



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het Sociaal Recht

Heerma van Voss, G.J.J.; Slooten, J.M. van

Citation

Heerma van Voss, G. J. J., & Slooten, J. M. van. (2007). Kroniek van het Sociaal Recht. *Njb-Kronieken*, 13, 761-772. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13650>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13650>

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

KRONIEK VAN HET SOCIAAL RECHT

684 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en prof. mr. J.M. van Slooten

Guus Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad.

Jaap van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.

De afgelopen periode was druk. Veel publiekrechtelijke regelgeving veranderde, maar het ontslagrecht wordt nog altijd niet hervormd. Ook het nieuwe regeerakkoord wijst niet in die richting. Er was interessante rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van het concurrentiebeding en de medezeggenschap. Rode draad daarin is dat het alles-of-niets-karakter van regels op zijn retour lijkt te zijn. Rechtspraak op het gebied van gelijke behandeling toont een wat gematigder houding ten aanzien van de proportionaliteitstoets.

CONCURRENTIEBEDING

In 1979 heeft de Hoge Raad in het befaamde arrest Brabant/Van Uffelen de doctrine gevestigd dat een concurrentiebeding zijn gelding kan verliezen, indien een wijziging van de arbeidsverhouding van zo ingrijpende aard is dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken. In die gevallen moest dus een nieuw concurrentiebeding worden overeengekomen, omdat de in het vereiste van geschrift gelegen bijzondere waarborg, dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen, hier opnieuw op zijn plaats is.¹

Deze uitspraak had betrekking op een werknemer die een directeurspositie kreeg, waardoor onder meer zijn bescherming tegen ontslag afnam. In de praktijk heeft de lagere rechtspraak deze leer echter ook toegepast op vele andere soorten functiewijzigingen, waardoor werkgevers als regel er goed aan deden om bij elke functiewijziging van enige betekenis een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst te laten tekenen, indien daarin een concurrentiebeding gewenst werd. Het oude arrest gaf een niet zo duidelijk afbakeningscriterium voor zowel de vereiste mate van ingrijpendheid van de functiewijziging als ook van de vraag wanneer het beding zwaarder gaat drukken. Bovendien was niet geheel duidelijk of dit twee zelfstandige eisen

waren. Ten slotte was er kritiek op deze uitspraak omdat het criterium leidde tot 'alles of niets': een tussenweg (een gematigd beding) was niet mogelijk.² Aan dergelijke kritiek komt de Hoge Raad tegemoet in zijn arresten van 5 januari 2007 inzake AVM-accountants. In de beide arresten ging het om een degradatie: de beide werknemers hadden een nieuwe functie gekregen, maar er was geen overeenstemming bereikt over de nieuwe arbeidsovereenkomst. De beide werknemers begonnen later een eigen bedrijf en hen werd toen het oorspronkelijk overeengekomen concurrentiebeding tegengeworpen. Zij stelden dat dit beding was vervallen doordat het beding door de nieuwe functie zwaarder was gaan drukken. Het Hof Leeuwarden honoreerde dit argument. De Hoge Raad vernietigde echter deze arresten.

Daarbij geeft de Hoge Raad de volgende algemene overwegingen:

'Met deze jurisprudentiële regel wordt beoogd dat de werknemer opnieuw de gelegenheid krijgt, gelet op de beide in de maatstaf genoemde omstandigheden, de consequenties van het voor hem bezwarende beding goed te overwegen, waartoe de eis dat het beding (opnieuw) schriftelijk wordt overeengekomen een bijzondere waarborg biedt. Het gevolg van de toepassing van deze regel is dat het concurrentiebeding als gevolg van de genoemde omstandigheden zijn geldigheid verliest totdat het – al of niet in gewijzigde vorm – opnieuw schriftelijk is overeenge-

1. HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467 (Brabant/Van Uffelen).

2. A.M. Lutmer-Kat, 'Zwaarder gaan drukken van het concurrentiebeding: een ongelukkig criterium', SR 1996, p. 10-14.

De ooit bevochten maximale wettelijke werkdag van acht (en een half) uur behoort definitief tot het verleden.

komen, echter zonder dat zekerheid bestaat dat partijen overeenstemming bereiken over handhaving of wijziging van het beding. Dit rechtsgevolg vertoont verwantschap met het rechtsgevolg van de rechterlijke vernietiging van het concurrentiebeding, geregeld in artikel 7:653 lid 2 BW. In dat geval heeft de rechter de bevoegdheid het beding geheel of gedeeltelijk te vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.

De verwantschap met deze bepaling, mede in aanmerking genomen het aan het thans geldende Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt, is reden om bij toepassing van de hier besproken jurisprudentiële regel aan te nemen dat het concurrentiebeding zijn geldigheid niet onder alle omstandigheden volledig verliest en opnieuw schriftelijk moet worden overeengekomen, maar voor zover de in de maatstaf genoemde, tezamen genomen, omstandigheden dit nodig maken met het oog op enerzijds de bescherming die artikel 7:653 lid 1 BW de werknemer biedt tegen het niet weloverwogen aangaan van een concurrentiebeding en anderzijds het te beschermen belang van de werkgever bij dat beding.

Gesteld voor de vraag of op grond van de genoemde jurisprudentiële regel een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk zijn geldigheid heeft verloren en opnieuw schriftelijk dient te worden overeengekomen, zal de rechter dienen te onderzoeken niet alleen of sprake is van een wijziging van de arbeidsverhouding van ingrijpende aard, maar ook of, en zo ja op grond waarvan, die wijziging meebrengt dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder gaat drukken. Daarbij zal de rechter betekenis mogen hechten aan de mate waarin de wijziging van de arbeidsverhouding redelijkerwijze was te voorzien voor de werknemer toen deze het beding aanvaardde. Voorts is de enkele vaststelling dat zich een ingrijpende wijziging van de arbeidsverhouding heeft voorgedaan, in het algemeen onvoldoende voor het aannemen van het oorzakelijk verband met het aanmerkelijk zwaarder gaan drukken van het

beding. Bij de beoordeling of van dit laatste sprake is zal de rechter moeten onderzoeken – en in zijn motivering tot uitdrukking moeten brengen – of, en zo ja in hoeverre en in welke mate, die wijziging, na een eventuele beëindiging van het dienstverband van de werknemer, bij handhaving van het concurrentiebeding een belemmering voor hem zal vormen om, een nieuwe, gelijkwaardige, werkkring hetzij in loondienst hetzij als zelfstandig ondernemer te vinden.³

De Hoge Raad maakt in deze uitspraak duidelijk dat enerzijds sprake is van twee afzonderlijke eisen (ingrijpende functiewijziging, respectievelijk zwaarder gaan drukken), waartussen oorzakelijk verband moet bestaan. Daarnaast wordt een einde gemaakt aan de alles-of-niets-situatie, maar wordt in wezen aangesloten bij de mogelijkheid het concurrentiebeding te matigen. Een genuanceerde uitkomst wordt dus toegestaan.

Dat maakt weliswaar maatwerk nu mogelijk, maar dit zou, zoals steeds, de rechtszekerheid kunnen schaden. Het is al moeilijk om de rechtsgeldigheid van een concurrentiebeding goed te kunnen beoordelen, in de weinige gevallen dat we zeker wisten dat een beding niet meer geldig is, kan het dat nu nog voor een deel zijn. En hoe moet de rechter het nieuwe criterium beoordelen? Hoe kan de rechter meten voor welk deel het concurrentiebeding wel in stand moet blijven?

Een voordeel van de nieuwe leer kan zijn dat een werknemer minder belang heeft bij het niet ondertekenen van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij wijziging van functie, zoals in de onderhavige casus ook aan de orde was. Kon hij vroeger er op hopen dat door toepassing van de Brabant/Van Uffelen-leer op het beslissende moment van het concurrentiebeding verlost te zijn, in het huidige systeem moet hij er op rekenen dat het beding hoogstens wordt gematigd en aangepast aan de nieuwe situatie. De rechter kan zich aldus weer een beetje meer gaan mengen in de inhoud van het arbeidscontract.

ARBEIDSOMSTANDIGHEDEN

Zowel de Arbeidsomstandighedenwet als de Arbeids-tijdenwet zijn aanmerkelijk gedereguleerd.

De Arbeidsomstandighedenwet is ontdaan van zijn jaartal 1998 en gaat sinds dit jaar weer net als vroeger onder de naam Arbeidsomstandighedenwet (in de wandeling Arbowed) door het leven. Dit is het gevolg van de wet die tot doel heeft de verantwoordelijkheden van werkgevers en werknemers voor het arbeidsomstandighedenbeleid te vergroten.⁴ Het staat er niet bij,

3. HR 5 januari 2007, JAR 2007/37 en JAR 2007/38 (AVM/Osinga en AVM/Spaan).

4. Wet van 30 november 2006, Stb. 2006, 673-675. Zie nader J. van Drongelen en J.A. Hofsteenge, *De wijziging van de Arbowed (Actualiteitenreeks Sociaal Recht)*, Deventer: Kluwer 2007.

maar daarmee wordt de verantwoordelijkheid van de overheid dus verkleind. De regelgeving in de Arbwet is daarmee zo veel mogelijk beperkt, vereenvoudigd en verduidelijkt. Dit werd onder andere bereikt door het opnemen van zogeheten 'doelvoorschriften' en het zoveel mogelijk beperken van 'middelvoorschriften'. Met andere woorden: de wet geeft het doel aan, werkgevers en werknemers bepalen met welke middelen dat doel wordt bereikt. Alleen waar Europese regels middelvoorschriften kennen, moesten deze worden gehandhaafd. Vrijwilligers zijn voortaan uitgezonderd van de werking van de Arbwet, met uitzondering van ernstige arbeidsrisico's. De werkgever moet een beleid voeren ten aanzien van psychische arbeidsbelasting. In één artikel zijn alle voorschriften geconcentreerd ten aanzien van bedrijfsongevallen. Een werkgever met ten hoogste 25 werknemers kan zelf de taken van de preventiemedewerker op zich nemen. Bij meer werknemers dient een gecertificeerde deskundige te worden ingeschakeld. Werkgevers en werknemers moeten via de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of rechtstreeks binnen het bedrijf contact hebben over het arbeidsomstandighedenbeleid. De werknemers krijgen toegang tot een arbodeskundige.

Ook de Arbeidstijdenwet is vereenvoudigd en transparanter gemaakt. In dit geval werd expliciet als reden opgegeven dat het vestigingsklimaat voor ondernemingen in ons land moet worden versterkt. Binnen de internationaalrechtelijke normen krijgen werkgevers en werknemers meer mogelijkheden om tot maatwerk en flexibele afspraken te komen. Zo worden de voorschriften ten aanzien van de pauze aanzienlijk vereenvoudigd. Bij diensten van vijf en een half uur of langer moet de arbeid worden onderbroken voor een pauze van ten minste 30 minuten. Bij collectieve regeling kan worden overeengekomen om de duur van de pauzes te beperken. Bij collectieve regeling kan worden afgeweken van het minimum van dertien vrije zondagen per jaar, maar individueel kan de werknemer deze arbeid op zondag weigeren.

In de wet vervalt het onderscheid tussen arbeidstijd en arbeidstijd inclusief overwerk. De wet spreekt nog slechts van maxima voor de arbeidstijd. Een dienst mag niet langer zijn dan twaalf uur. Hiermee behoort de ooit bevochten maximale wettelijke werkdag van acht (en een half) uur definitief tot het verleden. Wel mag de wettelijke arbeidstijd ten hoogste 60 uur bedragen en per vier respectievelijk zestien weken bedraagt de gemiddelde arbeidstijd per week ten hoogste 55 en 48 uur. De regels voor nachtarbeid worden aanzienlijk verminderd en flexibeler. Nachtdienst wordt thans gedefinieerd als een dienst waarin de werknemer ten minste één uur tussen 00.00 uur en 06.00 uur arbeid verricht. De arbeidstijd voor werknemers die regelmatig nachtarbeid verrichten, mag gemiddeld maximaal 40 uur per week bedragen over een periode van zestien weken. Ook stelt de wet een grens aan het aantal nachtdiensten, al kan daar bij cao van worden afgeweken. De gewijzigde wet treedt op 1 april 2007 in werking.⁵

WACHTDIENSTEN

Enige ophef ontstond over de uitspraak van het Hof Arnhem dat de regeling voor wachtendiensten in het Arbeidstijdenbesluit (art. 4.8:1 lid 5) in strijd is met de Europese Richtlijn nr. 2003/88/EG inzake arbeidstijden (art. 2 en 3) en daarom buiten toepassing dient te blijven. Dit bracht mee dat het op dit artikel gebaseerde dienstrooster van de Ambulancedienst Gelderland-Zuid eveneens strijdig is met de richtlijn.⁶ Deze uitspraak kan echter niemand verbazen die de Europese jurisprudentie heeft gevolgd, waarin wachtendiensten op het werk tot de arbeidstijd worden gerekend.⁷ Pogingen van de Nederlandse regering om de arbeidstijdenrichtlijn op dit punt aan te passen, zijn vooralsnog zonder effect gebleken. Nederland gaat per 1 juni 2007 daarom als noodoplossing gebruikmaken van een opt-out waarin de richtlijn voorziet. De toepassing van deze 'opt-out' vereist overigens wel de individuele instemming van de werknemers.⁸ Dit betreft een curieuze vorm van opt-out van het beschermingsniveau van dezelfde richtlijn, die destijds alleen ten behoeve van het Verenigd Koninkrijk mogelijk is gemaakt. Tegen het bestaan van deze opt-out heeft de Nederlandse regering zich tot op heden steeds verzet! De Minister van Verkeer en Waterstaat heeft de smaak kennelijk te pakken gekregen. Op verzoek van de sector heeft zij het nu ook in het Arbeidstijdenbesluit Vervoer mogelijk gemaakt een werkweek van 55 uur in te voeren met individuele instemming van de chauffeurs.⁹ Ook hierbij wordt gebruikgemaakt van de opt-out van de richtlijn, die de regering ook in recente documenten stelt eigenlijk niet nodig te hebben.

HERZIENING ONTSLAGRECHT

Tegen het einde van 2006 mislukte een poging om in SER-verband een akkoord te bereiken over herziening van het ontslagrecht. Het laatst besproken voorstel dat uiteindelijk door de vakbeweging werd afgewezen, hield, behalve de afschaffing van de CWI-procedure, ook de invoering in van een vaste ontslagvergoeding, ter grootte van driekwart van de thans gangbare kantonnerechtsformule bij ontbinding. Het belang van de

5. *Wet van 30 november 2006, Stb. 2006, 632. Zie nader J. van Drongelen, en D.J.J. Korver, De vernieuwde Arbeidstijdenwet (Reeks Actualiteiten Sociaal Recht), Deventer: Kluwer 2007; SER-advies 2005/03 en G.J.J. Heerma van Voss, 'Stille revolutie in het arbeidstijdenrecht', in: S. Klosse (red.) e.a., *Arbeid en Gezondheid, Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming, Had Geers het geweten!*, Maastricht 2006, p. 81-88.*
6. *Hof Arnhem 16 januari 2007, nr. 2006/1110, nog niet gepubliceerd.*
7. *Onder meer HvJ EG 3 oktober 2000, nr. C-303/98, Jur. p. I-7963, JAR 2002/251(Simap); HvJ EG 9 september 2003, C-151/02, JAR 2003/226 (Jäger); HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 e.a., JAR 2004/261 (Pfeiffer/Deutsches Rote Kreis); HvJ EG 1 december 2005, nr. C-14/04, JAR 2006/18 (Dellas e.a./Minister van Sociale Zaken Frankrijk).*
8. *Bijlage bij Kamerstuk 21 501-31, nr. 103.*
9. *Besluit van 11 december 2006, Stb. 2007, 10; Kamerstukken II 2005/06, 21 109, nr. 166.*

C-factor (die de verwijtbaarheid verdisconteert) zou hierbij worden teruggedrongen. Ook de invoering van een scholingsfonds om transities op de arbeidsmarkt te vergemakkelijken, vormde onderdeel van dit voorstel. Het bereiken van overeenstemming tussen sociale partners over de hoogte van de ontslagvergoeding lijkt een haast onmogelijke taak: wordt de vergoeding lager, dan kan de vakbeweging dit niet accepteren, blijft hij even hoog als thans rechters plegen toe te wijzen bij ontbinding, dan willen de werkgevers zich hierop niet vastleggen.

Langzaam lijkt de discussie over het ontslagrecht zich echter te verplaatsen van de vraag hoe wordt 'afgerekend' met de oude werkgever, naar de vraag hoe zo snel mogelijk een nieuwe functie of andere werkgever wordt gevonden. Daarbij is ook van belang hoe werkgever en werknemer tijdig kunnen inspelen op nieuwe ontwikkelingen door onder meer scholing. Daarbij is

gere ontslagvergoeding meebrengt. In de zogenaamde Groen-formule wordt daar rekening mee gehouden. In deze variant krijgt een oudere werknemer die na zijn 50ste in dienst komt, bij ontslag niet de verhoogde A-factor mee.¹¹ Over de wenselijkheid van de toepassing van deze variant wordt echter verschillend gedacht. Intussen wordt het oordeel van de Commissie gelijke behandeling afgewacht over de verenigbaarheid van de kantonrechtersformule in dit opzicht met de Wet Gelijke Behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA). Gelet op het hierna te bespreken Cadman-arrest van het Hof van Justitie EG valt niet te verwachten dat de Commissie over de A-factor zal vallen. De Commissie komt naar verluidt dit voorjaar met een advies over deze kwestie.

Een tweede kwestie is de vraag in hoeverre het nog gerechtvaardigd is dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag afwijkt van die bij ontbinding. Onder advocaten heerst onvrede over het feit dat werkgevers kunnen kiezen tussen een goedkope opzegging via het CWI of een duurdere ontbinding via de kantonrechter. Het verschil doordat bij opzegging loon over de opzegtermijn is verschuldigd, mag dan nog worden verrekend. Maar voor het overige zou de werknemer die een kennelijk onredelijk ontslagprocedure begint na opzegging met toestemming van het CWI ook een vergoeding volgens de kantonrechtersformule moeten krijgen, is dan de redenering.

Toch valt tegen deze gedachtegang het nodige in te brengen. In de eerste plaats vindt de ontbinding voorafgaande aan de beëindiging plaats, op een moment waarop nog niet is te voorzien of de werknemer een nieuwe baan zal vinden. Dat rechtvaardigt het hantieren van een grove formule. Dat ligt anders bij kennelijk onredelijk ontslag, waar de rechter zijn oordeel op een veel later tijdstip uitsprekt. Op dat moment kan beter worden gezien welke schade de werknemer daadwerkelijk van het ontslag heeft ondervonden. Daarnaast wordt met een ontbinding ook een groot deel van de normale ontslagbescherming afgekocht. Minder sterke motiveringen, opzij zetten van ontslagverboden en verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever worden bij ontbinding gecompenseerd in de hoogte van de vergoeding. De werkgever die zich de moeite getroost om de koninklijke weg langs het CWI te volgen, met alle onzekerheden van dien, wordt daarna in beginsel niet met hoge kosten geconfronteerd. En dan speelt nog de vergelijking met het buitenland. De ontbindingsvergoedingen zijn veel hoger dan wat als vergoeding bij ontslag in omringende landen gebruikelijk is. Dat kan nog worden gerechtvaardigd, zolang er ook een minder kostbare route naast staat. Dit alles neemt niet weg dat het in sommige gevallen ook redelijk is dat de werknemer na verkregen toestemming voor opzegging van het CWI een vergoeding meekrijgt. En dat daarbij ook wordt vergeleken in hoeverre de kantonrechtersformule hierbij een relevante factor vormt. In een aantal uitspraken in de afgelopen periode werd door rechters dan ook zo'n vergelijking toelaatbaar geacht.¹²

Het bereiken van overeenstemming tussen sociale partners over de hoogte van de ontslagvergoeding lijkt een haast onmogelijke taak.

van belang dat de werknemer weerbaar wordt gemaakt ten opzichte van veranderingen. Ook de levensloopregeling zou hiervoor kunnen worden ingezet. Baanzekerheid wordt dan vervangen door werkzekerheid. Het recente WRR-rapport over 'investeren in werkzekerheid' sluit aan op deze tendens.¹⁰

ONTSLAGVERGOEDINGEN

In het huidige stelsel van ontslagvergoedingen spelen twee discussies een belangrijke rol.

In de kantonrechtersformule houdt de A-factor rekening met het arbeidsverleden. Volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters is deze hoger naarmate de dienstjaren op oudere leeftijd zijn gemaakt. De vraag is of deze leeftijdsfactor zich nog verdraagt met het verbod van leeftijdsonderscheid. Het voordeel voor de oudere werknemer van een hogere vergoeding wordt vaak gemotiveerd met verminderde kansen op de arbeidsmarkt. Het nadeel kan echter zijn dat werkgevers nog minder snel ouderen aannemen, omdat als het misgaat dit ook nog een ho-

10. WRR, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: University Press 2007. Ook in het SER-advies nr. 06/08, *Welvaartsgroei door en voor iedereen ...*, Den Haag: SER 2006, waarin gepleit wordt voor omvorming van de verzorgingsstaat tot een activerende participatiemaatschappij, klinken deze geluiden door.

11. Vergelijk Ktr. Groningen 4 december 2006, JAR 2007/24.

12. Hof Arnhem 23 mei 2006, RAR 2006, 146; Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, RAR 2006, 153; Hof 's-Hertogenbosch 6 juni 2006, RAR 2006, 161.

Daar mag echter weer niet uit worden afgeleid dat de tendens is om structureel de kantonrechttersformule als uitgangspunt te nemen in een procedure uit kenmerkend onredelijk ontslag.

AFSCHAFFING 'PRO FORMA'

In de vorige kroniek werd melding gemaakt van de gevolgen van de herziening van het WW-stelsel voor het ontslagrecht. De zogenaamde 'pro-formaprocedures' zijn in beginsel niet meer nodig. Bij iedere opzegging door de werkgever behoudens wegens een dringende reden, kan de werknemer in beginsel zijn recht op WW-uitkering geldend maken, zonder angst te hoeven hebben voor een maatregel wegens verwijtbare werkloosheid.

Over de gevolgen van deze wijzigingen bestaat nog steeds onzekerheid. Enerzijds zijn er diegenen die menen dat deze wijziging de deur openzet naar misbruik.¹³ Maar daar staat tegenover dat de oude regeling dat misbruik ook bepaald niet uitsloot.

Anderen betwijfelen of de pro-formaprocedure wel geheel is uitgebannen.¹⁴ Naast de gebruikelijke aarzeling bij de op zekerheid ingestelde jurist om een jarenlange praktijk overboord te zetten, spelen daarbij enkele argumenten een rol. In de eerste plaats zou een ontbindingsbeschikking voordelen hebben omdat deze een executoriale titel biedt. Dit argument is echter minder sterk indien aan beide zijden advocaten hebben onderhandeld. Het aantal gevallen waarin de werkgever de overeengekomen ontslagvergoeding dan niet betaalt, is minimaal. Het tweede argument dat wordt aangevoerd, is dat de werknemer zich later op dwaling zou kunnen beroepen. Ook hiervoor geldt dat als de werknemer zich deskundig heeft laten bijstaan, een dergelijk beroep weinig kans zal maken. Het derde argument is dat de zogenaamde CWI-korting op de opzegtermijn niet geldt, indien geen toestemming voor het ontslag door de CWI is gegeven. Dit heeft gevolgen voor de toepassing van de fictieve opzegtermijn van artikel 16 WW, waardoor de WW-uitkering een maand later begint. Dit argument is wel juist, omdat het UWV heeft geweigerd deze CWI-korting in dergelijke gevallen te verdisconteren in de fictieve opzegtermijn.¹⁵ Ons inziens is dit standpunt in strijd met de bedoeling van de wetgever om de pro-formaprocedures overbodig te maken. Om die reden zou het UWV zijn beleid dienen aan te passen. Voor zover dit niet gebeurt, zou de minister een aanwijzing hiertoe moeten geven. Het valt te hopen dat het ministerie van SZW hierin snel actie onderneemt. Per saldo komen de meeste bezwaren tegen het verlaten van de pro-formapraktijk voort uit koudwatervrees.

Een ook wel gebruikt vierde argument, namelijk onzekerheid of het UWV de bedoeling van de wetgever wel volgt, is – afgezien van de reeds besproken kwestie van de opzegtermijn – door het UWV zelf sterk ontkracht. Dat is gebeurd door de publicatie van beleidsregels waaruit blijkt dat het de nieuwe regelgeving voor het overige naar de geest zal uitvoeren.¹⁶ Zo zal in prin-

cipe niet worden verwacht dat de werknemer verweer voert tegen een ontslag op initiatief van de werkgever en mag hij ingaan op een voorstel van de werkgever om tot een beëindigingsovereenkomst te komen. Zelfs indien een opzegverbod wordt geschonden, behoeft de werknemer zich niet tegen het ontslag te verzetten. Daarop geldt maar één uitzondering: in geval er een loonsanctie aan de orde is. Dit betreft de periode waarin de werkgever loon moet betalen omdat hij onvoldoende heeft gedaan voor de re-integratie van een arbeidsongeschikte werknemer.

Verder wordt het eindigen van een arbeidsovereenkomst op bedrijfseconomische gronden volgens de beleidsregels altijd geacht te zijn gedaan op initiatief van de werkgever. Dit betekent dat in het kader van een sociaal plan bij reorganisatie een werknemer zelfs zelf initiatief tot ontslag mag nemen, zonder zijn WW-uitkering in de waagschaal te stellen. Dit alles sluit goed aan op de gangbare praktijk en maakt het ontslagrecht zonder twijfel efficiënter. Wel moet de werknemer voorkomen dat het ontslag nodeloos wordt vervroegd, bijvoorbeeld door het niet in acht nemen van de opzegtermijn. Maar laat hij dit na, dan is sprake van een benadelingshandeling en niet van verwijtbare werkloosheid. Dit betekent dat de WW-uitkering naar evenredigheid wordt gekort, maar niet geheel wordt ingehouden. Hetzelfde geldt voortaan indien de werknemer verwijtbaar ontslag neemt, maar de benadeling slechts een beperkte periode betreft. Dit was in de rechtspraak al zo beslist. Wel dient de werknemer nog rekening te houden met 'doorwerking' van sancties uit een eerdere werkloosheid. Op dit punt zou nog enige versoepeling kunnen bijdragen aan een flexibilisering van de arbeidsmarkt.

PASSENDE ARBEID

Daarnaast viel te verwachten dat het UWV, nu de toegang tot de WW wellicht gemakkelijker is geworden, de nadruk zou gaan verleggen naar het toezicht op de uitstroom uit de WW. In dit kader moet mogelijk de vaststelling van nieuwe Beleidsregels voor passende arbeid worden gezien.¹⁷ Toch is hierin inhoudelijk weinig nieuws toegevoegd aan de oude regels op dit gebied.

Opvallend aan de bij het UWV gehanteerde 'regelgevingstechniek' is dat de beleidsregels het beleid zelf niet bevatten. Zij verwijzen slechts naar een bijlage, waarin het beleid in wollige taal is omschreven. De regels zijn daarmee niet scherp, hetgeen het niet ge-

13. W. Bouwens, *SMA 2007*, p. 3.

14. Vergelijk P.S. Fluit, 'Doorgaan met pro forma's?', *SR 2006*, 65, afl. 11, p. 317-318.

15. Ook de nieuwe beleidsregels voor de fictieve opzegtermijn gaan hier niet op in, *UWV, Beleidsregels toepassing artikel 16, derde lid en artikel 24, vijfde lid, WW 2006, Stcrt. 29 september 2006*, 190, p. 28.

16. *UWV, Beleidsregels toepassing art. 24 en 27 WW, Stcrt. 29 september 2006*, 190, p. 32.

17. *UWV, Beleidsregels passende arbeid 2007, Stcrt. 12 december 2006*, 242, p. 20.

makkelijker maakt om er heldere verplichtingen uit af te leiden, noch om ze eventueel door de rechter te laten toetsen. Ook de toelichting is uiterst summier. Op dit punt zou de regelgeving van het UWV in de toekomst nog veel aan kwaliteit kunnen winnen. Zo wordt in de toelichting op deze nieuwe beleidsregels gesteld, dat de werknemer een meer individuele begeleiding mag verwachten. Waarin zich dat precies uit, blijft echter vaag. Ook wordt verwezen naar de Richtlijn Passende Arbeid 1996, een door het ministerie van SZW gemaakte samenvatting van de rechtspraak op dit gebied. Het is niet duidelijk waarom het UWV deze richtlijn niet in haar beleidsregels verwerkt, temeer daar de bedoelde richtlijn geen wettelijke grondslag heeft en daarom in de rechtspraak niet als bindend wordt beschouwd.

ONTSLAGBESLUIT

Als gevolg van de aanpassing van de WW is in het Ontslagbesluit de zogenaamde verkorte procedure met ingang van 1 januari 2007 geschrapt.¹⁸ Deze procedure

Raad de laatste jaren telkens bekrachtigd. Zo werd de afgelopen jaren geëist dat persoonlijke omstandigheden worden meegewogen in het besluit¹⁹ en dat daarbij ook buiten het werk gelegen omstandigheden meetellen.²⁰

Een van de problemen bij het ontslag op staande voet is het feit dat de bewijslast voor het bestaan van een dringende reden rust op degene die opzegt. De werkgever heeft meestal verschillende bezwaren, die samen de dringende reden opleveren. Mochten echter één of meer van die feiten niet zijn te bewijzen, dan kunnen de overige soms toch voldoende reden voor ontslag op staande voet vormen. Het probleem is echter dat van tevoren niet vaststaat welk feit genoegzaam bewezen zal worden geacht.

In het verleden heeft de Hoge Raad al een norm gegeven wanneer een dringende reden aanwezig is, ingeval niet alle aan het ontslag ten grondslag gelegde feiten bewezen zijn: 'Indien van een door de werkgever als 'dringende reden' voor ontslag aan de werknemer medegedeeld feitencomplex, na betwisting door de

De vraag is of de leeftijdsfactor in de kantonrechtर्सformule zich nog verdraagt met het verbod van leeftijdsonderscheid.

was destijds bedoeld voor ontslagen op bedrijfseconomische gronden waartegen de werknemer zich niet wilde verzetten, mits hij zijn aanspraak op WW-uitkering behield. In die gevallen kon de werknemer aangeven 'geen bezwaar' te hebben tegen de opzegging, waarna de CWI een snelle procedure volgde, zonder horen van de ontslagadviescommissie. Vervolgens was verwijtbare werkloosheid aan de kant van de werknemer in de WW uitgesloten.

De verkorte procedure is in het nieuwe stelsel niet meer van belang. Wanneer partijen het eens zijn over het ontslag, volstaat immers een beëindigingsovereenkomst en behoudt de werknemer zijn recht op WW. Overigens bleek het in de praktijk ook moeilijk om alle werknemers op één lijn te krijgen, hetgeen een voorwaarde was om de verkorte procedure effectief te kunnen toepassen.

DRINGENDE REDEN

Voordat een werkgever het besluit neemt om een werknemer op staande voet te ontslaan, moet hij zich wel driemaal bedenken. Deze vuistregel is door de Hoge

werknemer, slechts een gedeelte in rechte komt vast te staan, zal het ontslag niettemin kunnen gelden als te zijn verleend om een dringende, onverwijld medegedeelde reden indien

- a. het vorenbedoelde gedeelte op zichzelf beschouwd kan worden als een dringende reden voor ontslag op staande voet,
- b. de werkgever heeft gesteld, en ook aannemelijk is, dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen indien hij – anders dan hij blijkens de ontslagaanzegging meende – daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan, en
- c. dit laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van die aanzegging en de overige omstandigheden van het geval ook duidelijk moet zijn geweest.²¹

Maar oude arresten worden wel weer eens vergeten en in twee in 2006 gewezen arresten moest de Hoge Raad deze bekende leer herhalen. In de eerste zaak ging het om een hypotheekadviseur die vrouwelijke cliënten thuis uitnodigde en jegens hen handtastelijk werd, waarbij dit slechts tegenover één van de twee betreffende cliënten bewezen werd geacht. In het tweede geval ging het om bedreigingen van een opdrachtgever, respectievelijk twee leidinggevendenden, waarbij alleen het eerste incident bewezen werd. In beide zaken had het hof de dringende reden toch aanvaard, om-

18. Besluit Minister SZW van 6 december 2006, Stcrt. 13 december 2006, 243, p. 11.

19. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643, JAR 1999/102.

20. HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 (Vixia/Gerrits).

21. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 258; HR 10 maart 1989, NJ 1990, 185.

dat het wel bewezen feit ernstig genoeg werd geacht. Verzuimd werd echter te beoordelen of aan de twee andere door de doctrine gestelde eisen werd voldaan: de werkgever zou ook op die ene grond tot ontslag op staande voet zijn overgegaan en de werknemer moet dit duidelijk zijn geweest.²²

Deze beide uitspraken leren ons weer eens dat het van belang is een ontslag op staande voet alleen te baseren op feiten die voldoende te bewijzen zijn en die voldoende dringend zijn. Daarnaast kunnen alle feiten die een zelfstandige dringende reden vormen het beste afzonderlijk worden opgesomd, onder de toevoeging dat de werkgever dit ontslag ook al op grond van die enkele feiten zou hebben gegeven en dat de werknemer daarmee bekend was.

MEDEZEGGENSCHAP

Op het gebied van het medezeggenschapsrecht zijn twee interessante uitspraken te noteren. Het Hof 's-Gravenhage liet zich uit over de mogelijkheid om een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad (OR) op te zeggen. In het verleden werden dergelijke afspraken aangeduid als 'convenant', tegenwoordig is de term 'ondernemingsovereenkomst' gangbaar. De OR van de gemeente Leiden had in zo'n overeenkomst vergaande bevoegdheden gekregen. De gemeente Leiden besloot na tien jaar de overeenkomst op te zeggen. Had de eerste rechter nog geoordeeld dat duurovereenkomsten kunnen worden opgezegd, zij het met inachtneming van een redelijke termijn, het hof kwam met een genuanceerder oordeel. In aansluiting op de rechtspraak over andere duurovereenkomsten, oordeelt het hof dat of een opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, beantwoord zal moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval. De aard van de overeenkomst en bijzondere omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen.²³

In het gegeven geval vindt het hof dat, gezien het gewicht van de overeenkomst, opzegging zonder enig voorafgaand overleg niet mogelijk is. En het geeft ook een vingerwijzing voor de opstelling van partijen in dat overleg: 'In dat overleg zullen partijen zich redelijk jegens elkaar moeten opstellen. Alleen indien de ondernemingsraad zich ter zake van redelijke voorstellen tot aanpassing van het convenant onredelijk opstelt, zal de gemeente het convenant met inachtneming van een redelijke termijn geheel of gedeeltelijk kunnen opzeggen.'²⁴

Daarmee geeft het hof een interessante oplossing voor de problematiek die zich kan voordoen indien één der partijen bij een ondernemingsovereenkomst van de overeenkomst af wil. In wezen wordt gezegd dat partijen dan in onderhandeling moeten treden en zich wederzijds redelijk moeten opstellen. Dit brengt mee dat een ondernemer niet gemakkelijk van zijn afspraken met de OR af kan. En dat past goed bij de doelstelling van de Wet op de Ondernemingsraden om onge-

lijkheden in de verhouding werkgever-werknemers te compenseren.

De tweede uitspraak betreft het gevoelige onderwerp van het primaat van de politiek. In de zaak van de Van Mesdagkliniek vernietigde de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK). De OK had geoordeeld dat de Staat bij de verzelfstandiging van de kliniek ten onrechte geen advies had gevraagd aan de OR en de GOR, althans niet wat betreft de personele gevolgen met betrekking tot het verliezen van de ambtelijke status van de medewerkers. Het besluit moest daarom van het hof worden ingetrokken en de gevolgen ongedaan gemaakt. De Hoge Raad oordeelt onder meer dat de verzelfstandiging zelf een politiek besluit was en derhalve niet adviesplichtig. De OK had derhalve niet het gehele besluit mogen vernietigen, maar slechts voor zover het de personele gevolgen ervan betreft. Ten aanzien van deze personele gevolgen is immers medezeggenschap mogelijk, zonder dat het besluit tot verzelfstandiging zelf ter discussie wordt gesteld.²⁵

Het belang van deze uitspraak voor de toekomst lijkt dat een besluit dat zowel politieke aspecten kent, als personele gevolgen heeft, niet te snel als 'alles of niets' moet worden beoordeeld. De rechter kan het besluit zonodig splitsen in een politiek en een personeel deel en het alleen vernietigen voor zover het de personele gevolgen betreft. Dit kan het wellicht mogelijk maken om de invloed van de OR bij de overheid op het gebied van de personele gevolgen te vergroten, ook wanneer het overigens politieke besluiten betreft. De overheid kan zich immers niet te eenvoudig verschuilen achter het politieke karakter van een besluit. Over de personele gevolgen dient zelfstandig advies in te worden gewonnen. Niet te gemakkelijk kan worden aangenomen dat de twee niet van elkaar te scheiden zijn.

OVERWERK

Overwerk is een thema dat in de praktijk sterk leeft. Dat blijkt onder meer uit het feit dat de Hoge Raad in de betrokken periode drie arresten wees die daarop betrekking hebben. Bij het thema overwerk doen zich een aantal typen vragen voor, zoals: kan overwerk worden verlangd? Welke sanctie kan worden opgelegd indien overwerk niet wordt verricht? Bestaat er recht op beloning van overwerk, eventueel ook met een toeslag? In de vierde plaats: hoe kan worden vastgesteld of er overwerk is verricht? Geen van deze vraagstukken is (expliciet) wettelijk geregeld. Alleen de hierboven besproken Arbeidstijdenwet bevat bepalingen

22. HR 16 juni 2006, JAR 2006/171, RAR 2006, 109 (Van Woerden/Willemsen Jansplaats). HR 1 september 2006, JAR 2006/228 (Atak-Alp/Buwa).

23. Het hof verwijst naar HR 3 december 1999, NJ 2000, 120, inzake een distributieovereenkomst.

24. Hof 's-Gravenhage 3 november 2006, JAR 2007/32 (Gemeente Leiden).

25. HR 9 februari 2007, nr. R06/025, nog niet gepubliceerd (Staat/OR en GOR Van Mesdagkliniek).

over de vraag hoe vaak en op welke momenten overwerk kan worden verricht, verondersteld dat daartoe een verplichting bestaat. De thans gewezen arresten geven een antwoord op de hiervoor geformuleerde vierde vraag, te weten hoe dient te worden vastgesteld of de overwerkuren zijn verricht. Uiteraard geldt dat men pas aan deze vraag toekomt indien vaststaat dat overwerk ook beloofd dient te worden naast het vaste salaris. In veel cao's is een dergelijke afspraak opgenomen. De meeste cao's bevatten dan tevens regelingen over de vraag hoe de overwerkuren moeten worden bijgehouden en hoe, in het geval van betwisting aangetoond dient te worden dat het overwerk is verricht.

De arresten speelden zich af in de binnenvaart²⁶, het besloten busvervoer²⁷ en privéchauffeurdiensten.²⁸ Steeds is de inzet van de zaak een vordering tot vergoe-

logboeken van zijn reis- (en daarmee ook: werk-)tijden als uitgangspunt kon worden genomen. Dit oordeel speelde vervolgens in cassatie geen rol meer.

In de zaak betreffende buschauffeur Straathof baseerde het hof de gedeeltelijke toewijzing van de vordering op de uren die uit de administratie van de werkgever waren gebleken. In het op artikel 81 RO afgedane arrest kwam dit niet verder aan de orde.

Uit deze zaken blijkt dat rechters voor de informatie over het aantal gewerkte uren in de eerste plaats wensen terug te vallen op de administratie van de werkgever. Tevens blijkt dat de werkgever verplicht is die administratie ter hand te stellen. In de derde plaats gelden de gegevens van de werknemer als weerlegbaar vermoeden indien de administratie van de werkgever geen gegevens bevat. Dit lijkt een redelijke en praktisch werkbare regeling te zijn. Wel valt op dat de arbeidsrechtwetgeving anno 2007 geen enkele regeling bevat op dit vlak, zij het dat de Hoge Raad artikel 7:619 BW, dat dit jaar 100 jaar oud is, heeft 'ontdekt'.²⁹ Naar de letter genomen, is dit juist. Het artikel wordt blijkens de jurisprudentie echter zelden toegepast en dan nog veeleer gebruikt om de hoogte van variabele beloning te kunnen controleren.

Voordat een werkgever het besluit neemt om een werknemer op staande voet te ontslaan, moet hij zich wel driemaal bedenken.

ding van overwerk door de werknemer. Lichtmatroos Meijer stelde dat hij 'in systeemvaart' voer, als bedoeld in de cao voor de Binnenscheepvaart. Dat houdt een arbeidspatroon in van één week op en één week af. Meijer werd belast met het bewijs dat er sprake was van systeemvaart en stelde in de procedure dat de werkgever het vaartijdenboek in het geding diende te brengen. Het hof achtte de werkgever hiertoe niet gehouden omdat het bewijs van de werktijden redelijkerwijs niet alleen met behulp van dit vaartijdenboek kon worden geleverd. De Hoge Raad casseerde omdat naar zijn oordeel Meijer op grond van artikel 7:619 BW recht had op overlegging van 'zodanige bewijsstukken als hij nodig heeft om de gegevens vast te stellen voor de bepaling van zijn aanspraak op achterstallig loon'. In de tweede zaak stond vast dat Chauffeur Ahmed aanspraak had op overwerkvergoeding, maar opnieuw stond het aantal uren dat hij had overgewerkt, ter discussie. Werkgever Biman had evenwel geen urenregistratie bijgehouden, waarop het hof oordeelde dat vermoed kon worden dat de door Ahmed overgelegde

GELIJKE BEHANDELING

Op het gebied van gelijke behandeling bij de arbeid deed zich een aantal interessante uitspraken voor, van Commissie gelijke behandeling (CGB) tot aan het Hof van Justitie EG. Vergissen wij ons nou of is er tegenwoordig meer terughoudendheid te bespeuren bij rechters om vorderingen op grond van gelijke behandeling toe te wijzen?

De CGB gaf haar eerste oordeel over een pensioenontslag voor 65 dat plaatsvindt na 2 december 2006. Tot die datum gold een overgangsregeling krachtens artikel 16 Wet WGBLA. Vanaf die datum is een ontslag wegens het bereiken van de (voor 65 gelegen) pensioenontslagleeftijd alleen toegestaan indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging geldt. In haar oordeel van 29 januari 2007³⁰ moest de CGB oordelen over de geldigheid van de vaste pensioenontslagleeftijd op 56 jarige leeftijd voor een piloot bij een luchtvaartmaatschappij. Deze problematiek is bekend van een tweetal arresten van de Hoge Raad uit 2004.³¹ In die arresten had de Hoge Raad evenwel voorop gesteld dat de WGBLA nog niet van toepassing was en daarom was het nog (enigszins) spannend om te vernemen hoe onder de WGBLA over een dergelijk ontslag zou worden geoordeeld. De CGB neemt in grote lijnen het oordeel van de Hoge Raad over. Evenals de Hoge Raad acht de CGB van belang dat de 56-jarige pensioenontslagleeftijd is opgenomen in een cao waarvoor een nagenoeg compleet draagvlak geldt onder verkeersvliegers. Voorts ontbreekt volgens de CGB een concreet aanknopingspunt dat mensen feitelijk worden uitgesloten van een carrière als verkeersvlieger vanwege de lage pensioengerechtigde leeftijd en de daarmee verweven arbeidsvoorwaarden. Ten slotte zijn er ruime mogelijk-

26. HR 6 oktober 2006, JAR 2006/265 (Meijer/VOF Gebroeders Cornelis).

27. HR 29 september 2006, JAR 2006/262 (Bovo tours/Straathof).

28. HR 15 september 2006, JAR 2006/243 (Ahmed/Biman).

29. In die zin reeds ook W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, 2005 (21ste druk), p. 258.

30. CGB 29 januari 2007, oordeelnummer 2007-13.

31. HR 8 oktober 2004, JAR 2004/258 en NJ 2005, 117.

heden voor verkeersvliegers om na hun pensionering hun carrière desgewenst voort te zetten. Door deze bijzonderheden kan aan deze uitspraak weinig worden ontleend omtrent andere, wellicht wat meer 'reguliere' gevallen waarin de pensioenontslagleeftijd voor 65 is gelegen.³²

Een andere uitspraak, eveneens enigszins atypische uitspraak op het gebied van leeftijdsdiscriminatie betreft het arrest van de Hoge Raad in de door FNV en CNV tegen de Staat aangespannen zaak op grond van onrechtmatige daad omdat de Staat geen wettelijk minimumloon voor dertien- en veertienjarigen heeft vastgesteld en voor vijftienjarigen wel.³³ Anders dan de rechtbank en het hof komt de Hoge Raad tot het oordeel dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat. Omdat de WGBLA nog niet van kracht was, is getoetst aan artikel 26 IVBPR dat ook het maken van onderscheid op grond van leeftijd onder bepaalde omstandigheden verbiedt. Dat er overigens weinig verschil bestaat tussen een toetsing aan artikel 26 IVBPR en de WGBLA blijkt wel uit de één na laatste zin van het arrest waarin de Hoge Raad, zonder nadere motivering, stelt dat het gemaakte onderscheid evenmin in strijd is met de inmiddels in werking getreden WGBLA. Opnieuw³⁴ stelt de Hoge Raad bovendien voorop dat het 'bij het maken van onderscheid aan leeftijd niet gaat om een bij voorbaat verdacht onderscheid zoals bijvoorbeeld op grond van ras of geslacht'.

Bij toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets in deze zaak staat niet ter discussie dat het doel (voorkomen dat arbeid zo aantrekkelijk wordt dat het ten koste gaat van school of andere vormende activiteiten) legitiem is. Het hof had evenwel geoordeeld dat het in het geheel niet instellen van een minimumloongrens niet proportioneel is. Daartoe overwoog het hof onder meer dat de wetgever ook het werken door dertien- en veertienjarigen zou kunnen tegengaan indien dit kennelijk ongewenst werd bevonden. De minister had aangevoerd dat dit, gelet op de inmiddels gegroeide praktijk waarin veelvuldige bijbaantjes door scholieren worden vervuld, geen reële optie was. De Hoge Raad oordeelt dat de minister dit standpunt 'in redelijkheid innemen' kan.

In de tweede plaats had het hof overwogen dat waar significante verschillen bestaan wat betreft de aard van de toegestane werkzaamheden en de dagen waarop deze worden verricht, het redelijk kan zijn om een minimumjeugdloon op een *lager niveau* te bepalen, maar niet om voor dertien- en veertienjarigen in het geheel geen minimumjeugdloon vast te stellen. Ten aanzien hiervan overweegt de Hoge Raad kort gezegd dat de Staat ervoor gekozen heeft de dertien- en veertienjarigen in een ander opzicht in bescherming te nemen, namelijk door de prioriteiten van het volgen van onderwijs te benadrukken en met het oog daarop toe treden tot de reguleren arbeidsmarkt te voorkomen. Door hiervoor te kiezen, hoeft de Staat niet tevens een minimumjeugdloon voor dertien- en veertienjarigen in te stellen. De Hoge Raad oordeelt dat de keuze van

de wetgever 'niet als ongerechtvaardigd' kan worden beschouwd. 'Dat ook een andere keuze denkbaar zou zijn, kan daaraan niet afdoen.' Met name die laatste overweging laat zich slecht rijmen met de strikte wijze waarop de Commissie gelijke behandeling en (doorgaans tevens) het Hof van Justitie van de EG de objectieve rechtvaardigingstoets toepassen. Juist indien een andere (minder discriminerende) keuze denkbaar of mogelijk is, is dat doorgaans aanleiding te oordelen dat de regeling niet proportioneel is.

Ook in een arrest van begin dit jaar³⁵ casseert de Hoge Raad een arrest waarin discriminatie was aangenomen. Het ging hier om een bepaling in een pensioenregeling die parttimers en hulpkrachten (doorgaans van het vrouwelijke geslacht) niet verplichtte, maar slechts de optie gaf tot de pensioenregeling toe te treden. Leidt een dergelijke bepaling tot strijd met artikel 141 EG-Verdrag en levert zij derhalve verboden discriminatie op? Fulltimers namen wel vanaf aanvang dienstverband verplicht deel, de eerder genoemde parttimers en hulpkrachten pas na een periode van vijf jaar, met de mogelijkheid om te kiezen voor eerdere deelname. In cassatie betoogde de werkgever dat geen sprake was van ongelijke beloning nu parttimers de mogelijkheid hadden op gelijke voet als de fulltimers aan de pensioenregeling deel te nemen. De Raad volgt dat standpunt niet: 'Aldus zijn de parttimers in een positie gebracht waarbij zij zelf over deelname aan de pensioenregeling hadden te beslissen en zelf het initiatief tot deelname moesten nemen. Inherent aan die positie is het risico dat de parttimers om welke reden of oorzaak ook – onbekendheid, onervarenheid, onnadenkendheid, zorgeloosheid of anderszins – niet aan de pensioenregeling zouden deelnemen, hoewel deelname al dan niet achteraf bezien wel noodzakelijk of wenselijk was.' Bovendien was in de praktijk gebleken dat slechts een betrekkelijk klein deel van de parttimers gedurende de wachttijd aan de pensioenvoorziening had deelgenomen.

Hoewel er naar het oordeel van de Hoge Raad sprake is geweest van ongelijke beloning levert dat nog geen door artikel 119 EG-Verdrag verboden uitsluiting van deelneming op. Daartoe is volgens de Hoge Raad beslissend of de omstandigheden waaronder de parttimers gebruik konden maken van hun recht om te kiezen voor deelneming aan de pensioenregeling een vrije keuze van de parttimers in zodanige mate belemmerde dat aansluiting bij de pensioenregeling praktisch onmogelijk was, waardoor de parttimers in feite van deelneming daaraan waren uitgesloten. De Hoge

32. Dat bleek ook wel uit een enkele dagen eerder gegeven oordeel d.d. 25 januari 2007 (oordeelnummer 2007-10) inzake een afspraak tussen het UWV en de Bonden dat bij grootscheepse reorganisatie mensen die vanaf 62 met pre-pensioen kunnen, niet in de gelegenheid worden gesteld tot hun 65ste te blijven werken.

33. HR 10 november 2006, JAR 2006/306.

34. Zie HR 8 oktober 2004, JAR 2004/258 en NJ 2005, 117.

35. HR 5 januari 2007, RvdW 2007, 68.

Raad oordeelt dat geen van de door het hof genoemde risico's een zodanige belemmering vormde.

Het kost enige moeite dit oordeel te volgen. Kennelijk kan enerzijds wel sprake zijn van een ongelijke beloning, terwijl dat, anderzijds, nog geen door artikel 119 EG-Verdrag verboden uitsluiting oplevert. Juist daar waar de Hoge Raad zelf oordeelt dat er allerlei menselijke en maatschappelijke omstandigheden kunnen meespelen bij de beslissing om in de praktijk geen gebruik te maken van een dergelijke regeling, was een ander oordeel naar onze mening ook mogelijk geweest.

En dan was er nog het Cadman-arrest van het Hof van Justitie.³⁶ Het ging hier om de vraag in hoeverre een beloningssysteem dat (mede) gebaseerd was op anciënniteit kon leiden tot indirecte discriminatie op grond van sekse of dat een dergelijk criterium speciale rechtvaardiging behoeft. Het Hof van Justitie had in

- Wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik wordt gemaakt van het systeem van werkclassificatie dat is gebaseerd op een waardering van te verrichten werk, dan hoeft niet te worden aangetoond dat een werknemer, individueel beschouwd, gedurende de relevante periode ervaring heeft opgedaan die hem in staat heeft gesteld zijn werkzaamheden beter te verrichten.

Naar dit arrest was met name belangstellend uitgekeken in verband met de impact die het zou kunnen hebben op vragen rond leeftijdsdiscriminatie. Veel regelingen in het arbeidsrecht nemen immers anciënniteit als uitgangspunt (opzegtermijnen, berekening ontslagvergoeding, ontslagvolgorde). Men lijkt ervan uit te mogen gaan dat het Hof in leeftijdszaken op gelijke wijze met het criterium anciënniteit zal omgaan.

Terecht heeft A-G Veldman erop gewezen dat hiermee

Het is op zijn minst opvallend en wellicht niet toevallig dat deze verschillende instanties allemaal tot oordelen komen waarin discriminatie niet wordt aangenomen.

het Danfoss-arrest uit 1989 voor het eerst hierover geoordeeld.³⁷

Hierin had het Hof erkend dat het een legitiem doel van loonbeleid is om een factor als beroepservaring, die de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten, te belonen. De werkgever mag derhalve anciënniteit belonen zonder dat hij hoeft aan te tonen wat het belang ervan is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden. Latere arresten, zoals in de zaak Nimz³⁸ lieten zien dat dit de werkgever niet onder alle omstandigheden onthief van de verplichting anciënniteit als beloningsfactor speciaal te rechtvaardigen. Dit vormde voor het Engelse Court of Appeal aanleiding het Hof van Justitie te vragen in hoeverre het arrest Danfoss nog overeind stond. In grote lijnen beantwoordt het Hof die vraag bevestigend (zelf spreekt het van een 'precisering'). In het kort overweegt het Hof:

- De werkgever mag anciënniteit belonen zonder dat hij hoeft aan te tonen wat het belang er van is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden, tenzij de werknemer gegevens verschafft die dienaangaande ernstige twijfel kunnen doen ontstaan.

nog niet duidelijk is of de ruime proportionaliteitstoets ook geldt als anciënniteit gebruikt wordt voor andere doelen, zoals het belonen van loyaliteit, om de kansen op de arbeidsmarkt in te schatten na ontslag of om op objectieve wijze een ontslagvolgorde bij reorganisatie vast te stellen. Ook is hiermee nog niet beslist in hoeverre in andere gevallen het gebruik van een leeftijd kan worden gehanteerd zonder nadere rechtvaardiging, zoals in het geval wordt gesteld dat toename van leeftijd hand in hand gaat met minder kans op de arbeidsmarkt.³⁹

Ter afsluiting: het is op zijn minst opvallend en wellicht niet toevallig dat deze verschillende instanties allemaal tot oordelen komen waarin discriminatie niet wordt aangenomen. Dat lijkt niet alleen te maken te hebben met de casus die toevallig voorlag, maar ook met een andere toepassing (en daarmee een wijziging van) reeds eerder gebruikte criteria, met name in verband met de proportionaliteitstoets. Weerspiegelt zich hier een nieuwe fase waarin het gelijke behandelingsrecht terecht is gekomen? Een waarbij de opbouw en verankering van een systeem gerealiseerd is en waarin nieuwe gronden tot vaak complexe(re) vraagstukken leiden?

PENSIOENWET

Op 1 januari jongstleden trad de Pensioenwet grotendeels in werking. Een ander gedeelte treedt pas per 1 januari 2008 in werking om de praktijk de gelegenheid te geven zich op de veranderingen in te stellen. Die laatste opmerking zou doen vermoeden dat er sprake

36. HvJ EG 3 oktober 2006, JAR 2006/267, waarnaar door velen met belangstelling was uitgekeken.

37. HvJ EG 17 oktober 1989, RSV 1990/176.

38. HvJ EG 7 februari 1991, RSV 1993/4.

39. A.G. Veldman, 'Beloningssysteem gebaseerd op anciënniteit geen discriminatie', SR 2006, 79, afl. 12.

is van een fundamentele wijziging van de inhoud of vormgeving van de pensioenwetgeving, maar dat is niet het geval. Het gaat grotendeels om een technische herziening waarbij een groot aantal wetten en regels bijeen is gebracht. Voor een overzicht van de verschillende wijzigingen wordt verwezen naar de rubriek wetgeving in dit tijdschrift.⁴⁰ Op het technische karakter van de wijziging is veel kritiek geleverd, onder meer door Jacobs die zo'n vijftien onderwerpen aanroert die de afgelopen jaren hebben gespeeld en waarvoor thans geen ruimte is gevonden in de wet (zoals afbakening en beleid pensioenfonds, herverzekering, beleggingsbeleid, toezicht en government, de positie van zelfstandigen, gelijke behandeling en de opvulling van witte plekken).⁴¹ De Lange heeft gewezen op het feit dat de Pensioenwet (PW) niet leidt tot een eenduidige regeling van het gehele pensioenrecht. Hoewel er zijn inziens positieve ontwikkelingen zijn aan te wijzen, is de toegankelijkheid van het pensioenrecht niet wezenlijk verbeterd door de wet.⁴²

Voor het arbeidsrecht verandert er niet veel, maar toch wel iets. In de eerste plaats betreft dat de terminologie. Zo wordt niet langer van pensioentoezegging gesproken maar van pensioenovereenkomst. Dit is: 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen' (art. 1 PW). De verhouding tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder wordt belichaamd in een uitvoeringsovereenkomst, waarin zowel de verzekeringsovereenkomst als de financieringsovereenkomst is ondergebracht (art. 22 respectievelijk art. 24 PW). Het reglement of de verzekeringspolis kan als uitvoeringsovereenkomst gelden. De rechtsverhouding tussen de deelnemer en de pensioenuitvoerder wordt in de toelichting op de PW niet als overeenkomst, maar als verbintenis gekwalificeerd, die voortvloeit uit de uitvoeringsovereenkomst via een derdenbeding.⁴³ De relatie tussen werkgever en werknemer/deelnemer en pensioenuitvoerder wordt in de parlementaire geschiedenis als een driepartijenverhouding gekwalificeerd.

De onderlinge verhouding en de kwalificatie daarvan is met name van belang voor de mogelijkheid tot wijziging van een verplichting. De laatste jaren hebben in toenemende mate laten zien dat er soms behoefte bestaat aan wijziging en dat er niet altijd duidelijkheid is over de mogelijkheden en beperkingen in dat verband. Artikel 19 PW is daarbij van belang, nu het een bepaling bevat, die min of meer gelijk is aan artikel 7:613 BW: de werkgever kan de pensioenovereenkomst zonder instemming van de werknemer wijzigen, indien de bevoegdheid daartoe schriftelijk in de pensioenovereenkomst is opgenomen en er tevens sprake is van een zodanig zwaarwichtig belang van de werkgever dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Wie de parlementaire geschiedenis en de daarop geleverde commentaren tot zich neemt, kan zich niet aan de indrukken onttrekken dat helderheid op dit punt nog

niet volledig wordt gebracht. Brengt de driepartijenverhouding nu ook mee dat er drie overeenkomsten bestaan of is er slechts sprake van een meerpartijenovereenkomst, waaruit diverse verbintenissen voor de drie partijen voortvloeien? Kan een succesvol beroep op het eenzijdige wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 19 PW er ook toe leiden dat wijziging plaatsvindt in de relatie tussen pensioenuitvoerder en deelnemer of moet daarvoor een eigen weg worden bewandeld door de pensioenuitvoerder? Zo ja, hoe? En gelden daar dan ook de beperkingen van artikel 19 PW? Het zijn vragen waarop het antwoord nog niet in volle omvang helder is.⁴⁴

TOETSINGSKADER AVV AANGEPAST

Ten slotte is van belang dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het Toetsingskader AVV met ingang van 1 januari 2007 heeft aangepast. Dit kader gebruikt de minister om verzoeken tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van een cao en verzoeken tot ontheffing daarvan te beoordelen. Het Toetsingskader vermeldde dat een werkgever met een eigen ondernemings-cao in beginsel automatische dispensatie kreeg, zonder dat het arbeidsvoorwaardenpakket in de ondernemings-cao werd vergeleken met de cao die algemeen verbindend verklaard diende te worden. Twee ontwikkelingen noopten de minister tot aanpassing. In de eerste plaats heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State⁴⁵ geoordeeld dat een besluit om al dan niet dispensatie te verlenen, een besluit is waartegen bezwaar en beroep op grond van de Awb openstaat. Dit noopt de minister tot het aanleggen van criteria. In de tweede plaats liet de praktijk de afgelopen jaren de opkomst zien van een aantal ondernemings-cao's die waren afgesloten met vakbonden met een zeer lage representativiteit in de betrokken onderneming (zogenaamde gele of marginale bonden). In eerdere beschikkingen had de minister al enkele criteria genoemd op basis waarvan hij in een dergelijk geval toch de dispensatie zou kunnen weigeren. Deze criteria zagen in hoofdzaak op de vraag of de betrokken vakbond wel onafhankelijk is. Thans zijn de in die beschikkingen reeds aangestipte criteria verder ontwikkeld en uitgeschreven in het nieuwe

40. NJB 12 januari 2007, 122, met name p. 128-130.

41. A.T.J.M. Jacobs, 'De nieuwe Pensioenwet – veel consolidatie, weinig vernieuwing', SMA 2006/9, p. 366-375.

42. P.M.C. de Lange, 'De Pensioenwet, een bijdrage aan het pensioenrecht (! of ?)', Tijdschrift voor pensioenvraagstukken juni 2006/3, p. 66-74.

43. Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 48.

44. Zie verder hiertoe onder meer R.A.C.M. Langemeijer, 'De Pensioenwet: nieuwe en klare wijn?', SR 2006, 66, afl. 11 en E. Lutjens, 'De driepartijenverhouding in de Pensioenwet', Tijdschrift voor pensioenvraagstukken februari 2007/1, p. 35-36. Zie voorts het binnenkort te verschijnen boek van E. Schop, *Spoorzoeven in het donker. Eenzijdig wijzigen van collectieve arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder pensioen*.

45. ABRvS 27 oktober 2004, JB 2004/390.

Toetsingskader. Er worden nu voor het eerst duidelijke eisen gesteld waaraan een vakbond moet voldoen, wil een met deze vakbond overeengekomen cao voor dispensatie in aanmerking komen.

Daarnaast is in het nieuwe toetsingskader opgenomen dat de dispensatie slechts wordt gegeven 'Indien vanwege zwaarwegende argumenten toepassing van de bedrijfstakcao door middel van AVV redelijkerwijs niet kan worden gevegd. Van zwaarwegende argumenten is met name sprake als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingsfeer van de AVV cao gerekend kunnen worden.'

Op papier is dit een duidelijke aanscherping ten opzichte van de oude situatie, die er toe zou kunnen leiden dat ook een ondernemings-cao die is afgesloten met een vakbond met voldoende representativiteit, toch niet voor dispensatie in aanmerking komt. De dispensatie wordt evenwel automatisch verleend indien de vakbonden die algemeenverbindendverklaring hebben verzocht, geen bezwaar hebben tegen de dispensatie. In de praktijk zal dit naar verwachting meebrengen dat de ondernemings-cao die is afgesloten met één of meer van de vakbonden die tevens partij is bij de ter AVV voorgelegde cao wordt gedispenseerd, terwijl een cao die met een andere vakbond is afgesloten

vermoedelijk op een kritisch onthaal kan rekenen. Dat past bij de wijze waarop dit gewijzigde Toetsingskader is voorbereid.⁴⁶ De Stichting van de Arbeid werd om advies gevraagd. Hierin zijn alleen de reguliere vakcentrales vertegenwoordigd en niet de vakbonden tegen wie zich dit Toetsingskader potentieel keert. Wellicht niet verwonderlijk dat de Stichting (op dit punt) positief adviseerde!

Al met al was er veel te doen in het sociaal recht. Niet zozeer het ontslagrecht, maar juist andere onderdelen van het sociaal recht (ziekte, discriminatie, arbeidstijden) zijn daarbij aan de orde. De afgelopen jaren hebben wij meer geschreven over de voorstellen tot hervorming van het ontslagrecht, dan over het thans geldende ontslagrecht zelf. Misschien biedt dat de voorstanders van hervorming enige troost: de uitgangspunten en effecten van het ontslagrecht zijn voor discussie vatbaar, maar het systeem werkt op zich wél, getuige de afwezigheid van grote rechtsvragen.

Uit de literatuur die in deze periode verscheen, is nog vermeldenswaard de afscheidsbundel voor F. Noordam⁴⁷, zijn afscheidscollege⁴⁸ en de proefschriften van M.S. Wirtz⁴⁹ (RUU) over cao's en mededingingsrecht en S.S.M. Peters⁵⁰ (RU) over het onderscheid naar ondernemingsomvang in diverse arbeidsrechtelijke wetten. ■

46. Besluit van 20 november 2006, Stcrt. 232.

47. M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, Deventer: Kluwer 2006.

48. F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 2007.

49. M.S. Wirtz, *Collisie tussen cao's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

50. S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2006.