict op te lossen).²¹

Gelet op de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis en jurisprudentie van de Hoge Raad blijft de vraag of het in de lagere rechtspraak aangenomen recht op tewerkstelling juist is.²² Daarnaast leidt – zoals aan de orde komt in de hierna volgende paragraaf – de wijze waarop deze maatstaf wordt toegepast in situaties waarin de werknemer de werkzaamheden niet bij of voor de werkgever zelf verricht, maar bij een opdrachtgever van de werkgever, ook nog eens tot een in veel gevallen moeilijk te verdedigen onderscheid in arbeidsrechtelijke bescherming. Daarmee heeft een in de afgelopen decennia sterk toegenomen deel van de werknemers dat op basis van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding werkzaam is bij een opdrachtgever geen aanspraak op dit cruciale onderdeel van de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer.

5. De vordering tot tewerkstelling bij uitzending en andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen²³

Uit de parlementaire geschiedenis bij de in titel 7.10 BW opgenomen bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst blijkt dat de allocatiefunctie van het uitzendbureau wordt gezien als een rechtvaardiging voor het feit dat de uitzendwerknemer, anders dan een gewone werknemer, in beginsel geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever kan afdwingen wanneer deze de terbeschikkingstelling van de uitzendwerknemer beëindigt.²⁴ De reden hiervoor was dat de opdrachtgever de uitzendovereenkomst aanging met het oog op de flexibele inzet van de uitzendwerknemer en het bedrijfsmodel van de uitzendwerkgever erop gericht is de uitzendwerknemer na de beëindiging van de terbeschikkingstelling zo snel mogelijk onder te brengen bij een andere opdrachtgever (allocatiefunctie). In lijn met deze wetsgeschiedenis oordelen rechters – zoals het Hof Leeuwarden in zijn uitspraak van 13 december 2006²⁵ – dat de

opdrachtgever zich bij de invulling van de opdrachtovereenkomst met het uitzendbureau niet mede hoeft te laten leiden door de belangen van de uitzendwerknemer omdat 'juist de flexibiliteit voor de inlener een wezenlijk kenmerk is' in het samenstel van enerzijds de opdrachtovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de inlener en anderzijds de arbeidsovereenkomst van de uitzendwerkgever met de uitzendwerknemer.²⁶ In arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de werknemer niet in het kader van een dergelijke allocatiefunctie arbeid verricht voor de opdrachtgever van de werkgever, ontbreekt echter deze rechtvaardiging voor het door de uitzendwerknemer niet kunnen afdwingen van wedertewerkstelling bij de opdrachtgever. Dat is aan de orde in de situatie waarin de werknemer arbeid verricht voor een specifieke opdrachtgever van de werkgever, zoals bij payroll, of wanneer deze bij de opdrachtgever wordt ingezet om specifieke of specialistische werkzaamheden te verrichten, zoals bij detachering of contracting. In de lagere rechtspraak wordt ook in deze situaties een beroep op wedertewerkstelling door de werknemer bij de opdrachtgever afgewezen. Rechters volstaan hierbij veelal met de overweging dat het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever in deze situatie in de weg staat aan toewijzing van de gevorderde wedertewerkstelling.²⁷ Dat leidt dan in vergelijking met de hiervoor besproken lagere rechtspraak tot volledig andere uitkomsten terwijl feitelijk sprake is van vergelijkbare feiten en omstandigheden. In de uitspraak van de kantonrechter te Maastricht van 4 maart 2015²⁸ was de werknemer als payrollwerknemer gedurende zeven jaar werkzaam voor dezelfde opdrachtgever; in de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 2 februari 2010²⁹ was de werknemer gedurende elf jaar op dezelfde werkplek werkzaam als metaalbewerker; in de uitspraak van de kantonrechter te Sneek van 10 november 2006³⁰ was de werknemer gedurende zeventien jaar gedetacheerd bij de gemeente Skarsterlân en in de hiervoor aangehaalde uitspraak van het Hof Leeuwarden van 13 december 2006 was de werknemer door facilitair dienstverlener ISS als kantine medewerkster tewerkgesteld bij DSM.³¹ In de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van

21 Ktr. Maastricht 8 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1028, Ktr. Groningen 10 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5004, Ktr. Maastricht 4 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3208 en Ktr. Haarlem 15 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:3255. In slechts één geval werd de door de werknemer gevorderde tewerkstelling afgewezen zonder dat sprake was van een erkenning door de werknemer of een door de werkgever voorgesteld alternatief (Ktr. Rotterdam, 15 september 2021 ECLI:NL:RBROT:2021:8988). Het ging hierin om een kleine werkgever (minder dan 5 werknemers) die onderbouwde dat de andere werknemers spanningsklachten kregen door de aanwezigheid van de werknemer.

22 Zie hierover ook A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal recht*, Zutphen: Paris 2010, p. 119; J.J.M de Laat, commentaar op art. 7:611 BW, in: A.R. Houweling e.a., *Sdu Commentaar Arbeidsrecht, Artikelsgewijs*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2021 en G.J.J. Heerma van Voss, in *Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/59*.

23 Zie hierover ook J.P.H. Zwemmer, *Arbidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payroll, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 4.1, J.P.H. Zwemmer en T. Huijg, 'Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder) tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst', *TAO 2018/ 3* en de annotatie van Zwemmer onder de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015 onder AR Updates 2015-0264 en AR Updates 2015-0371.

24 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 6, p. 16.

25 Hof Leeuwarden 13 december 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ4618.

26 In bijzondere omstandigheden kan in geval van het door de opdrachtgever zonder goede reden beëindigen van de terbeschikkingstelling wel sprake zijn van misbruik van bevoegdheid door de opdrachtgever. Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden (ktr.) 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU2509, *JAR 2011/304* m.nt. Zwemmer.

27 Overigens vormt dit formele aspect in de lagere rechtspraak dan weer geen belemmering bij het toewijzen van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Het ontbreken van een arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, vormt zelfs geen punt van aandacht in de overwegingen van rechters bij de beoordeling van een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer (zie o.a. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922). Op zichzelf is dat goed te begrijpen. Anders zouden werknemers die werkzaam zijn binnen een groep waarin één groepsmaatschappij fungeert als centrale werkgever nooit wedertewerkstelling kunnen vorderen.

28 Ktr. Maastricht 4 maart 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1829.

29 Hof Leeuwarden 2 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL3778.

30 Ktr. Sneek 10 november 2006, *JAR 2007/153*.

31 Zie over deze uitspraak, de uitspraak van de kantonrechter te Sneek van 10 november 2006 en het vonnis van de kantonrechter te Leeuwarden van 25 oktober 2011 eveneens O. van der Kind, 'Reflexwerking van art. 7:611 BW', *ArbeidsRecht 2012/43*.

17 maart 2015³² en 14 april 2015³³ waren de werknemers gedurende respectievelijk twaalf en vier jaar werkzaam bij dezelfde opdrachtgever en betrof het Hof Arnhem-Leeuwarden artikel 7:611 BW zelfs helemaal niet bij zijn beoordeling. Het hof volstond hier met de overweging dat de opdrachtgever de inzet van de betrokken werknemers zonder opgave van redenen kon beëindigen omdat zij op basis van hun arbeidsovereenkomsten met de werkgever die hen ter beschikking stelde aan de opdrachtgever, geen wedertewerkstelling bij de opdrachtgever konden afdwingen.

Een witte raaf in deze reeks uitspraken vormt de nog vrij recente uitspraak van het Hof Amsterdam 14 april 2020.³⁴ Hier werd de werknemer krachtens een overeenkomst van opdracht tussen de werkgever (ISS) en (de luchthaven) Schiphol als schoonmaker ingezet op Schiphol. Daarbij heeft Schiphol de werknemer voorzien van een zogenoemde Schipholpas. In de overeenkomst tussen ISS en Schiphol heeft Schiphol zich het ongeclausuleerde recht voorbehouden de werknemer de toegang tot Schiphol te ontzeggen. Op 4 december 2018 heeft de bedrijfsrecherche van Schiphol de Schipholpas van de werknemer ingenomen nadat was gebleken dat hij een flesje cola in de Priviumruimte (luxe privé lounge op Schiphol) had gedronken. De werknemer vordert teruggave van de Schipholpas en tewerkstelling op Schiphol. Het hof overweegt dat van artikel 7:611 BW reflexwerking uitgaat in die zin dat Schiphol bij de vaststelling van de feiten rond de vermeende diefstal van het flesje cola de vereiste zorgvuldigheid in acht had dienen te nemen. Dat is niet gebeurd en dat is onrechtmatig, aldus het hof. Naar het oordeel van het hof bestaat tussen Schiphol en de werknemer een rechtsverhouding die zich kenmerkt door de afgifte van de Schipholpas door Schiphol aan de werknemer, de regels waaraan de werknemer zich in dat verband moet houden en de mogelijkheid van Schiphol de Schipholpas in te nemen, met alle gevolgen van dien voor de werknemer. Dit houdt in dat in de rechtsverhouding tussen Schiphol en de werknemer ook de redelijkheid en billijkheid een rol spelen. Schiphol moest zich in dat verband dan ook bij haar beslissing de Schipholpas in te trekken mede daardoor laten leiden. Het hof overweegt dat Schiphol onrechtmatig heeft gehandeld door bij haar beslissing om de Schipholpas in te nemen geen rekening te houden met de belangen van de werknemer en veroordeelt Schiphol daarom de Schipholpas terug te geven en de werknemer weer toe te laten tot het werk als zijn werkgever hem weer bij Schiphol tewerkstelt.

Naar het oordeel van het Hof Amsterdam kan de werknemer dus op grond van onrechtmatige daad tewerkstelling afdwingen bij de opdrachtgever wegens het door de opdrachtgever niet in acht nemen van de nodige, op reflexwerking van artikel 7:611 BW gebaseerde, zorgvuldigheid bij

het nemen van het besluit de werknemer niet meer toe te laten tot het werk.³⁵ Maar welke toets moet de rechter hier aanleggen – de terughoudende toets van de Hoge Raad (toewijzing van de gevorderde tewerkstelling hangt af van de aard van de arbeidsovereenkomst, van de overeengekomen arbeid, alsmede van de bijzondere omstandigheden) of de ruimere in de lagere rechtspraak van de afgelopen decennia ontwikkelde toets (de gevorderde tewerkstelling wordt toegewezen tenzij de werkgever een zwaarwegende grond heeft de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden)?

6. Recht op tewerkstelling en de vrijheid van ondernemerschap

Los van de discrepantie tussen het in de lagere rechtspraak aangenomen recht op tewerkstelling van de werknemer en de terughoudender wijze waarop hierover is geoordeeld door de Hoge Raad (onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis), is tevens de vraag of dit recht op tewerkstelling verenigbaar is met de in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest) vastgelegde vrijheid van ondernemerschap. Op grond van dit direct werkende Europese grondrecht moet de ondernemer in staat worden gesteld een onderneming te drijven zonder te worden onderworpen aan discriminatie of disproportionele beperkingen.³⁶ De vrijheid van ondernemerschap wordt in artikel 16 Handvest erkend 'overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.' Dat betekent dat hieraan in de wetgeving van de Lidstaten beperkingen kunnen worden gesteld. Deze beperkingen zullen moeten beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap voor ogen heeft en mogen, met het oog op het hiermee nagestreefde doel, niet onevenredig en onduelbaar ingrijpen met als gevolg dat deze vrijheid in haar kern wordt aangetast.³⁷ Nu in titel 7.10 BW geen recht op tewerkstelling is opgenomen dient naar onze mening bij de beoordeling door de rechter van een door de werknemer gevorderde tewerkstelling op grond van de open norm van artikel 7:611 BW ook de vrijheid van ondernemerschap worden betrokken in de belangenafweging

32 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1938, AR Updates 2015-0264, m.nt. Zwemmer.

33 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690, AR Updates 2015-0371, m.nt. Zwemmer.

34 Hof Amsterdam 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1077, JAR 2020/118, m.nt. Hoogveen.

35 Zie over de mogelijkheid voor de uitzendwerknemer om over de band van een vordering op grond van onrechtmatige daad tewerkstelling af te dwingen bij de inlener ook J.P.H. Zwemmer en T. Huijg, 'Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder)tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst', TAO 2018/ 3 en de annotatie van Zwemmer onder de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015 onder AR Updates 2015-0264 en AR Updates 2015-0371. Daarnaast heeft de ter beschikking stellende werkgever op grond van artikel 7:611 BW (als werkgever) een eigen verantwoordelijkheid tegenover de werknemer ten aanzien van de door de opdrachtgever jegens de uitzendwerknemer in acht te nemen zorgvuldigheid bij een conflict of bij een beëindiging van de terbeschikkingstelling. Zie hierover J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 101-102.

36 B. Ter Haar 'Sociaal recht in conflict met de vrijheid van ondernemerschap: het Hof van Justitie van de EU een nieuwe constitutionele rechter?', TAP 2018/61.

37 Zie HvJ 9 september 2008, C120/06 P en C121/06 P, ECLI:EU:C:2008:476 (*Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM)*), r.o 183 (en de daar genoemde jurisprudentie).

door de rechter.³⁸ Het in de lagere rechtspraak aangenomen recht op tewerkstelling van de werknemer kwalificeert als een ingrijpende beperking van de vrijheid van ondernemerschap. Hierdoor wordt de werkgever immers verplicht de onderneming te drijven met tewerkstelling van de werknemer. Dit raakt ook aan het deel van het gezagscriterium dat betrekking heeft op de instructiebevoegdheid van de werkgever ten aanzien van de orde in en de organisatie van de onderneming. Daarbij wringt het dat in de lagere rechtspraak bij de toepassing van dit recht op tewerkstelling een moeilijk te verdedigen onderscheid wordt gemaakt omdat dit alleen (onverkort) geldt wanneer de werknemer in de onderneming van de werkgever zelf werkzaam is en niet wanneer de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan of ingezet wordt bij de onderneming van een opdrachtgever van de werkgever.³⁹

Los van het bovenstaande wijzen wij erop dat aan de andere kant de werknemer, in combinatie met de Nederlandse preventieve ontslagtoets, nu welhaast gedwongen wordt een beroep te doen op dit recht tegenover een werkgever die al heeft besloten niet meer verder met hem te willen. Anders zou dit op een voor hem negatieve manier betrokken kunnen worden bij de beoordeling van zijn ontslag en een daarbij toe te kennen vergoeding. Boot en Bokx-Boom constateren dat goed werkgeverschap meebrengt dat de werknemer in beginsel een ontslagprocedure mag afwachten vanuit een werkende situatie omdat een non-actiefstelling een ongelijke situatie doet ontstaan in de ontslagprocedure: de werknemer staat dan al half buiten de deur. De terugkeer van de werknemer zorgt hier voor een – zoals Boot en Bokx-Boom dat noemen – *equality of arms*.⁴⁰ Daarmee gaan zij naar onze mening niet alleen voorbij aan de, zoals Stein dat noemde, gecompliceerde verhoudingen op de werkplaats, die een buitenstaander niet gemakkelijk kan doorzien, maar ook aan het feit dat de werknemer hiermee wordt gedwongen te ‘vechten’ voor iets dat voor hem persoonlijk en professioneel juist zeer belastend kan zijn (tewerkstelling bij een onwillige werkgever).⁴¹ Bovendien is de

werkgever hier op grond van de wet al verplicht het loon op de gebruikelijke manier door te betalen. Die verplichting bestaat alleen niet wanneer het niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.⁴² Het niet toelaten tot de werkzaamheden van de werknemer is een oorzaak die in beginsel voor rekening van de werkgever komt.⁴³

7. Naar een andere, meer terughoudende maatstaf bij de beoordeling van de vordering tot tewerkstelling in de lagere rechtspraak

De hiervoor besproken argumenten zouden naar onze mening reden moeten zijn voor een herbezinning in de lagere rechtspraak over de te hanteren maatstaf bij de beoordeling van een vordering tot tewerkstelling. Die maatstaf moet (weer) gaan aansluiten bij de overwegingen van de Hoge Raad in de hiervoor besproken arresten. Argument daarvoor is naar onze mening tevens dat door de rechter bij de beoordeling van een vordering tot tewerkstelling ook de vrijheid van ondernemerschap moet worden betrokken in de daarbij door de rechter te maken belangenafweging. Dit verdraagt zich niet met het in de lagere rechtspraak aangenomen recht op tewerkstelling dat zo wordt uitgelegd dat een vordering tot tewerkstelling altijd wordt toegewezen tenzij de werkgever een redelijke en voldoende zwaarwegende grond heeft voor vrijstelling van de werknemer. Daarbij is ook relevant dat (wél) uit de wet volgt dat de werkgever in beginsel verplicht is het loon door te betalen wanneer de werknemer de arbeid

38 Zie over de vrijheid van ondernemerschap en de norm van artikel 7:611 BW ook L.G. Verburg, ‘Ter Visie – Het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap: een nieuw geluid’, *TAO* 2017/3.

39 Bij andere uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen is dit in de afgelopen jaren gelijk getrokken. Zie bijvoorbeeld het op 1 juli 2015 in werking getreden artikel 7:616a BW op grond waarvan de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon, artikel 7:658 lid 4 BW dat hetzelfde bepaalt ten aanzien van de zorgplicht voor een veilige werkomgeving en de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet waarin de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de naleving van de in die wetten opgenomen normen en regels gericht op bescherming van de werknemer tegen met zijn werkzaamheden samenhangende invloeden die zijn gezondheid en welzijn bedreigen.

40 G. C. Boot en S.H. Bokx-Boom, ‘Het recht op tewerkstelling’, *TRA* 2014/41, p. 8. Om deze reden pleiten zij er in hun artikel juist voor dat de Hoge Raad het in de lagere rechtspraak ontwikkelde recht op tewerkstelling bevestigt.

41 Zie met het oog op dat laatste ook Vivian Bij de Vaate, ‘Ontslagrecht volgens de Commissie Regulering van Werk; een reflectie’, *TvO* 2020/2, p. 53/54, waar zij erop wijst dat een ontslagstelsel waarbij de werknemer gedwongen kan zijn door te werken bij een werkgever die van hem af wil, voor de werknemer geen pretje is en bovendien ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever in de hand werkt wanneer deze vervolgens probeert op die manier een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te forceren.

42 Artikel 7:616 jo. 628 lid 1 BW.

43 In HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057, NJ 2007/332 m.nt. Heerma van Voss (*Van der Gulik/Vissers*) is geoordeeld dat een schorsing of een op non-actiefstelling een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen, ook indien de werknemer aanleiding heeft gegeven tot de maatregel. In HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209, NJ 2018/54 m.nt. Bouwens (*Wilco*) oordeelde de Hoge Raad dat het arrest *Van der Gulik/Vissers* er niet aan in de weg staat dat de rechter op grond van artikel 7:628 BW oordeelt dat de werknemer geen aanspraak maakt op loon wanneer in hoger beroep wordt geoordeeld dat de rechter in eerste aanleg ten onrechte heeft geoordeeld dat het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was. Daarbij wordt door de Hoge Raad verondersteld ‘dat de werknemer zich tot het verrichten van arbeid bereid heeft verklaard, maar niet tot het werk is toegelaten, ook niet na de beslissing in eerste aanleg’ (r.o. 3.10.2). In deze overweging zou kunnen worden gelezen dat de werkgever de keuze zou hebben de op staande voet ontslagen werknemer (nog steeds) niet toe te laten tot het werk nadat de kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is. Anderzijds overweegt de Hoge Raad in de *Wilco*-beschikking in dezelfde r.o. dat de werkgever na die beslissing in eerste aanleg waarin het ontslag op staande voet werd vernietigd ‘verplicht was de werknemer tot het werk toe te laten’. Boot stelt op grond van die laatste overweging dat het ‘er sterk op lijkt’ dat de Hoge Raad daarmee het in de lagere rechtspraak ontwikkelde recht op tewerkstelling zou hebben bevestigd (zoals ook door hem en S.H. Bokx-Boom bepleit in hun hiervoor aangehaalde artikel in *TRA* in 2014). Zie G.C. Boot, ‘Fantasia IX: de fenomenale reis’, *TAP* 2018/319 p. 23. Naar onze mening kan dit niet worden afgeleid uit deze overweging. De hierin door de Hoge Raad gebruikte formulering houdt verband met de in r.o. 3.10.2 door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten voor de toepassing van de risicoregeling van artikel 7:628 BW en het feit dat die uitsluitend gelden in de situatie waarin de werkgever de werknemer feitelijk niet tewerk heeft gesteld. Een bevestiging door de Hoge Raad van het in de lagere rechtspraak aangenomen recht op tewerkstelling dan wel enige andere nuancering op zijn arresten hiervoor uit de jaren tachtig van de vorige eeuw kan hierin naar onze mening niet worden gelezen.

niet verricht. Op deze wijze wordt de werknemer beschermd tegen de (financiële) gevolgen van de keuze van de werkgever hem niet toe te laten tot de werkzaamheden. Vordert de werknemer daarbij tewerkstelling, dan moet naar onze mening toewijzing van die vordering in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad afhangen van (i) de aard van de arbeidsovereenkomst, (ii) de overeengekomen arbeid en (iii) de bijzondere feiten en omstandigheden van het geval. Bij (i) kan dan bijvoorbeeld worden betrokken dat sprake is van een uitzendovereenkomst waarbij de uitzendkracht in het kader van de allocatiefunctie van zijn werkgever ter beschikking wordt gesteld aan opdrachtgevers, aan de piloot die een minimum aantal vliegreuren per jaar moet maken of een arbeidsovereenkomst waarbij de hoogte van het loon afhankelijk is van de verrichte arbeid, bij (ii) of met de werknemer afspraken zijn gemaakt over de bedongen arbeid en onder welke omstandigheden of voorwaarden de werkgever niet verplicht is de werknemer toe te laten tot deze werkzaamheden en bij (iii) kan worden gedacht aan gevolgen van een toewijzing van de gevorderde tewerkstelling voor de verhoudingen op de werkvloer of aan de specifieke reputatieschade die de werknemer hierdoor lijdt gelet op zijn functie of de (kleine) markt waarbinnen de werkgever opereert.⁴⁴ Voorts moet een vordering tot tewerkstelling bij de opdrachtgever, van de werknemer die werkzaam is in een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding, langs diezelfde maatstaf toewijsbaar zijn. Het arrest van het Hof Amsterdam van 14 april 2020 illustreert dat een dergelijke vordering kan worden toegewezen. De werknemer spreekt de opdrachtgever dan op grond van onrechtmatige daad aan bij een in zijn ogen onterechte beëindiging van de tewerkstelling op basis van deze maatstaf en stelt daarbij een zogenoemde gebodsactie in op grond waarvan de opdrachtgever wordt verplicht de werknemer toe te laten tot de werkzaamheden.⁴⁵

44 Bij deze laatste voorbeelden bij (iii) zou de vordering tot tewerkstelling van deze werknemers toewijsbaar zijn wanneer de werkgever bij zijn besluit hun niet meer toe te laten tot de werkzaamheden niet de daarbij – zoals het Hof Amsterdam dat formuleert in zijn arrest van 14 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1077 – vereiste zorgvuldigheid in acht nam. Wanneer reeds bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst duidelijk is dat het de werknemer niet toelaten tot de bedongen arbeid zal leiden tot specifieke reputatieschade voor de werknemer gelet op zijn functie of de markt waarbinnen wordt geopereerd ligt overigens sneller voor de hand dat in de arbeidsovereenkomst afspraken worden gemaakt over de bedongen arbeid en onder welke omstandigheden of voorwaarden de werkgever niet verplicht is de werknemer toe te laten tot deze werkzaamheden. In dat geval hangt de toewijzing van de vordering tot tewerkstelling dan van deze afspraken af (ii).

45 Zie hierover nader J.P.H. Zwemmer en T. Huijg, 'Het derdenbeding en driehoeksrelaties in het arbeids- en pensioenrecht: (weder)tewerkstelling en de uitvoeringsovereenkomst', *TAO* 2018/ 3 en de annotatie van Zwemmer onder de arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 17 maart 2015 en 14 april 2015 onder *AR Updates* 2015-0264 en *AR Updates* 2015-0371.