



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De verhouding tussen de Hoge Raad en de Europese rechters op het gebied van het arbeidsrecht

Heerma van Voss, G.J.J.; S. Sagel, E. Verhulp

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2005). De verhouding tussen de Hoge Raad en de Europese rechters op het gebied van het arbeidsrecht. *Voor De Laat: De Hoge Raad*, 34(34), 33-58. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14719>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14719>

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

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 34

Voor De Laat: de Hoge Raad

Redactie

Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp

Met bijdragen van:

Mr. R.A.A. Duk

Mr. E.H. van Staden ten Brink

Mr. A.G. Castermans

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

Prof. mr. C.J. Loonstra

Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp

Mevr. mr. A.J. Swelheim

Mevr. mr. T.H. Tanja-van den Broek

Mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai en mr. Th. Veling

KLUWER 

Deventer - 2005

4 De verhouding tussen de Hoge Raad en de Europese rechters op het gebied van het arbeidsrecht

*Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss**

4.1 Inleiding

De invloed van het Europese recht op het Nederlandse arbeidsrecht is de afgelopen tien jaar toegenomen.¹ Enerzijds is dat het gevolg van het toenemende aantal richtlijnen van de Europese Gemeenschap.² Anderzijds is ook het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens geleidelijk meer invloed gaan uitoefenen op het Nederlandse rechtsleven. In deze bijdrage zal specifiek worden ingegaan op de verhouding tussen de Hoge Raad en de twee hoogste Europese rechtsprekende colleges: het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in Luxemburg en het Europees Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg.³

Dit lijkt des te zinvoller nu in de recentelijk ter gelegenheid van het afscheid van mr. W.E. Haak als president van de Hoge Raad verschenen bundel *Europeanisering van het Nederlands recht*⁴ zo onge-

* Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

1 Zie nader B. Barentsen, A.C. Damsteegt & J. Heinsius (red.), *Arbeidsrecht in internationaal perspectief*, Reeks VvA 30 Deventer 2001.

2 Zie voor een tekstuitgave G.J.J. Heerma van Voss (red.), *Regelgeving Europees sociaal recht*, Den Haag: Sdu 2003. Van het handboek A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995 zal in 2005 een tweede druk verschijnen. In de reeks Europees sociaal recht van de Sdu zijn over diverse Europees-arbeidsrechtelijke onderwerpen deelstudies verschenen die de doorwerking in het nationale recht bespreken.

3 Voor een dergelijk onderzoek voor de Centrale Raad van Beroep verwijs ik naar R.J.G.M. Widdershoven, 'Europese invloed op de rechtsbescherming door de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a., *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 197-219.

4 G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia, *Europeanisering van het Nederlands recht* (Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak), Deventer: Kluwer 2004.

veer alle rechtsgebieden worden besproken behalve het arbeidsrecht. Wellicht vormt dit weer een aanwijzing voor de in arbeidsrechtelijke kringen recentelijk veel besproken verminderde belangstelling bij de Hoge Raad voor arbeidsrechtelijke benaderingswijzen.

In deze bijdrage zal worden geanalyseerd wat op het gebied van het arbeidsrecht de verhouding is tussen de Hoge Raad en deze beide colleges. Daarbij zal het EG-recht meer aandacht krijgen, gezien het feit dat de relatie tussen de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EG directer is.

4.2 De rol van het HvJ EG

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) kan op verschillende gronden om een uitspraak worden gevraagd:

- de inbreukprocedure (art. 226-228 EG-Verdrag);
- de rechtmatigheidstoetsing van gemeenschapsbeslissingen (art. 230-231 EG-Verdrag);
- bij nalatigheid van een EG-instelling om besluiten te nemen (art. 232-233 EG-Verdrag); en
- de prejudiciële procedure.

Met name de prejudiciële procedure vereist samenwerking tussen het HvJ EG en de nationale rechter. In het kader van deze procedure is het HvJ EG bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van het EG-Verdrag of over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de EG-instellingen. Indien een vraag wordt opgeworpen voor een nationale rechterlijke instantie in een lidstaat kan deze het HvJ EG verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen, indien zij een beslissing noodzakelijk acht voor haar uitspraak. De hoogste nationale rechterlijke instantie is gehouden zich over zo'n vraag tot het HvJ EG te wenden (art. 234 EG-Verdrag). Deze verplichting geldt overigens niet indien de zaak evident is (*acte clair*)⁵ of reeds eerder is opgehelderd (*acte éclairé*).⁶ De nationale rechter ontleent de bevoegdheid om een prejudiciële

5 HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81, *Jur.* 1982, p. 3415 (*CILFIT*).

6 HvJ EG 27 maart 1963, nr. 28-30/62, *Jur.* 1963, p. 63 (*Da Costa en Schaaake*); HvJ EG 6 oktober 1982, nr. 283/81, *Jur.* 1982, p. 3415, *SEW* 1983, p. 341, m.nt. R.H. Lauwaars (*CILFIT*).

vraag te stellen rechtstreeks aan het EG-recht, nationaal recht kan daaraan niet afdoen.⁷

De uitspraak van het HvJ EG is bindend voor de nationale rechter die haar heeft gevraagd en voor hogere rechters die in dezelfde zaak later oordelen. Wel kan een tweede prejudiciële beslissing worden gevraagd.⁸

Het arrest heeft in beginsel werking voor de uitleg van het betrokken voorschrift vanaf de inwerkingtreding van dat voorschrift. Slechts in uitzonderingsgevallen pleegt het Hof, in verband met dringende overwegingen van rechtszekerheid en eerbiediging van te goeder trouw totstandgekomen verwachtingen, de terugwerkende kracht van een regel te beperken. Juist in het sociaal recht zijn hiervan voorbeelden te vinden, met name bij de gelijke behandeling:

- de gelijke beloning van mannen en vrouwen⁹;
- de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de pensioenen¹⁰;
en
- de discriminatie naar nationaliteit.¹¹

In de bijlage is een overzicht verzameld van prejudiciële beslissingen van het HvJ EG op verzoek van Nederlandse rechterlijke colleges op het gebied van het Europese arbeidsrecht.

Thans zal worden ingegaan op de rol van de Hoge Raad in deze zaken.

4.3 De prejudiciële procedure

De prejudiciële procedure in het EG-recht zou kunnen worden vergeleken met een hordeloop. Om te bereiken dat een uitspraak van het

7 HvJ EG 15 juli 1964, nr. 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa/ENEL*).

8 HvJ EG 24 juni 1969, nr. 29/68, *Jur.* 1969, p. 165 (*Eierkontor*).

9 Art. 141 EG-Verdrag (destijds art. 119 EEG-Verdrag) werkte niet rechtstreeks met terugwerkende kracht tot 1962 (einde overgangstermijn), maar ten aanzien van gelijke beloning pas vanaf 1976, HvJ EG 8 april 1976, nr. 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne 2*).

10 Ten aanzien van pensioenberekening gold de rechtstreekse werking van art. 141 EG-Verdrag pas vanaf 1990, HvJ EG 17 mei 1990, nr. C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*). Uitzondering werd gemaakt voor degenen die zich reeds voor de datum van het desbetreffende arrest bij de nationale rechter op de bepaling hadden beroepen. Zie ook HvJ EG 2 februari 1988, nr. 24/86, *Jur.* 1988, p. 379 (*Blaizot*).

11 HvJ EG 4 mei 1999, nr. C-292/96, *Jur.* 1999, p. I-2685 (*Sürül*).

HvJ EG een nationale zaak juist beïnvloedt, moeten vier ‘horden’ worden genomen:

- a. de nationale rechter moet besluiten een prejudiciële vraag te stellen;
- b. de prejudiciële vraag dient goed te zijn geformuleerd;
- c. het HvJ EG moet een duidelijk antwoord geven op de prejudiciële vraag;
- d. de nationale rechter dient de prejudiciële beslissing correct toe te passen.

Pas als al deze vier horden met succes worden genomen, zal er van het EG-recht een correcte invloed op het nationale recht uitgaan. Maar net als op de atletiekbaan, betekent het struikelen over een van de horden het einde van de race. Dat brengt mee dat een goed verloop van elk van deze stappen van groot belang is. Thans zal op elk van de afzonderlijke stappen nader worden ingegaan.

a. Wanneer besluit de nationale rechter een prejudiciële vraag te stellen?

Uit de uitspraken van de Hoge Raad valt niet op te maken welk beleid ten grondslag ligt aan het al of niet stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EG. Er wordt een vraag gesteld of niet, de reden daarvoor wordt – zeker in het negatieve geval – niet gegeven. Dat is vreemd, gelet op de plicht volgens het EG-Verdrag om in geval van onduidelijkheid over het Europese recht zo’n beslissing te vragen. Indien een der partijen vraagt om een prejudiciële vraag te stellen in een zaak waarin het EG-recht een rol speelt, zou het mijns inziens voor de hand liggen dat de rechter die dit verzoek verwerpt, dit gemotiveerd doet, met een beroep op hetzij het feit dat het Europese recht hier duidelijk is, hetzij dat de kwestie reeds in een eerdere uitspraak van het HvJ EG is opgehelderd. Dit zou bij uitstek moeten gelden voor de hoogste nationale rechter. In de praktijk pleegt de Hoge Raad echter geen verantwoording af te leggen over deze keuze. In bepaalde gevallen wordt derhalve geen prejudiciële beslissing gevraagd, hoewel dit nuttig zou kunnen zijn geweest. Een voorbeeld waarbij dit recentelijk misging, betreft het recht op vakantie van leraren van wie het bevallingsverlof valt in de schoolvakantie. Vermoedelijk meende de Hoge Raad dat er in deze zaak duidelijk geen sprake was van een verboden onderscheid. Uit een latere uitspraak van het Hof bleek evenwel dat dit niet zo duidelijk was. En dat had de Hoge Raad ook wel kunnen bedenken, omdat in het gelijkebehan-

delingsrecht de mogelijkheid van een indirect onderscheid al snel op de loer ligt.

In vier zaken moest de Hoge Raad beslissen over de vraag of leraressen die tijdens de schoolzomervakantie bevallen, recht hebben op compensatie van de vakantiedagen die zij missen, omdat hun vakantie samenvalt met de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof. In navolging van de Centrale Raad van Beroep¹² besliste de Hoge Raad dat zij hierop in beginsel geen recht hadden.¹³ In mijn noot in de *NJ* stelde ik de vraag aan de orde waarom de Hoge Raad had terugverwezen naar een lager hof in plaats van de kwestie voor te leggen aan het HvJ EG. De betrokken leraressen hadden immers gesteld dat er sprake was van discriminatie naar geslacht in strijd met EG-richtlijn nr. 76/207/EG.¹⁴ De Hoge Raad verwerpt in een recenter arrest dit standpunt uitdrukkelijk met de stelling dat de vakantie-regeling in de desbetreffende onderwijs-CAO sekseneutraal is.¹⁵ Hij gaat echter niet in op de vraag of er sprake is van een indirect onderscheid naar geslacht, doordat door de samenloop van zwangerschaps- en vakantieverlof de betrokken leraressen minder vrij besteedbare verlofdagen hebben dan mannelijke leerkrachten. Een vlak voor het laatste arrest gewezen arrest van het HvJ EG lijkt voor dit argument steun te bieden. Hierin oordeelde het HvJ EG dat een werkneemster haar jaarlijkse vakantie in een andere periode moet kunnen nemen dan gedurende haar zwangerschapsverlof, ook wanneer het zwangerschapsverlof samenvalt met de periode van de jaarlijkse vakantie die algemeen bij bedrijfsakkoord is vastgesteld voor het gehele personeel. Dit heeft eveneens betrekking op een in de nationale wettelijke regeling vastgestelde langere jaarlijkse vakantie dan het door de EG-richtlijn bepaalde minimum, aldus het HvJ EG.¹⁶

12 CRvB 17 mei 2001, *JB* 2001, 217.

13 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 221/222.

14 Richtlijn nr. 76/207/EG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* L 39 van 14 februari 1976, p. 40; laatstelijk gewijzigd bij richtlijn nr. 2000/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002, *PbEG* L 269 van 5 oktober 2002, p. 15.

15 HR 23 april 2004, nr. C02/328 HR, *JAR* 2004/148 (*Van der Kloet/PC Voortgezet Onderwijs Apeldoorn*).

16 HvJ EG 18 maart 2004, nr. C-342/01, *Jur.* 2004, p. I-0000, *JAR* 2004/86 (*Gómez/Continental Industrias del Caucho*).

Een ander voorbeeld van een zaak waarin geen prejudiciële vraag werd gesteld, hoewel dit had gekund¹⁷, betrof een overgang van onderneming. Een werknemer was ontslagen in verband met de overgang van een onderneming. De richtlijn ter zake verbiedt dit uitdrukkelijk¹⁸, maar aanvankelijk had de Nederlandse wetgever gemeend dat de voorafgaande toetsing van opzeggingen door de directeur van het arbeidsbureau volstond voor de handhaving van deze regel. De Hoge Raad achtte de zaak kennelijk zo evident, dat hij geen prejudiciële vraag stelde, maar direct uitsprak dat er sprake was van een nietig ontslag.¹⁹ In dit geval is het niet vragen van een prejudiciële beslissing wel te begrijpen, omdat de uitleg van het Europees recht eigenlijk wel vaststond en de vraag vooral betrof de wijze van implementatie in het Nederlandse recht. Wat nog niet duidelijk was, was welke rechtsgevolgen voor het Nederlandse ontslagrecht hieraan moesten worden verbonden. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad koos voor de vergaande sanctie van nietigheid van het ontslag, terwijl in het Nederlandse ontslagrecht vernietigbaarheid de gangbare sanctie is bij onrechtmatige ontslagen. Waarom de Hoge Raad deze keuze maakte, wordt uit het arrest echter niet duidelijk. Meende de Hoge Raad dat dit rechtstreeks volgt uit het EG-recht? Dit lijkt mij niet goed denkbaar, omdat juist richtlijnen ruimte laten voor inpassing van sancties in het nationale rechtsstelsel. Wellicht realiseerde de Hoge Raad zich de vergaande strekking van de uitspraak niet. Of mogelijk vond hij een vernietigbaarheid minder duidelijk in zijn rechtsgevolgen, omdat deze – in dit geval – niet door de wet zouden zijn uitgewerkt. Of hij meende bij een vernietigbaarheid verplicht te zijn de rechtsgevolgen ook aan te geven en vreesde hij daarmee te veel te treden in de rechtsvormende taak van de wetgever. Mijns inziens had echter kunnen worden aangesloten bij de regeling van opzegverboden in het arbeidsrecht (thans art. 7:670 en 7:677 lid 5 BW), op basis van het beginsel dat wanneer de rechter een leemte in de wet aanvult, zo veel mogelijk wordt aangesloten bij wel in de wet

17 Zie voor voorbeelden van deze problematiek in het socialezekerheidsrecht ook G.J. Vonk, *Overijverige rechter of tekortschietende wetgever?*, Deventer: Kluwer 1999, p. 19.

18 Thans art. 4 lid 1 van richtlijn nr. 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* L 82 van 23 maart 2001, p. 16.

19 HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 418, *JAR* 1996/29 (*Buyck/Van den Aemele*).

geregelde gevallen. Intussen heeft de wetgever de materie alsnog geregeld in de vorm van een opzegverbod met vernietigbaarheid als sanctie (art. 7:670 lid 8 BW). Maar ook in deze uitspraak tasten we in het duister omtrent de beweegredenen van de Hoge Raad, eenvoudig omdat hij deze niet geeft.

b. Hoe wordt de prejudiciële vraag geformuleerd?

Het formuleren van een prejudiciële vraag is van groot belang, omdat het antwoord op de vraag bij voorkeur geen nieuwe vragen moet oproepen. In de praktijk is het formuleren van de juiste vraag niet eenvoudig. Het gaat hier om de toepassing van EG-recht op een situatie van nationaal recht. Het HvJ EG of de kamer van dit hof die over de zaak beslist, bestaat grotendeels of geheel uit rechters van een andere nationaliteit. Zij moeten om de vraag zinvol te kunnen beantwoorden een beeld krijgen van de nationale situatie. Dat beeld wordt ook door de partijen bij de zaak wel gegeven. Maar vervolgens moeten de Europese rechters een uitleg geven van het Europese recht die ook toepasbaar is in de nationale praktijk. Om deze reden is het mijns inziens aan te bevelen dat de partij die de rechter verzoekt om een prejudiciële vraag te stellen of die voorziet dat de rechter dit mogelijk gaat doen, reeds een voorstel doet voor de formulering van de vraag. In cassatie kan ook de advocaat-generaal dit in zijn conclusie doen. In de praktijk gebeurt dit lang niet altijd. Het voordeel van dergelijke voorstellen zou zijn dat door verschillende betrokkenen wordt nagedacht over de juiste formulering, zodat uiteindelijk de rechter de best mogelijke formulering kan vinden.

De vorige president van de Hoge Raad, mr. W.E. Haak, gaf in zijn afscheidsrede te kennen te voelen voor de mogelijkheid dat de hoogste nationale rechter in voorkomende gevallen reeds bij voorbaat zijn eigen mening over de uitleg van het Europese recht gemotiveerd geeft.²⁰ Ook dit zou kunnen bijdragen aan het inzichtelijk maken van de nationale situatie.

c. Welk antwoord geeft het HvJ EG op de prejudiciële vraag?

Geeft het HvJ EG geen volledig antwoord op de prejudiciële vraag of roept het antwoord weer nieuwe vragen op, dan zou in beginsel weer een nieuwe prejudiciële procedure kunnen worden begonnen, maar gezien de lange duur daarvan is dat als regel niet aan te bevelen. Toch

20 W.E. Haak, 'De taak van de Hoge Raad in Europa en in het Koninkrijk', *NJB* 2004, p. 881-888, m.n. 884.

kan men de vraag stellen of de rechter dan aan de uitspraak van het HvJ EG toch een onverwachte wending mag geven. Dit gebeurde bijvoorbeeld door de toenmalige Raad van Beroep Groningen en de Centrale Raad van Beroep in de zaak *Ruzius-Wilbrink*.

Aan de orde was de uitspraak van het HvJ EG over de zogeheten grondslagen in de AAW. Een deeltijdwerkster die minder dan het minimumloon verdiende raakte arbeidsongeschikt en kreeg een AAW-uitkering die anders dan bij voltijdwerkers niet aan het minimumloon was gerelateerd. Naar aanleiding van een door de Raad van Beroep Groningen voorgelegde prejudiciële vraag oordeelde het Hof dat een dergelijke regeling indirect discriminerend was voor vrouwen en daarmee in strijd met de richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen in de wettelijke sociale zekerheid.²¹ De uitspraak was potentieel ingrijpend en leidde niet alleen tot het wankelen²², maar op langere termijn zelfs tot afschaffing van de AAW.²³ De Groninger Raad van Beroep²⁴ en ook de Centrale Raad van Beroep²⁵ vonden echter na het oordeel van het HvJ EG alsnog nieuwe rechtvaardigingsgronden voor de gemaakte regeling, zodat de uiteindelijke uitspraak inhield dat de regeling in stand kon blijven. Beide rechterlijke colleges vonden het kennelijk niet noodzakelijk om over hun nieuwe vondsten een nieuwe prejudiciële beslissing te vragen.

Het komt mij vreemd voor dat een rechter eerst een vraag stelt aan het HvJ EG, maar vervolgens dit antwoord niet doorslaggevend acht voor de uiteindelijke uitspraak in het geschil. Dit wekt de indruk dat de uitspraak van het Hof niet bevalt en dat men daarom een andere mogelijkheid gaat zoeken om wel in de gewenste richting te beslissen. Dat strookt niet met de bedoeling van het EG-recht. Mijns inziens beperkt de rechter met het vragen stellen aan het Hof zijn mogelijkheden om alsnog op andere punten de zaak te beslissen. Men zou hiertegen kunnen inbrengen dat het Hof nog enige ruimte laat

21 HvJ EG 13 december 1989, nr. 102/88, *Jur.* 1989, p. 4311, *RSV* 1990/313 (*Ruzius-Wilbrink*).

22 G.J.J. Heerma van Voss, 'Hoe het Hof van Justitie van de EG de AAW op haar grondvesten doet wankelen', *SR* 1990, p. 108-111.

23 De AAW werd aanvankelijk vervangen door een aparte voorziening voor arbeidsongeschiktheid van zelfstandigen (WAZ), welke in 2004 werd afgeschaft. Voor jonggehandicapten werd de Wajong ingevoerd.

24 RvB Groningen 10 april 1990, *RSV* 1990/314.

25 CRvB 21 juni 1991, *RSV* 1992/75.

voor kwesties die op nationaal niveau moeten worden beslist. Hier wreekt zich dat de taakverdeling tussen Europese en nationale rechter niet zeer scherp is afgebakend. In zijn genoemde afscheidsrede wees de oud-president van de Hoge Raad Haak erop dat de taakverdeling tussen het HvJ EG en de nationale rechter parallellen heeft met het oude onderscheid tussen recht en feiten. De verdeling ligt in de praktijk waarschijnlijk ook verschillend per onderwerp. Worden rechtvaardigingsgronden bij discriminatie bijvoorbeeld beschouwd als Europese rechtsvragen (hiervoor pleit dat het HvJ EG zich hier regelmatig over uitlaat) of juist als nationale of feitelijke kwesties (hiervoor pleit dat het Hof daar soms op lijkt te duiden)? Het samenspel van de Europese en de nationale rechter bereikt hier een hoge mate van subtiliteit, waarbij het erop lijkt dat het HvJ EG op een hoger abstractieniveau opereert, maar ook enigszins arbitrair keuzes lijkt te maken in deze taakverdeling.

d. Wordt het antwoord op de vraag correct geïmplementeerd?

In het algemeen verdient het mijns inziens aanbeveling indien de uitspraak van het HvJ EG zo direct mogelijk wordt geïmplementeerd. De Hoge Raad heeft wat dit betreft een onomstreden staat van dienst.

Een fraai voorbeeld vormt de uitspraak in de zaak *Dekker*. Mevrouw Dekker was aanvankelijk aangenomen voor een functie bij het VJV-centrum te Wormer. Toen bleek dat zij in verwachting was, werd haar de baan echter alsnog geweigerd, wegens onvoldoende financiële mogelijkheden om voor haar een vervanger aan te stellen tijdens het zwangerschapsverlof. De vordering uit onrechtmatige daad tegen deze afwijzing werd haar zowel door de Rechtbank Haarlem als door het Hof Amsterdam ontzegd, op grond van ontbrekende schuld, een van de vereisten volgens het leerstuk van de onrechtmatige daad. De Hoge Raad vroeg een prejudiciële beslissing van het HvJ EG.²⁶ Het Hof oordeelde dat sprake was van discriminatie in strijd met EG-richtlijn nr. 76/206.²⁷ Nationale rechtvaardigingsgronden op grond van het leerstuk van de onrechtmatige daad worden niet geaccepteerd. In zijn daaropvolgende arrest had de Hoge Raad slechts enkele regels nodig om het arrest van het HvJ EG integraal te volgen.²⁸

26 HR 24 juni 1988, *NJ* 1988, 1002 (*Dekker/VJV*).

27 HvJ EG 8 november 1990, nr. 177/88, *Jur.* 1990, p. 3941, *NJ* 1992, 224 (*Dekker/VJV*).

28 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225 (*Dekker/VJV*).

De mate waarin een uitspraak van het HvJ EG direct toepasbaar is, kan echter uiteenlopen. Zo heeft de Hoge Raad zich in de zaak *Beets-Propert/Van Lanschot* ook uitgelaten over de rechtsgevolgen van de uitspraak van het HvJ EG in het Nederlandse recht.

Mevrouw Beets-Propert werkte als directiesecretaresse bij de bank Van Lanschot. Zij vocht de regeling aan waarbij zij als vrouw reeds op 60-jarige leeftijd met pensioen moest, terwijl deze leeftijd voor mannen op 65 jaar was gesteld. Naar aanleiding van door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen²⁹, oordeelde het HvJ EG dat hier sprake was van een verboden onderscheid.³⁰ In het daaropvolgende arrest bevestigde de Hoge Raad dit oordeel, maar liet hij zich ook uit over de rechtsgevolgen. Zo was het gewraakte beding over de pensioenleeftijd nietig, maar bleven de pensioenrechten van Beets-Propert in stand. Daarbij werd de regeling over de pensioenleeftijd die voor mannen gold op haar van toepassing. Hiermee werd op basis van redelijkheid en billijkheid voorzien in de door het nietig worden van het beding ontstane leemte. Ten slotte werd verwezen naar een gerechtshof, teneinde onder meer te onderzoeken in hoeverre Beets-Propert in de nog resterende maanden tot de 65-jarige leeftijd haar werk zou kunnen hervatten.³¹

In andere gevallen moeten er nog feiten worden vastgesteld, aan de hand waarvan de prejudiciële vraag moet worden toegepast. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak *Spijkers* over overgang van ondernemingen. Het HvJ EG gaf in deze zaak een aantal factoren aan die een rol spelen en gaf hun onderlinge verhouding aan, zonder deze concreet op de zaak toe te passen. Veel duidelijker dan in de zaak *Dekker* was het derhalve aan de nationale rechter om vervolgens de uitleg van het Hof toe te passen op het nationale geschil.

Spijkers was als assistent-bedrijfsleider werkzaam bij het abattoir van Colaris. Het slachthuiscomplex werd verkocht aan Benedik. Twee maanden later begon deze het slachthuis te exploiteren, in de tussentijd hadden de werkzaamheden stilgelegen. Colaris werd later failliet verklaard. Alle bij Colaris werkzame arbeiders, met uitzondering van

29 HR 2 november 1984, *NJ* 1987, 349 (*Beets-Propert/Van Lanschot*).

30 HvJ EG 26 februari 1986, nr. 262/84, *Jur.* 1986, p.733, *NJ* 1987, 350 (*Beets-Propert/Van Lanschot*).

31 HR 21 november 1986, *NJ* 1987, 351 (*Beets-Propert/Van Lanschot*).

Spijkers en een zieke collega, waren door Benedik overgenomen. De president van de rechtbank oordeelde dat nu het bedrijf had stilgelegd er geen sprake was van een overgang van onderneming. Spijkers bestreed dit en beriep zich op zijn recht uit de desbetreffende EG-richtlijn dat alle rechten en plichten van werknemers bij overgang van de onderneming mee overgaan naar de overnemer. De Hoge Raad legde aan het HvJ EG in prejudiciële vragen de kwestie voor of het stilliggen van een bedrijf in de weg staat aan het aannemen van een overgang van de onderneming.³² Het HvJ EG ontwikkelde in zijn arrest het befaamde criterium dat het begrip ‘overgang van ondernemingen’ ziet op het geval waarin de ‘identiteit’ van het betrokken bedrijf bewaard blijft. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waarbij moet worden nagegaan of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Die feitelijke omstandigheden betreffen bijvoorbeeld de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld.³³

In de vervolguitspraak kon de Hoge Raad wel vaststellen dat de uitspraak van de eerste rechter (dat het stilliggen van de onderneming al in de weg stond aan het aannemen van een overgang van onderneming) niet met dit oordeel te verenigen was, maar niet hoe de opnieuw uit te voeren afweging van alle factoren zou moeten uitvallen, aangezien dit een feitelijk oordeel betreft. Daarvoor werd de zaak verwezen naar een gerechtshof.³⁴

32 HR 18 januari 1985, *NJ* 1987, 501 (*Spijkers/Benedik*).

33 HvJ EG 18 maart 1986, nr. 24/85, *Jur.* 1986, p. 1119, *NJ* 1987, 502 (*Spijkers/Benedik*).

34 HR 13 februari 1987, *NJ* 1987, 503 (*Spijkers/Benedik*).

De vraag of een uitspraak van het HvJ EG direct kan worden geïmplementeerd of nog nadere uitleg vraagt, is derhalve afhankelijk van de aard van de uitspraak van het HvJ EG. In het geval van een rechtvaardigingsgrond voor discriminatie die door het Hof wordt verworpen, is het eenvoudig deze uitspraak direct toe te passen (*Dekkers-zaak*).³⁵ Eenzelfde eenvoudige toepassing geldt als het Hof oordeelt dat een bepaalde factor niet de doorslag geeft, maar tegen andere factoren moet worden afgewogen, zoals in het genoemde *Spijkers*-arrest. Een nadere afweging, waarvoor hetzelfde arrest ruimte geeft, moet dan op nationaal niveau worden gemaakt. Mijns inziens gaat het hierbij niet om het simpele onderscheid tussen recht en feiten, al lijkt dit in de *Spijkers*-zaak wel zo te zijn. In wezen gaat het om het subtiel onderscheid tussen wat op Europees niveau en wat op nationaal niveau kan worden beslist. Op de achtergrond speelt hier het subsidiariteitsbeginsel en de wijze waarop dit in de desbetreffende Europese regelgeving is toegepast. Dat geldt met name voor het instrument van de EG-richtlijn. Op nationaal niveau moeten de normen van een richtlijn door de lidstaat worden ingepast in het systeem van de nationale wetgeving. Daarom kan ook het HvJ EG niet te gedetailleerd een richtlijn uitleggen, want ook die uitleg moet inpasbaar zijn in het nationale wettelijke stelsel. Niettemin verlegt het HvJ EG ook daarbij wel grenzen. Wat te denken van het buiten beschouwing laten van het schuldvereiste bij de onrechtmatige daad als het om discriminatie gaat, wat het Hof in feite eiste in de *Dekkers*-zaak? Hier is sprake van het morrelen aan een klassiek leerstuk van het Nederlandse burgerlijk recht. Het toont evenwel ook aan dat de Nederlandse rechters te veel uitgingen van klassiek civilistisch denken en in dit geval te weinig oog toonden voor de eigenaardigheden van het arbeidsrecht.

Daarnaast valt nog de categorie uitspraken aan te wijzen waarin zonder een uitspraak van het HvJ EG te vragen gemeend wordt de rechtspraak op dit punt goed toe te passen, maar dit nog niet zo eenvoudig is. Dit speelde bijvoorbeeld bij de zaak *Ebbe en Vloed*.³⁶ Het ging hierbij om de overgang van een cateringcontract waarbij de werknemer claimde mee te zijn overgegaan als werknemer. De Hoge Raad meende de rechtspraak van het HvJ EG netjes toe te passen en

35 Wel moet uiteraard de nationale rechter nog beoordelen dat het nationale recht zich leent voor een richtlijnconforme uitleg, vgl. M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 95.

36 HR 19 januari 2001, NJ 2001, 493, JAR 2001/25 (*Soeteman/Ebbe en Vloed*).

kwam tot de conclusie dat er geen sprake was van overgang van onderneming. Sinds het nadien gewezen *Sodexho*-arrest van het Hof moet geconcludeerd worden dat de Hoge Raad dit waarschijnlijk onjuist heeft beslist.³⁷

4.4 Invloed van andere uitspraken van het HvJ EG

Ook op andere wijze kan een uitspraak van het HvJ EG zijn invloed hebben op de Nederlandse rechtspraak. Als voorbeeld is interessant de beslechting van het vraagstuk van de toepassing van de regeling voor overgang van ondernemingen op een bedrijf dat in faillissement verkeert. De kwestie was niet duidelijk geregeld in de desbetreffende richtlijn. De Nederlandse wetgever had aan deze situatie in het geheel niet gedacht. Uit het systeem van de Nederlandse wet volgt echter dat indien de regeling niet van toepassing zou zijn bij faillissement, dit uitdrukkelijk in de wet had moeten worden bepaald.

Na enige tijd begonnen faillissementscuratoren te klagen dat het moeilijker was om (delen van) een failliete onderneming te laten overnemen indien daaraan de plicht was verbonden om alle daar werkzame personeelsleden mee over te nemen. In de periode van economische malaise van de jaren tachtig kregen zij het tij mee en de regering nam het standpunt in dat de regeling hier buiten toepassing zou moeten worden verklaard. De Centrale Raad van Beroep legde de zaak voor aan het HvJ EG. Na een nauwkeurige analyse van de tekst van de richtlijn in de verschillende taalversies gaf het Hof een Salomonsoordeel: de richtlijn gold niet na faillissement, maar wel na surseance van betaling. Voor de cynici die denken dat nationale rechters het HvJ EG wel eens zien als mogelijkheid om het probleem op het bord van een ander te leggen, had het Hof ook nog een aardigheidje: de richtlijn verbood niet aan de nationale wetgever om verder te gaan dan de richtlijn minimaal voorschreef en de regeling wel toe te passen bij faillissement. Daarmee lag de bal weer bij de nationale rechter. De Centrale Raad van Beroep en nadien de Hoge Raad oordeelden daarna dat de Nederlandse regeling niet van toepassing was bij faillissement. De argumentatie van de Hoge Raad was gebaseerd op de bedoeling van de wetgever. Weliswaar had hij geen uitzondering gemaakt voor faillissement, maar de wetgever beoogde niet ver-

37 HvJ EG 20 november 2003, nr. C-340/01, *Jur.* 2003, p. I-0000, *NJ* 2004, 265, *JAR* 2003/298 (*Sodexho*).

der te gaan dan de richtlijn voorschreef. Dit is een opmerkelijke redenering. Kennelijk moet de wetgever die verder wil gaan dan een richtlijn dit expliciet in de uitvoeringswetgeving opnemen. In andere gevallen wordt zo nodig het systeem van de wet door de rechter terzijde gesteld om te voorkomen dat de wetgever zich tot meer heeft verplicht dan waartoe hij (achteraf bezien) verplicht was. De redenering impliceert ook dat de nationale uitvoeringswet een elastieken inhoud krijgt. Dezelfde wettekst kan zowel niet als wel bij faillissement van toepassing zijn, afhankelijk van de vraag hoe het HvJ EG de desbetreffende richtlijn uitlegt. We raken hier wel ver af van de oorspronkelijke bedoeling dat de burger uit de wet het recht kan kennen. Vermelding verdient verder nog dat het standpunt van de regering slechts het standpunt was van een deel van de wetgever. De Staten-Generaal lieten zich daar toen niet over uit. Wel is bij de invoering van titel 7.10 NBW in 1997 het arrest van de Hoge Raad gecodificeerd, waardoor de regel alsnog in het systeem van de wet is ingepast, maar dit was een bevestiging achteraf toen de race was gelopen.

Waarom koos de Hoge Raad nu voor het standpunt van niet-toepasselijkheid bij faillissement? Mijns inziens lag daaraan eenvoudig de voorzichtigheid ten grondslag. Het college wilde een politiek gevoelige uitspraak vermijden en sloot daarom aan bij het regeringsstandpunt, zelfs al moest daarvoor een dubieuze redenering worden ontwikkeld.

Was dit allemaal al niet fraai, de kortzichtigheid van het standpunt van de faillissementscuratoren en de regering is later naar voren gekomen. De regeling was een uitnodiging tot misbruik van faillissement, hetgeen dan ook na het arrest van de Hoge Raad regelmatig voorkwam. De regeling van overgang van ondernemingen wordt thans eenvoudig ontdoken via de constructie van het 'technisch faillissement'. De druk nam vervolgens toe om misbruik tegen te gaan, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot een aanpassing van de EG-richtlijn op dit punt en enige antimisbruikbepalingen in onze Faillissementswet die de zaak niet eenvoudiger hebben gemaakt.³⁸

38 Zie onder meer G.J.J. Heerma van Voss, 'De positie van de werknemer bij insolventie en overgang van onderneming', in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 229-240, met verdere literatuurverwijzingen.

4.5 Invloed van uitspraken van het EHRM

Bij de invloed van het recht van de Raad van Europa mag hier eerst wel worden genoemd de wijze waarop het Europees Sociaal Handvest invloed heeft gehad op het Nederlandse stakingsrecht. Terwijl de Hoge Raad het stakingsrecht in 1960 nog vanuit het klassieke civilistische concept van de wanprestatie benaderde, had elders in Europa het stakingsrecht na de oorlog de status van grondrecht verworven. Omdat het de Nederlandse wetgever niet lukte de kwestie te regelen, werd in 1980 de verlegenheidsoplossing gekozen van ratificatie van het Europees Sociaal Handvest, waarin het stakingsrecht door de verdragsluitende partijen werd erkend (art. 6 lid 4). De Hoge Raad loste de situatie in 1986 elegant op, door aan dit artikel rechtstreeks-horizontale werking toe te kennen. De opinies van het Comité voor Sociale Rechten, samengesteld uit arbeidsrechtelijke deskundigen, werden door de Hoge Raad als ‘gezaghebbend’ betiteld.³⁹ De tevredenheid over de wijze waarop de rechtspraak sindsdien aan het stakingsrecht inhoud heeft gegeven, blijkt onder meer uit recente uitlating van minister De Geus, dat naar zijn oordeel ‘de tussenkomst van de rechter bij twijfel over een rechtmatige en zorgvuldige uitoefening van het stakingsrecht in de praktijk, niet gemist (kan) worden’.⁴⁰

De invloed van de andere Europese rechter, het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM), op de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad is minder direct meetbaar.⁴¹ Het EHRM werkt immers niet samen met de Hoge Raad, maar komt eventueel aan bod nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. De discussie is thans gaande in hoeverre de wet moet voorzien in het herzien van strafrechtelijke veroordelingen nadat het EHRM een vonnis in strijd heeft geoordeeld met het EVRM. Hetzelfde zou kunnen worden overwogen voor civielrechtelijke uitspraken. Gesteld dat het EHRM een civielrechtelijk vonnis in strijd heeft verklaard met het EVRM, zou alsdan een heropening van de desbetreffende zaak kunnen plaatsvinden? Naar huidig recht zal er slechts sprake zijn van een schadeclaim tegenover de staat of een nieuw te starten procedure

39 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (*NS*).

40 Antwoord op Kamervragen van 7 augustus 2003, *Kamerstukken II* 2002/03, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1678.

41 Zie in het algemeen A. Jacobs, ‘50 jaar EVRM en het sociaal recht’, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden: NJCM 2000, p. 421-434.

naar burgerlijk recht, maar dat laatste zal niet altijd mogelijk zijn, bijvoorbeeld in een reeds afgehandelde ontslagprocedure.

Daarnaast kan het EHRM natuurlijk ook invloed uitoefenen op volgende procedures. Dit kan ook het geval zijn bij uitspraken die over kwesties in andere landen zijn gedaan.

Een goed voorbeeld van de invloed die van het EHRM uitgaat, is die met betrekking tot de toegang tot de rechter (art. 6 EVRM). Een heikel discussiepunt in het arbeidsrecht is sinds jaar en dag het ontbreken van de mogelijkheid van hoger beroep bij ontbindingen van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW. De Hoge Raad heeft slechts in beperkte gevallen hoger beroep toegelaten, met name indien de rechter buiten het toepassingsgebied is getreden, essentiële vormen heeft verzuimd of het artikel ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.⁴² Hoewel dit in de uitspraak niet met zoveel woorden wordt vermeld, speelt hier de rechtspraak van het EHRM op de achtergrond kennelijk een rol.⁴³ De vraag die men zich hierbij kan stellen is, of het niet beter zou zijn als de Hoge Raad deze invloed ook uitdrukkelijk in de uitspraak zou laten blijken. In dat geval zou het eenvoudiger zijn te analyseren hoe de uitspraak moet worden geïnterpreteerd. Tot nu toe zijn motiveringsgebreken nog niet erkend als grond voor hoger beroep.⁴⁴ Dit lijkt een direct gevolg van het feit dat het EHRM een dragende motivering van de uitspraak nog niet heeft verbonden aan de eis van een eerlijk proces in art. 6 EVRM.

Op het terrein van andere grondrechten is in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet veel te merken van een invloed van het EHRM.

4.5.1 *Vrijheid van meningsuiting*

De vrijheid van meningsuiting is in art. 10 EVRM gegarandeerd. Dat deze ook geldt voor werknemers werd lange tijd in het Nederlandse arbeidsrecht betwist. Het meest duidelijke voorbeeld betrof het arrest van de Hoge Raad uit 1990 in de zaak *Meijer/De Schelde*.

Meijer had als OR-lid zijn twijfels gekregen – en deze publiek gemaakt – over het doelmatige gebruik van staatssubsidie aan De Schelde. Meijer zag zichzelf als een ‘klokkenluider’, die met gevaar

42 HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549 (*Franssen/Safe Sun*).

43 M.G. Rood spreekt van een ‘uitstralende werking van het EVRM’, *TVVS* 1995, p. 250.

44 HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (*HBM/Wielenga*). Zie nader M. Kuijer & S. Sagel, ‘Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM’, *SR* 2001, p. 50-57.

voor zijn eigen positie op basis van zijn geweten de zaak aan de orde stelde. Men kan zijn twijfels hebben over de vraag of hij daarbij niet te snel naar de pers was gelopen. Maar de Hoge Raad behandelde de meningsuiting van Meijer alsof het uitsluitend ging om een openbaring van bedrijfsgeheimen. Enige toetsing aan het grondrecht van vrijheid van meningsuiting of afweging van de verschillende belangen bij de openbaarmaking van feiten die aan de orde was, ontbrak.⁴⁵ Helaas is de zaak *Meijer* vervolgens niet doorgezet tot het EHRM. Wel oordeelde het EHRM in een ander geval principieel over de mogelijkheid van klokkenluiden als element van de vrijheid van meningsuiting (*Bobo*-zaak).⁴⁶ Toch meen ik dat de invloed van het grondrechtendenken, mede dankzij het bekender worden van het EVRM toeneemt. In recentere gevallen werd over klokkenluiders wel beslist in de vorm van een afweging tussen het grondrecht of het algemeen belang en de belangen van de werkgever.⁴⁷

4.5.2 *Persoonlijke levenssfeer*

Ook op het gebied van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zien we een invloed van het EVRM (art. 8). Zo is in het recht met betrekking tot ziekte en arbeidsongeschiktheid het besef dat de persoonlijke levenssfeer moet worden gerespecteerd zo levend geworden, dat werkgevers met behulp van de Wet verbetering poortwachter weer moest worden afgeleerd zich te distantiëren van een werknemer zodra deze zich ziek meldt, hetgeen vaak gebeurde onder het motto ‘dit is een zaak voor artsen, daar mag de werkgever zich niet mee bemoeien’. De Wet verbetering poortwachter heeft beoogd de verantwoordelijkheden van werkgever en werknemer zelf hier weer meer centraal te stellen.

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer is ook doorgedrongen tot de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wat betreft de doorwerking in privaatrechtelijke verhoudingen is in dit verband van belang het befaamde arrest over de Edamse bijstandsmoeder. In deze zaak verzette een bijstandsgerechtigde zich tegen verstrekking van

45 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 (*Meijers/De Schelde*). Zie nader G.J.J. Heerma van Voss, ‘Vrijheid van meningsuiting versus geheimhoudingsplicht werknemers’, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 198-207; E. Verhulp, *De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, 's-Gravenhage 1996, p. 185-188.

46 EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98 (*Fuente Bobo/Spanje*). Zie nader P.B. Cliteur, *ArA* 2001-1, p. 73-84.

47 Ktr. Zwolle 8 november 1991, *ROR* 1992/4 (*De Dreef*).

persoonlijke informatie door haar buurman aan de gemeente. In die zaak aanvaardde de Hoge Raad het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ‘dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door artikel 8 EVRM’ en gaf hieraan horizontale werking.⁴⁸ Helaas gaf hij niet precies aan in hoeverre art. 8 EVRM zelf rechtstreeks doorwerkt. Het gevolg van een dergelijke niet-expliciete benadering over de doorwerking van vraagstukken van internationaal recht en doorwerking van grondrechten is dat we nooit zeker weten hoe de Hoge Raad de rechtstheoretische basis van die doorwerking ziet, zodat ook moeilijk is te voorspellen hoe het oordeel in een volgende zaak zal uitvallen.⁴⁹ In een recentere arbeidsrechtelijke zaak was art. 8 EVRM in het geding bij de controle door een werkgever van zijn werknemers met camera’s wegens de verdenking van diefstal. Ook nu liet de Hoge Raad de kans lopen zich duidelijk uit te laten over de basis voor het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Hoge Raad baseert zich voor de erkenning van het recht nu ‘onder meer’ op art. 8 EVRM. De vraag of het recht wordt geschonden wordt in het midden gelaten.⁵⁰ Het lijkt er op dat de Hoge Raad hier enigszins verlegen is met de vraag hoe met het EVRM om te gaan, onder meer omdat het de reikwijdte niet precies kan afleiden uit rechtspraak van het EHRM en hij dit college – anders dan bij het EG-recht – ook niet om een uitspraak kan vragen. In zo’n geval kiest de Hoge Raad dan voor een belangenafweging waarin de wijze waarop de belangen worden gewogen enigszins in het vage wordt gehouden.

4.5.3 *Gelijkheidsbeginsel*

Hetzelfde probleem speelt bij de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht. Het gaat hier om een steeds verder strekkend rechtsbeginsel, dat al lang niet meer alleen de sprekende gevallen van discriminatie betreft (zoals naar ras of geslacht), maar ook andere gevallen van ongelijke behandeling.

48 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (*Edamse bijstandsmoeder*).

49 L.F.M. Verheij, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

50 HR 27 april 2001, NJ 2001, 421, JAR 2001/95 (*Wennekes Lederwaren*). Zie voor een kritische beschouwing hierover H.H. de Vries & D.J. Rutgers, *Wet bescherming persoonsgegevens, Toepassing in arbeidsverhoudingen* (Actualiteiten Sociaal Recht nr. 10), Deventer: Kluwer 2001, p. 69-73 en voorts W.A. Zondag, *ArA* 2001-3, p. 91-105.

In veel gevallen heeft die doorwerking inmiddels een uitwerking gekregen in de vorm van een wettelijke regeling, zoals de Algemene wet gelijke behandeling en de bijzondere wetten voor discriminatie naar geslacht, handicap en leeftijd. Maar in die gevallen waarin de wet niet voorziet, moet de rechter beslissen op basis van art. 1 Grondwet of artikelen uit internationale verdragen. Omdat het EVRM tot voor kort geen algemeen discriminatieverbod kende⁵¹, werd hierbij dikwijls een beroep gedaan op art. 26 IVBPR. In het verleden heeft de Hoge Raad dit artikel enkele malen rechtstreeks en in horizontale verhoudingen toegepast, zonder dit echter met zoveel woorden te bevestigen.⁵²

In een recent arrest heeft de Hoge Raad zich wel uitvoeriger uitgelaten over de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het arbeidsrecht. Dit betrof de zaak *Parallel Entry/KLM*.

In deze zaak beriepen de KLM-vliegers, die voorheen gevlogen hadden voor de dochter KLM-cityhoppers, zich op het beginsel van gelijk loon voor gelijke arbeid om te bereiken dat hun dienstjaren bij de dochter meetelden bij de berekening van hun senioriteit voor de salariering. In 1994 had de Hoge Raad in het *Agfa*-arrest geoordeeld dat de rechtbank terecht 'het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloon, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat' in aanmerking had genomen bij de vraag wat de verplichting om als goed werkgever te behandelen meebrengt.⁵³

In dit arrest geeft de Hoge Raad een redeneerschema voor de toepassing van internationaal erkende rechtsbeginselen. In de eerste plaats wordt gezien of het desbetreffende beginsel door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt geregeld.⁵⁴ Is dat niet het geval, dan kan de vraag of sprake is van een schending van het begin-

51 Art. 14 EVRM is gekoppeld aan de overige bepalingen uit het EVRM. Inmiddels is echter het Protocol voor Nederland van kracht geworden, waarin wel een algemeen gelijkheidsbeginsel is opgenomen.

52 HR 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 694; HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (*Codfried/ISS*).

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

54 De Hoge Raad vermeldt niet waarom art. 1 Grondwet en art. 26 IVBPR geen rechtstreeks werkende bepalingen zouden zijn, zoals in eerdere uitspraken impliciet werd aangenomen, zie noot . Wel komt art. 26 IVBPR bij de tweede stap terug.

sel slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW. Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap inhouden moet vervolgens het rechtsbeginsel 'in aanmerking worden genomen' (art. 3:12 BW). Daarbij kan aan een beginsel dat steun vindt in verdragsbepalingen (in casu art. 26 IVBPR en art. 7 IVESCR) een zwaar gewicht worden toegekend. Maar dit is niet doorslaggevend, het beginsel moet naast andere omstandigheden van het geval worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Vervolgens is een terughoudende toetsing tevens op haar plaats indien het gaat om een contractueel overeengekomen bepaling, aangezien het dan gaat om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Derhalve kan de contractuele bepaling slechts wijken indien de schending van het rechtsbeginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetzelfde geldt eens te meer indien de schending voortvloeit uit een CAO, omdat dan tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is.⁵⁵

Dit arrest biedt enerzijds op een aantal punten duidelijkheid, maar op een aantal andere punten roept het nieuwe vragen op. Duidelijk is de gedachtegang dat eerst wordt gezien of het gaat om een wettelijke regeling of een verdragsbepaling. Mijns inziens dient hieruit te worden afgeleid dat voortaan eerst dient te worden nagegaan of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt. Zo dit het geval is, staat niet meer ter discussie dat die bepaling volledig gelding heeft, met uiteraard daaraan gekoppeld de grenzen waarin het verdrag zelf voorziet.

Is er geen sprake van zo'n wet of rechtstreeks werkende verdragsbepaling, dan werkt een rechtsbeginsel door over de band van art. 3:12 BW via de redelijkheid en billijkheid, in het arbeidsrecht meer specifiek het goed werkgeverschap en goed werknemerschap (art. 7:611).

Met dit redeneersysteem sluit de Hoge Raad aan bij het grondwettelijk systeem van doorwerking van internationaal recht. Anders dan door sommige schrijvers is gesuggereerd, werken grondrechten niet slechts indirect door in het arbeidsrecht. Van indirecte doorwerking is pas sprake indien het gaat om een niet in de wet of in een rechtstreeks werkende verdragsbepaling geregeld grondrecht.

55 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68, *RvdW* 2004, 26, r.o. 3.3 (*Parallel Entry/KLM*).

Een tweede punt – meer in het bijzonder het gelijkebehandelingsrecht betreffende – is dat de Hoge Raad niet is ingegaan op de suggestie om over te gaan tot het opstellen van een rechterlijke rangorde van meer en minder erge vormen van onderscheid, waartoe de Amsterdamse Rechtbank, A-G Keus en de advocaat van KLM wel hun toevlucht hadden gezocht. Anders dan in de Verenigde Staten, waar zulke classificatiesystemen (vaak bij gebreke van een wettelijke regeling) wel door de rechter zijn ontwikkeld, hebben wij immers de toetsing van verboden onderscheid uitvoerig geregeld in onze wetgeving. Dat uit zich met name in het feit dat direct onderscheid bij bepaalde discriminatieverboden (zoals die genoemd in de Algemene wet gelijke behandeling) niet vatbaar is voor buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden en bij andere discriminatieverboden (arbeidsduur, tijdelijk werk, handicap of chronische ziekte, leeftijd) wel. De Hoge Raad sluit aan bij dit wettelijke systeem en houdt dit in stand. In feite is er nu een derde categorie van niet-wettelijk geregelde verboden vormen van onderscheid ontstaan, die moeten worden afgewogen tegen andere factoren van redelijkheid en billijkheid.

Schematisch kunnen de gradaties van bescherming bij ongelijke behandeling op grond van het arrest *Parallel Entry/KLM* als volgt worden weergegeven:

I Discriminatie geregeld in de AWGB⁵⁶

Bij direct onderscheid alleen de wettelijke rechtvaardigingsgronden, bij indirecte discriminatie ook andere objectieve rechtvaardiging mogelijk.

II Discriminatie op grond van andere wettelijk geregelde criteria⁵⁷

Bij direct en indirect onderscheid objectieve rechtvaardiging mogelijk.

III Overige ongelijke behandeling

Factor bij afweging belangen in het kader van redelijkheid en billijkheid. Indien rechtsbeginsel steun vindt in niet-rechtstreeks werkende verdragsbepaling factor van zwaar gewicht. Contracten worden hiervoor echter alleen terzijde gesteld als zij tot onaanvaardbare resultaten leiden. Dit geldt nog sterker voor CAO's.

Wat betreft de verhouding met Europees recht is nog interessant dat de Hoge Raad in het *Parallel Entry/KLM*-arrest voor zijn interpreta-

56 Godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

57 Arbeidsduur, tijdelijk arbeidscontract, handicap en chronische ziekte, leeftijd.

tie tevens gebruikmaakt van het *Brunhofer*-arrest.⁵⁸ Dit arrest van het HvJ EG wordt dus thans niet alleen gehanteerd bij de doorwerking van EG-recht, maar ook bij de uitleg van indirect doorwerkende rechtsbeginselen die in VN-verdragen zijn neergelegd. Overigens gebeurt dit hier wel in die zin, dat een ruimere dan strikt letterlijke uitleg wordt toegelaten. Het ging er hier om dat in het *Brunhofer*-arrest is uitgemaakt dat bij een vergelijking van gelijke arbeid voor gelijk loon ook andere factoren dan de arbeid zelf, zoals opleiding en ervaring mogen worden meegewogen. Mijns inziens mogen we nog niet verwachten dat de soms zeer strenge uitleg van het HvJ EG van discriminatiebepalingen nu ook wordt uitgebreid tot de uitleg van VN-verdragen.

4.5.4 *EVRM en ontslagrecht*

Een in het Nederlandse arbeidsrecht reeds jarenlang bestaande strijd-vraag is die naar de verenigbaarheid van het preventieve toezicht op opzeggingen door de CWI, zoals neergelegd in het BBA 1945. Sinds de zaak *Obermeijer* uit 1990 is het duidelijk dat het Nederlandse stelsel in het licht van het EVRM kwestieus is, omdat de toegang tot de rechter is afgesloten over de geldigheid van het ontslag in geval van fouten in de toestemmingsprocedure bij de CWI. In het verleden heeft de toenmalige Europese Commissie voor de rechten van de mens wel vastgesteld dat voor de werknemer na een verleende toestemming altijd nog de mogelijkheid openstaat van een schadevergoeding in een procedure uit kennelijk onredelijk ontslag. Maar de *Obermeijer*-zaak heeft in een soortgelijke Oostenrijkse zaak duidelijk gemaakt dat het EHRM strenger is.⁵⁹ Ook het Belgische Arbitragehof heeft het afsnijden van de toegang tot de rechter in ontslagzaken onjuist geoordeeld.⁶⁰ Deze zaak wacht dus op een Nederlandse werkgever of werknemer die een zaak aan het EHRM voorlegt. Nu komen met regelmaat fouten voor in CWI-procedures, die thans vaak worden uitgevochten via schadeclaims op grond van onrechtmatige daad en klachten bij de Nationale ombudsman. Overigens heeft ook de Hoge Raad zich niet recentelijk in deze kwestie kunnen uitlaten.

58 HvJ EG 26 juni 2001, nr. C-381/99, *Jur.* 2001, p. I-4961, *NJ* 2002, 10, r.o. 43-45, *JAR* 2001/159 (*Brunhofer*).

59 EHRM 28 juni 1990, *Series A*, Vol. 79, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 782 (*Obermeijer*).

60 Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 57/93, *RW* 1993-94, 538. Zie nader W. van Eeckhoutte, 'Ontslagrecht in België', *TPR* 2001/4.

Slechts de Rechtbank 's-Gravenhage heeft schadevergoedingen toegekend op grond van onrechtmatige daad bij onjuist verlopen procedures, waarbij art. 6 EVRM een rol speelde.⁶¹ Ook de Nationale ombudsman honoreert met regelmaat klachten op dit punt.

Het juridische gebrekkige systeem van preventief toezicht is ook ter discussie gesteld in het advies van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, waarvan De Laat en ikzelf beiden lid waren. Deze grotendeels uit juristen bestaande commissie wees het bestaande systeem af en stelde een 'EVRM-proof' nieuw stelsel van ontslagrecht voor. De Stichting van de Arbeid, bestaande uit de centrale organisaties van werkgevers en werknemers, wees dit voorstel echter af, zonder zich te bekommeren om de discussie over de verenigbaarheid van het huidige stelsel met het EVRM. Het is goed denkbaar dat de regering niet tegen de wensen van de Stichting van de Arbeid in zal gaan, ondanks de vele ook bij haar bekende argumenten die tegen het huidige stelsel van ontslagrecht pleiten. Thans leven wij daardoor in de situatie waarin de advocaat die een zich daartoe lenende zaak voorlegt aan het EHRM een grote kans heeft het Nederlandse ontslagrecht op te blazen. Een interessante vraag is of ook de Nederlandse rechter thans reeds gehouden zou zijn de *Obermeijer*-zaak toe te passen en de wet daarvoor buiten werking te stellen. Dit zou kunnen doordat een bestuursrechter een beroep ontvankelijk zou achten tegen een beslissing van de CWI, onder terzijdestelling van de bijlage bij de Awb of art. 6 lid 10 BBA 1945. Nog wat verder zou het gaan indien een civiele rechter zich competent zou achten om een opzegging te vernietigen wegens strijd met het EVRM. Bepalend hiervoor is in theorie de vraag of art. 6 EVRM zich leent voor rechtstreekse werking, want volgens art. 93 Grondwet moet de rechter strijdige wettelijke bepalingen dan buiten toepassing laten. De Nederlandse rechter zal, naar ik vrees, een dergelijke vergaande uitspraak niet voor zijn rekening durven nemen en daarvoor wellicht aanvoeren dat de toepasbaarheid van de *Obermeijer*-zaak in de Nederlandse situatie niet zeker is. Ook hier zouden echter in de eerste plaats een betrokkene en diens advocaat de moed moeten opbrengen om de kwestie voor te leggen aan een rechterlijk college.

We komen daarmee aan de op de achtergrond liggende meer structurele vraag in hoeverre de Nederlandse rechter bereid is belangrijke

61 Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181; Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12.

constitutionele vragen principieel te beslissen. De Nederlandse rechter heeft traditiegetrouw een pragmatische geest en denkt niet sterk in termen van grondrechten.⁶² Dit is sterk bevorderd doordat (al is het ook de reden waarom) Nederland geen constitutionele toetsing kent. Het is dan ook tekenend dat de vorige president van de Hoge Raad in zijn afscheidsrede als persoonlijk standpunt te kennen gaf dat de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten in de Grondwet geen invoering meer behoeft⁶³, omdat het nieuwe Europese Grondwettelijk verdrag ook reeds een grondrechtenhandvest bevat. Nog afgezien van de vraag of dit verdrag spoedig in werking zal kunnen treden, is het echter ook de vraag of Nederlandse wetten wel kunnen worden getoetst aan dit verdrag voorzover zij niet door Europees recht zijn beïnvloed.

Het niet-constitutioneel denken in arbeidsrechtelijke zaken is ook een gevolg van het sterk civielrechtelijke denken dat overheerst in de civiele rechtspraak, waarbij het uitgangspunt van gelijkheid van partijen overheerst. De civiele rechter vertrouwt instinctief meer op het principe van belangenafweging, waarbij hij aan grondrechten eventueel een hogere status toekent dan aan andere belangen. Maar het arbeidsrecht heeft ook duidelijk publiekrechtelijke invloeden en heeft ongelijkheidscompensatie als uitgangspunt. En daarom is doorwerking van grondrechten in het arbeidsrecht een belangrijke zaak, die veel consequenter aandacht behoeft dan in het burgerlijk recht gebruik is.⁶⁴ Bemoedigend is dat ook in het civiele recht toenemende belangstelling bestaat voor de ‘constitutionalisering’ van het recht.⁶⁵

62 Dit is des te erger als men het betoog volgt van Rood, dat grondrechten in het arbeidsrecht juist door de rechter moeten worden toegepast, omdat de wetgever te ruime beperkingsclausules zou moeten opnemen, M.G. Rood, ‘Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen’, in: P.B. Cliteur & A.P.M.J. Vonken (red.), *Doorwerking van mensenrechten*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 125-141.

63 Op 14 oktober 2004 heeft de Tweede Kamer ingestemd met een initiatiefwetsvoorstel tot grondwetswijziging ter zake, zie *Kamerstukken I 2004/05*, 28 331 A.

64 Zie nader E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 28), Deventer: Kluwer 1999.

65 J. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2003.

4.6 Conclusie

Geleidelijk ondervindt de Nederlandse rechtspraak in toenemende mate Europese invloeden, maar deze zijn nog niet erg consequent, standvastig en uitgekristalliseerd. Zij lijken nog te veel afhankelijk van de vraag welke partij dit element inbrengt en of zij dit op de juiste wijze doet om effectief te zijn. Het Europese recht leeft nog onvoldoende om van een vanzelfsprekende en consequente toepassing te kunnen spreken.

De toepassing van het Europese arbeidsrecht in het Nederlandse arbeidsrecht vereist een nauwgezette studie van en een grote deskundigheid in het Europese arbeidsrecht. Het is duidelijk dat dit veel vergt van de Nederlandse rechter en dus ook van de Hoge Raad. In de rechtspraak begint dit besef langzamerhand door te dringen en geleidelijk wordt meer afstand genomen van Nederlandse tradities en meer ruimte geboden aan Europeesrechtelijke benaderingswijzen. Daarbij valt op dat in diverse gevallen aanvankelijk wordt uitgegaan van klassiek civilistische denkwijzen die vervolgens onder Europese invloed in meer arbeidsrechtelijke zin moeten worden bijgesteld.

Dit is naar mijn indruk een structureel verschijnsel dat mede zijn oorzaak vindt in de Nederlandse rechterlijke organisatie, die op arbeidsrechtelijk gebied sterk afwijkt van die in de rest van Europa. In Nederland is specifieke aandacht voor het arbeidsrecht in de rechtspraak niet zonder meer gegeven.⁶⁶ Wel hebben wij in eerste instantie door de thans nog bestaande (maar voor de toekomst niet verzeerde), zelfstandige positie van de sector kanton in de rechtbanken, nog een rechter die in het algemeen veel deskundigheid heeft op het gebied van het arbeidsrecht. Bij de gerechtshoven wisselt de aanpak, maar niet overal is daar de arbeidsrechtelijke appèlrechtspraak gebundeld in kamers die op dit gebied de nodige deskundigheid kunnen ontwikkelen. Bij de Hoge Raad wordt het arbeidsrecht behandeld door de civiele kamer, die geen specialisten op dit gebied telt. In de meeste Europese landen is dat anders en is de arbeidsrechtspraak

66 Zie ook A.F.M. Brennkmeijer & G.J.J. Heerma van Voss, 'Een discussie over de rol van de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a., *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu 2003, p. 331-365, par. 5, ook met vergelijking met de socialeverzekeringsrechtspraak. Voorts A.Ph.C.M. Jaspers, 'Arbeidsrechtspraak in geding', *ArA* 2001-3, p. 4-51; C.J. Loonstra, *De kantonrechter als arbeidsrechter* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2000.

ondergebracht bij gespecialiseerde rechters.⁶⁷ Daardoor is de arbeidsrechtelijke benaderingswijze daar meer geïnstitutionaliseerd en is het belang van de arbeidsrechtelijke leerstukken daar meer erkend. Als gevolg van deze situatie heeft Nederland een handicap ten opzichte van andere landen die ook doorwerkt bij de toepassing van Europees arbeidsrecht. Het lijkt er wel eens op dat het arbeidsrechtelijk denken via de omweg van Europa in onze rechtspraak moet doordringen om het heersende civielrechtelijke instrumentarium te kunnen beïnvloeden. Bij het arbeidsrecht spreken we over het recht dat het leven en het inkomen van het grootste deel van de bevolking dagelijks bepaalt. Een grotere aandacht voor de eigen kenmerken van dit vakgebied in de Nederlandse rechterlijke organisatie zou ons land niet alleen organisatorisch, maar ook inhoudelijk meer in lijn kunnen brengen met de Europese 'mainstream'.

67 A. Goldman, 'Settlement of Disputes over Interest' en dez., 'Settlement of Interest over Rights', in: R. Blanpain & C. Engels (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, The Hague: Kluwer Law International 1998.