



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. (2002). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, 31, 1518-1525. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14828>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14828>

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

Kroniek van het sociaal recht



Jaap van Slooten is advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.



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

Het sociaal recht wordt steeds complexer. De rechtspraak in verband met het procederen na ontbinding, de gebondenheid aan een sociaal plan en de nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO zijn daar voorbeelden van.

Er was in de eerste helft van 2002 op alle fronten een verhoogde activiteit waarneembaar in het sociaal recht. Er traden twee belangrijke wetten in werking (de Wet verbetering poortwachter en de wet tot implementatie van de gewijzigde richtlijn overgang van onderneming), terwijl een aantal belangrijke voorstellen werd ingediend (betreffende het concurrentiebeding en discriminatie op grond van leeftijd, en op grond van een handicap of chronische ziekte) of werd aangenomen door de Tweede Kamer (het wetsvoorstel inzake de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd).

De Hoge Raad gaf bij een aantal belangrijke leerstukken (de Baijingsleer, de uitleg van CAO's) nadere tekst en uitleg, maar was die uitleg nou altijd al duidelijk of zegt de Hoge Raad iets nieuws? Bovendien wees hij belangrijke arresten over de reikwijdte van het sociaal plan en de mogelijkheid van doorbraak in de arbeidsovereenkomst. In de literatuur en rechtspraak valt trouwens de laatste tijd vaker aandacht te bespeuren voor de positie van de derde in het sociaal recht. De discussie over de herziening van de WAO ging nauwelijks gehinderd door verkiezingen en kabinetsformatie verder.

1. De uitleg van CAO's: de grammaticus is dood

Zoals bekend heeft de Hoge Raad in het arrest Geritse/Hydro Agri aanvaard dat 'voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.' (HR 17 september 1993, NJ 1994, 173). Sindsdien heeft de Hoge Raad die regel tot begin dit jaar minstens 6 keer herhaald: zie laatstelijk HR 21 december 2001, JAR 2002/20. De rechtvaardiging voor deze rechtspraak was gelegen in het feit dat de individuele werknemer en (bij bedrijfstak CAO's) de individuele werkgever niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van een CAO, die hun individuele arbeidsovereenkomst (mede) inhoud geeft. Om die reden kwam geen betekenis toe aan het Havil-

texarrest. In de praktijk is de rechtspraak over de uitleg van CAO's aangeduid als de leer van de 'grammaticale uitleg'.

In de literatuur werden de laatste jaren vraagtekens geplaatst bij die grammaticale uitleg, aldus aannemende dat de Hoge Raad een dergelijke uitleg had bedoeld (zie o.m. R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en uitleg van CAO's', SMA 1998, p. 471). In conclusies van de A-G's Mok en Bakels (voor HR 21 december 2001, JAR 2002/20, resp. HR 26 mei 2000, JAR 2000/151) werd betoogd dat de Hoge Raad niet de grammaticale interpretatiemethode had aanvaard, maar had geoordeeld dat CAO's dienden te worden uitgelegd overeenkomstig hetgeen naar objectieve maatstaven uit de bewoordingen daarvan volgt. In de arresten van 31 mei 2002 (JAR 2002/153; De Heel/Huisman cs) en 28 juni 2002 (RvdW 2002, 117, JAR 2002/168; Buijsmans c.s./Motel Akersloot) heeft de Hoge Raad deze betogen gevolgd en de leer van de objectieve uitleg aanvaard.

In het eerste arrest ging het om de vraag of ziekenhuis De Heel in het kader van een privatiseringsoperatie, waarbij de CAO voor het Ziekenhuiswezen van toepassing werd op de arbeidsovereenkomst met reeds in dienst zijnd personeel, gehouden was bij de eerste salarisinschaling conform die CAO, rekening te houden met de door de betrokken werknemers voordien opgebouwde ervaringsjaren. Indien wel rekening zou worden gehouden met die ervaringsjaren, zouden de betrokken fysiotherapeuten er onmiddellijk op vooruitgaan. Het ziekenhuis betoogde dat de CAO op dat punt niet dwingend voorschreef om rekening te houden met de eerdere ervaringsjaren. De Hoge Raad oordeelde dat de bewoordingen van het van toepassing zijnde artikel uit de uitvoeringsregeling bij de CAO geen uitsluitel gaven. Volgens kende de Hoge Raad wel betekenis toe aan een reeds vervallen uitvoeringsregeling, waarin een regeling ten aanzien van vergelijkbare overgangssituaties was opgenomen. Dit vormde voor de Hoge Raad een 'bij de uitlegging in aanmerking te nemen aanwijzing'. Daaruit volgde dat in situaties waar een CAO voor het eerst van toepassing werd, een sprongsgewijze salarisverhoging als gevolg van het

rekening houden met eerdere ervaringsjaren, werd vermeden. De fysiotherapeuten werden vervolgens in het ongelijk gesteld.

De Hoge Raad had deze interpretatie van de CAO ziekenhuiswezen vooraf laten gaan door een nadere precisering van de overweging die sinds Gerritse/Hydro Agri in ieder arrest op dit vlak valt te vinden. Na te hebben herhaald dat het voor de uitleg in beginsel aankomt op de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, voegt de Hoge Raad daaraan toe: 'Daarbij komt het niet aan op de bedoelingen van partijen bij de CAO, voor zover deze niet uit de CAO-bepalingen en de toelichting kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting zijn gesteld. Bij deze uitleg kan ondermeer acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretatie zouden leiden.' [cursivering toegevoegd].

In het arrest van 28 juni 2002 gaat het om de uitleg van het woord 'hulpkracht' als bedoeld in de horeca CAO. Hier werd opnieuw de hoofdregel van Gerritse/Hydro Agri herhaald, maar dit keer ook met de volgende toevoeging: 'Anders dan in de onderdelen wordt beoogd, betekent dit echter niet – de woorden 'in beginsel' duiden daarop – dat bij bepalen van inhoud en strekking van een CAO bepaling onder alle omstandigheden alleen gelet mag worden op de letterlijke (grammaticale) betekenis van de bewoordingen. Indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest kenbaar is, kan ook daaraan bij de uitleg betekenis worden toegekend.'

Kernachtig samengevat houdt de regel bij de uitleg van CAO's in dat wel met de bedoeling van partijen rekening mag worden gehouden, zolang deze maar herleidbaar is tot de tekst. Indien die bedoeling immers (ruim opgevat) tot de tekst herleidbaar is, kan er gesproken worden over een objectieve uitleg.

Kan nu gesproken worden over een nieuwe leer, die deze twee arresten bieden of moet slechts gesproken worden over een verduidelijking voor degenen die het (nog steeds) niet begrepen hadden? Aan W.L. Valk komt de eer toe dat hij reeds direct na het arrest Gerritse/Hydro Agri erop heeft gewezen dat de Hoge Raad in dat arrest geen grammaticale uitleg van CAO's heeft voorgeschreven, maar een 'objectiverende uitleg' (NTBR 1994, p. 112). Maar net als CAO-bepalingen, kunnen ook arresten van de Hoge Raad niet altijd even duidelijk geredigeerd zijn en kennelijk heeft de literatuur daarmee geworsteld. Of de Hoge Raad nu 'om' is of niet, in ieder geval zijn arbeidsrechtjuristen nu weer verlost van de verstikkende grammaticale interpretatiemethode. Voortaan mag ieder argument bij de uitleg van CAO's weer in stelling worden gebracht, behalve wanneer dat uitsluitend gestoeld kan worden op een niet voor beide partijen kenbare partijbedoeling.

Met deze rechtspraak zijn nog niet alle vragen met betrekking tot de interpretatie van CAO-bepalingen beantwoord. Een vraag die nog speelt, betreft de uitleg van eenzijdig door de werkgever opgestelde plannen, zoals optieregelingen en andere bedrijfseigen regelingen, waarvan de toegankelijkheid in de individuele arbeidsovereenkomst wordt bedongen. In HR 26 mei 2000, JAR 2000/151 (AFN/FNV) werd een Sociaal Plan door de Hoge Raad ook onder het bereik van dit leerstuk gebracht, waarbij uitdrukkelijk werd overwogen dat een Sociaal Plan 'immers overeenge-

komen is tussen een werkgever en de vakvereniging(en) die voor de desbetreffende werknemers is (zijn) opgetreden'. Dat is een aanwijzing dat de Hoge Raad die leer wil beperken tot gevallen waarin de werknemer via zijn vakbond rechtstreeks wordt gebonden aan een regeling. Deze kwestie is herleidbaar tot de vraag waarom de Hoge Raad de niet-kenbare bedoeling van CAO-partijen bij de uitleg terzijde wil laten. Hoewel dat nooit door de Hoge Raad is gesteld, ligt het voor de hand aan te nemen dat het effect van de dwingende doorwerking van de CAO (artikel 9 Wet CAO) daarbij bepalend is geweest. Eenzijdig door de werkgever opgestelde regelingen zijn echter pas bindend voor de werknemer wanneer deze door hem zijn aanvaard. Strikt genomen kan de werknemer op dat moment nog vragen stellen, zijn uitleg van de voorgestelde bepaling of zijn bedoeling bij het aangaan daarvan kenbaar maken, etc. Dat zou er dus voor pleiten in die gevallen in beginsel de Haviltexleer toe te passen. Dezelfde vraag doet zich voor indien een CAO niet op grond van de Wet CAO van toepassing is op een individuele arbeidsovereenkomst, maar als gevolg van een individuele partij-aanspraak.

2. Nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO's: een onsje meer

Op het gebied van het CAO-recht valt verder nog te wijzen op het arrest Luitjens/J.B. Groothandel in Vlees, waarin de Hoge Raad de leer met betrekking tot nawerking van de algemeen verbindend verklaarde CAO heeft aangescherpt (HR 7 juni 2002, JAR 2002/154). Zoals bekend (HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348; Hop/Hom) hebben algemeen verbindend

Bij de uitleg van CAO's mag wel met de bedoeling van partijen rekening worden gehouden, zolang deze maar herleidbaar is tot de tekst.

verklaarde CAO-bepalingen geen nawerking. Op die leer is in het arrest Beenen/Vanduho (HR 28 januari 1994, NJ 1994, 402) een kleine uitzondering gemaakt voor het geval de werknemer *tijdens* de algemeen-verbindendverklaring recht heeft gekregen op een betaling wegens arbeidsongeschiktheid. In dat geval behoudt de werknemer het recht op die betaling na afloop van het tijdvak van algemeen-verbindendverklaring. In de casus die tot het hier besproken arrest leidde, was de werknemer ziek geworden *voor* de algemeen-verbindendverklaring. Vanaf het moment van de algemeen-verbindendverklaring kreeg de werknemer aanspraak op suppletie. De Hoge Raad merkt nadrukkelijk op dat het gaat om een suppletie voor een bepaald tijdvak. De Hoge Raad oordeelt dat een 'dergelijk verkregen recht' niet aangetast wordt doordat de CAO-bepaling waarop het berust in de loop van het tijdvak waarover de suppletie in beginsel verschuldigd is, ophoudt algemeen verbindend te zijn. De Hoge Raad spreekt dus niet over nawerking van algemeen verbindend verklaarde CAO's, maar blijft, evenals in Beenen / Vanduho, spreken over 'verkregen rechten.'

De vraag blijft voor welke arbeidsvoorwaarden die regel nog meer zal gelden. De Hoge Raad beperkt zich in het arrest duidelijk tot het recht op suppletie tij-

dens ziekte gedurende een bepaald tijdvak. Maar waarom zou 'de leer van de verkregen rechten' niet tevens gelden voor, bijvoorbeeld, een eindejaarsuitkering? Ook dat slaat immers op een bepaald tijdvak. Het arrest kan zo bezien gevolgen hebben die praktisch gelijk zijn aan nawerking. Dat lijkt echter niet de bedoeling te zijn van de Hoge Raad. Duidelijkheid is hier nog niet; Stein sprak in NJ 1994, 420 dan ook niet voor niets over een 'toverformule'. Voorlopig kan het er op worden gehouden dat de Hoge Raad het 'beetje nawerking' van AVV bepalingen, nog een klein beetje meer heeft opgerekt.

Dat dit onderwerp niet zonder maatschappelijke betekenis is blijkt uit de notitie 'CAO-loosheid' (*Kamerstukken I, 2001/02, 222a, nr 9c*). Hierin komt naar voren dat 7% van alle werknemers na algemeen-verbindendverklaring onder een bedrijfstak-CAO valt.

3. Toetsing sociaal plan: de Kring en de critici gespaard

Het is alweer enkele jaren geleden dat onder meer in de literatuur een discussie woedde over de reikwijdte van de rechterlijke beleidsregels, zoals de Landelijke Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters voor procedures ex artikel 7:685 BW (zie de conclusie van de A-G Keus voor HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165; *RvdW* 2002, 100). Die discussie spitste zich gedeeltelijk toe op de vraag of de Aanbeveling 3.6 van de kring met betrekking tot sociale plannen wel door de beugel kon. Deze sinds april 1998 geldende Aanbeveling 3.6 houdt in dat in het geval het sociaal plan 'door de werkgever schriftelijk met de (voldoende representatieve) vakorganisaties (en eventueel alsmede met de Ondernemingsraad) overeengekomen is, geldt dat de vergoeding voor elke af te vloeien werknemer in beginsel aan de hand van het sociaal plan vastgesteld moet worden, ook al wijkt de uitkomst af van de volgens de Aanbevelingen berekende vergoeding, tenzij blijkt dat onverkorte toepassing van het sociaal plan leidt tot *een evident onbillijke uitkomst* voor de betrokken werknemer.'

De discussie had twee dimensies. Zo werd in de eerste plaats betoogd dat de rechter de plicht had om niet zomaar het sociaal plan te volgen en dit uitsluitend marginaal te toetsen, maar om ieder individueel geval 'vol' te toetsen en zich dus niet al te veel van het plan aan te trekken. Het andere vraagpunt zag op de representativiteit van de bij het sociaal plan betrokken bonden en de doorwerking van het sociaal plan. Bij dit vraagpunt is wel aangevoerd dat Aanbeveling 3.6 in strijd is met het collectieve arbeidsrecht, nu gebondenheid niet afhankelijk wordt gesteld van het lidmaatschap van een vakorganisatie, die partij is bij dat plan (zie C.J. Loonstra, *SMA* 1999, p. 159-164).

Beide vragen werden door een voormalig werknemer van een Rotterdams havenbedrijf in drie instanties aan de rechter voorgelegd in het kader van een kennelijk onredelijk ontslagprocedure (HR 14 juni 2002, *RvdW* 2002, 100; Bulut/Troost Mechanon).

Ten aanzien van de representativiteit van de vakbonden die partij waren bij het sociaal plan, wordt door

de Hoge Raad vooropgesteld dat het hier een sociaal plan betreft dat 'in overleg met de representatieve vakorganisaties [is] totstandgekomen.' Tevens staat als feit in cassatie vast dat de vakorganisatie van Bulut wel betrokken is bij het sociaal plan, maar geweigerd heeft dit te ondertekenen. Het oordeel van de Hoge Raad lijkt er op neer te komen dat het voor de mate van gebondenheid van een werknemer aan een sociaal plan enkel van belang is of dat plan als CAO kan worden aangemerkt of niet. Zo niet, dan kan het plan een belangrijke 'aanwijzing' vormen voor de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, maar dan doet niet meer ter zake of de vakorganisatie wel of niet partij is bij dat plan. Daarmee is de door Loonstra geuite kritiek op de strijdigheid van de Aanbeveling 3.6 met het collectieve arbeidsrecht niet gevolgd.

Een centrale overweging in het vonnis van de Rechtbank leek sterk op de norm die in Aanbeveling 3.6 is opgenomen (deze zijn overigens niet rechtstreeks van toepassing in kennelijk onredelijk ontslagprocedures): uitzonderingen zijn eerst dan op hun plaats wanneer er sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan men niet met de anderen over een kam mag worden geschoren. Dat oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten onder verwijzing naar de volgende rechtsregel: 'In een dergelijke situatie vormt bij de beantwoording van de vraag of een in het kader van een reorganisatie gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, het feit dat de voor de werknemer getroffen voorziening in overeenstemming is met het Sociaal Plan, een aanwijzing dat die voorziening toereikend is, zij het dat de rechter zich niet kan onttrekken aan een beoordeling van de redelijkheid van de voorziening als die wordt betwist.' In het debat 'vol of marginaal toetsen', stuurt de Hoge Raad de rechtspraak enigszins het bos in: het plan is een aanwijzing (derhalve marginaal toetsen?), maar de rechter moet de redelijkheid beoordelen (vol toetsen?). Nu de sterk op de Aanbeveling 3.6 gelijkende overweging van de rechtbank in stand wordt gelaten, kan de Kring in ieder geval nog even door met haar eigen regels.

4. Procederen na ontbinding: voer voor scholasten

Op 1 maart van dit jaar wees de Hoge Raad het Postbode-arrest (*Guerand/PTT Post; JAR* 2002/67) en het Uitvindarsarrest (*TNO/Ter Meulen; JAR* 2002/66). In beide arresten wordt getracht een verduidelijking aan te brengen in de Baijingsleer, maar het is de vraag of dat is gelukt (of zelfs: kan lukken; zie hierna). In het postbode-arrest liggen de feiten als volgt. Een postbode wordt in december 1991 ziek. Vanaf januari 1994 ontvangt hij alleen nog maar WAO, aangevuld met een WW-uitkering. De PTT probeert twee keer tevergeefs een ontslagvergunning te krijgen. Daarop volgt een ontbindingsverzoek dat met ingang van 30 oktober 1997 wordt toegewezen onder toekenning van een vergoeding conform een correctiefactor 1,5. De kantonrechter ziet daartoe aanleiding omdat PTT tekort is geschoten in haar inspanningsverplichting tot reïntegratie van Guerand. Na de ontbindingsprocedure stelt Guerand o.m. een loonvordering in ter zake van het tijdvak 1 januari 1994 - 30 oktober 1997 op grond van artikel 7:628 en 7:611. Hij heeft het voornemen daartoe niet in de ontbindingsprocedure gemeld, laat staan dat de ontbindingsrechter een dergelijke vordering uitdrukkelijk buiten beschouwing heeft gelaten en Guerand daartoe naar een andere procedure heeft verwezen. Kantonrechter en Rechtbank wijzen de vordering van Guerand af, onder verwijzing naar de Baijings-

Het oordeel van de Hoge Raad lijkt er op neer te komen dat het voor de mate van gebondenheid van een werknemer aan een sociaal plan enkel van belang is of dat plan als CAO kan worden aangemerkt of niet.

rechtspraak (overigens had dan niet-ontvankelijkverklaring moet volgen, maar dit terzijde).

Deze rechtspraak is inmiddels na Baijings/ mr. X. (HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 en JAR 1997/248) drie keer herhaald, te weten in FNV/Tulkens (HR 5 maart 1999 (NJ 1999, 644 en JAR 1999/ 73), Intramco/Grotenhuis HR 15 december 2000 (NJ 2001, 251; JAR 2001/14) en Elverding/Wienholts (HR 2 november 2001, NJ 2001, 667 en JAR 2001/255). De kern van die leer is, kort gezegd, dat het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap in beginsel ten volle, onder meeweging van alle, voor het oordeel van de rechter relevante factoren, tot uitdrukking behoort te komen in de hoogte van de ontbindingsvergoeding.

In het Postbode- en Uitvindersarrest wordt deze kernoverweging herhaald, maar daaraan wordt toegevoegd dat die vergoeding niet betreft aanspraken die (a) zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking, (b) betrekking hebben op de periode voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en (c) geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bijvoorbeeld een aanspraak op achterstallig loon. De Hoge Raad casseert dan ook en oordeelt dat de loonvordering van Guerand alsnog moet worden beoordeeld.

In het Uitvindersarrest worden dezelfde overwegingen gegeven. Daar wordt geoordeeld dat een vordering tot betaling van een billijke vergoeding ex artikel 10 lid 2 Rijksoctrooiwet in casu aan de onder (a) tot en met (c) bedoelde vereisten voldoet, zodat de uitvinder na een ontbindingsbeschikking (waarin geen voorbehoud is gemaakt door de rechter) alsnog terzake daarvan een vordering kon instellen.

Deze arresten zijn nuttig voor de praktijk omdat ze buiten twijfel stellen dat vorderingen, die, geparafraseerd, niets te maken hebben met de beëindiging, gewoon behandeld moeten worden na de ontbinding – ook als dezelfde feiten of dezelfde juridische grondslag in het kader van de ontbinding aan de orde is gekomen. Men kan naast loonvorderingen denken aan een vergoeding wegens vakantieaanspraken en aan een schadevergoeding in verband met tijdens de arbeidsovereenkomst gepleegde wanprestatie.

Daarmee zijn echter nog niet (duidelijk) de vragen beantwoord die reeds voordat deze arresten werden gewezen in de literatuur waren behandeld (zie voor een recent overzicht daarvan C.J. Loonstra, 'De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van artikel 7 611 BW (het goed werkgeverschap)', in: *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2002/1, p. 4-31). Deze vragen houden kort gezegd in of het verbod op doublure (geen vervolprocedure na een ontbindingsbeschikking) ook geldt indien de vervolprocedure eveneens betrekking heeft op de (wijze van) beëindiging, maar daarin (i) nieuwe feiten of (ii) een nieuwe juridische grondslag worden aangevoerd. Zo kan men zich voorstellen dat een werknemer een dergelijke vervolprocedure instelt in verband met door hem als gevolg van de beëindiging geleden optieschade, terwijl die schade niet aan de orde is gekomen in de daaraan voorafgaande ontbindingsprocedure. Een ander voorbeeld is dat de schade wel aan de orde is gekomen in de ontbindingsprocedure, maar dat de werknemer in de vervolprocedure een andere juridische grondslag aanvoert, bijvoorbeeld wanprestatie (art. 7:686 BW). Loonstra meent dat de werknemer in beide gevallen die vrijheid heeft. Het verbod op doublure ziet volgens hem alleen op de situatie dat zowel de feiten als de juridische grondslag die in de vervolprocedure worden aangevoerd reeds aan de orde zijn gekomen in de ontbindingsprocedure (zie zijn hiervoor aangehaalde artikel, m.n. p. 23-29). De

Er is spanning tussen het groeiende contradictoire karakter van de ontbindingsprocedure enerzijds en het rechtsmiddelenverbod anderzijds. Die spanning kan alleen door de wetgever goed worden opgelost, maar dat kan alleen door het preventieve ontslagrecht te herzien.

Laat (recent nog in: 'De nog verdere verfijning van de Baijingsleer', *Sociaal Recht* 2002-5, p. 166) ziet dat diametraal anders. Oppervlakkige lezing van het Postbode- en Uitvindersarrest wijst er op dat de werknemer met zo'n vordering wegens optieschade niet ontvankelijk is, gelet op voorwaarde (c). De vergoeding mag immers 'geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging'. Daar is bij optieschade wel sprake van, nu die schade doorgaans het gevolg is van het feit dat het ontslag de mogelijkheid beperkt om de optie nog uit te oefenen. Het is echter de vraag of de Hoge Raad dit bedoeld heeft. De cumulatieve vereisten (a) tot en met (c) zijn gesteld in gevallen waarin er een vordering *tijdens* het dienstverband is ontstaan. De Hoge Raad zegt niet dat een doublure *alleen* mogelijk is wanneer aan die vereisten is voldaan, maar lijkt niet verder te gaan dan dat die vereisten *in ieder geval in een dergelijke situatie* gelden.

Toch bevatten de arresten wel een aanwijzing dat de Hoge Raad in het hiervoor aangehaalde debat niet zo ver zal gaan als Loonstra (voor deze arresten werden gewezen) heeft bepleit. Als immers vereiste (c) geldt in geval dat een tweede vordering is ontstaan tijdens de arbeidsovereenkomst, dan ligt het voor de hand dat dit vereiste a fortiori geldt indien de tweede vordering is ontstaan tijdens en als gevolg van de ontbinding.

De Laat vraagt zich naar aanleiding van deze arresten af of men hiermee 'op weg [is] naar een moeras van scholastieke onderscheidingen en subtiliteiten'. Die woorden dringen zich inderdaad op bij kennisname van de steeds verder geraffineerde Baijingsleer. De vraag is of er ooit een brandschoon eindproduct door die raffinage wordt verkregen. De problematiek die aan deze arresten ten grondslag ligt valt immers te herleiden tot de spanning tussen het groeiende contradictoire karakter van de ontbindingsprocedure enerzijds en het rechtsmiddelenverbod anderzijds. Die spanning kan alleen door de wetgever goed worden opgelost, maar dat kan alleen door het preventieve ontslagrecht te herzien. Naar verluidt werkt de Stichting van de Arbeid aan een unaniem advies op dit gebied, naar aanleiding van het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht.

5. De CWI heeft de werknemer naar het CWI verwezen

Zolang het preventief ontslagverbod nog geldt, hebben we te maken met de CWI. In de vorige kroniek werd reeds uitvoerig stil gestaan bij de inwerkingtreding per 1 april 2002 van de Wet verbetering poortwachter en de inwerkingtreding per 1 januari 2002 van de wet SUWI. Die laatste wet regelt onder meer de taken van de Centrale organisatie voor werk en inkomen ('CWI'), de rechtsopvolger van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. De CWI is dan ook verant-

woordelijk voor het verlenen van toestemming voor het opzeggen van de arbeidsverhouding. In het afgelopen half jaar is enige verwarring ontstaan wie nu de bevoegde instantie precies was. Op basis van het Ontslagbesluit zoals dat was aangepast bij besluit van 20 december 2001 (Stcrt. 2001, 249), was de Functionaris Juridische Zaken de opvolger van de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie. Sinds het Besluit van 7 maart 2002, Stcrt. 2002, 53) is dit blijkens het Ontslagbesluit weer *de* CWI. Uit verdere besluitvorming door de raad van bestuur van deze CWI blijkt dat het nemen en ondertekenen van beslissingen op ontslaanvragen is gemandateerd aan een viertal functionarissen van de CWI, waaron-

De koper van een failliete onderneming loopt het risico dat hij na vernietiging van het faillissement alsnog een aantal werknemers in dienst krijgt.

der het hoofd juridische zaken en de coördinator juridische zaken.

Het is nog goed er op te wijzen dat *de* CWI 130 centra voor werk en inkomen in stand houdt. In deze centra wordt de uitvoering van de taken van de CWI ter hand genomen. De terminologie schrijft dus voor dat de werknemer naar *het* CWI gaat om een uitkering aan te vragen, indien *de* CWI toestemming heeft gegeven voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zie hierover eveneens J. van Drongelen en A.D. van Rijs, 'Van RDA naar CWI, ofwel: bij wie moet ik zijn voor een ontslagvergunning?', *SMA* 2002, p. 346 e.v.

6. Rechterlijke bevoegdheid in arbeidszaken

Op 1 maart 2002 trad de EG Verordening 44/2001 in werking, die als de opvolger van het EEX-verdrag geldt. De belangrijkste wijziging die dit voor het arbeidsrecht meebrengt, houdt in dat de werknemer in zaken betreffende de individuele arbeidsovereenkomst voortaan alleen nog maar kan worden opgeroepen voor de rechter van zijn woonplaats en niet meer tevens voor de rechter van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht (voor werkgevers blijft gelden dat zij voor verschillende gerechten kunnen worden gedaagd). Een forumkeuze die een andere rechter aanwijst is alleen geldig wanneer zij is overeengekomen nadat het geschil is ontstaan. Dit brengt met name werkgevers in de grensstreek in de problemen, nu ook de ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW onder het bereik van de Verordening valt. Een werkgever in Maastricht kan een ontbindingsverzoek tegen een in België wonende werknemer alleen nog maar bij de Belgische rechter indienen. De betekening van dat verzoek dient weer volgens de internationale en tijdrovende procedure te geschieden. Daarmee is het voordeel van de op een snelle beslissing gerichte ontbindingsprocedure grotendeels teniet gedaan. Dit probleem wordt overigens ook veroorzaakt door het preventief ontslagrecht. Dat noopt immers de werkgever veelal het initiatief te nemen in een procedure, anders dan in veel andere landen het geval is (zie A. van Hoek, *Sociaal Recht* 2002, p. 100-101).

7. Nieuwe richtlijn overgang van onderneming geïmplementeerd: pensioen en faillissement vragen de aandacht

Een belangrijke gebeurtenis voor het arbeidsrecht is zonder meer de inwerkingtreding per 1 juli 2002 van de wet naar aanleiding van de gewijzigde richtlijn overgang van onderneming (die richtlijn staat na aanpassing bekend als Richtlijn 2001/23/EG). Aanvankelijk werd niet al te veel spannends verwacht van de implementatiewetgeving: de richtlijn bevat hoofdzakelijk codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie en voor een groot gedeelte voldeed de Nederlandse wetgeving al aan wat nu wordt voorgeschreven. Twee elementen uit de wet die niet dwingend uit de richtlijn voortvloeien, vallen op. In de eerste plaats is dat het feit dat de bepalingen omtrent overgang van onderneming nu ook van toepassing zijn op pensioentoezeggingen. De hoofdregel van artikel 7:663 BW houdt in dat alle rechten en plichten, die voor de werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger. Tot 1 juli 2002 waren rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een pensioentoezegging hiervan veelal uitgesloten. Thans geldt als hoofdregel dat ook pensioentoezeggingen van rechtswege overgaan (art. 7:663 BW).

Daarop zijn blijkens artikel 7:664 BW drie uitzonderingen mogelijk: (a) de verkrijger doet aan het overgenomen personeel dezelfde toezegging als hij reeds heeft gedaan aan het personeel dat hij voor de overgang in dienst had, (b) de verkrijger is verplicht deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds of (c) bij CAO is een andere afspraak gemaakt. Voorts schrijft artikel 3b van de Pensioen- en spaarfondsenwet voor dat een verkrijger geacht wordt het personeel van de vervreemder dezelfde pensioentoezegging te hebben gedaan als hij zijn eigen personeel heeft gedaan, indien ten aanzien van het personeel van de vervreemder geen toezegging gold.

Samengevat komt de nieuwe regeling op het volgende neer (eventuele CAO's en bedrijfstakpensioenregelingen uitgezonderd):

- (i): *de vervreemder heeft geen pensioenregeling; de verkrijger wel.* In dat geval wordt de verkrijger geacht het nieuwe personeel dezelfde pensioentoezegging te hebben gedaan (art. 3b PSW).
- (ii): *de vervreemder heeft wel een regeling; de verkrijger niet.* In dat geval behoudt het personeel dat overgaat zijn pensioentoezegging (art. 7:663 BW). De mogelijkheid bestaat bovendien dat deze tevens voor het personeel gaat gelden dat reeds in dienst was van de verkrijger. Die mogelijkheid volgt uit het Agfa-arrest (HR 8 april 1994, JAR 1994/94; NJ 1994, 704). Hierin is het beginsel aanvaard dat gelijke arbeid in gelijke gevallen moet worden beloond, tenzij er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond.
- (iii): *de vervreemder en de verkrijger hebben allebei een regeling, maar deze verschillen van elkaar.* In dat geval mag de verkrijger kiezen (art. 7:664 lid 1 onder a BW), ook als zijn regeling minder gunstig is dan de regeling die bij de vervreemder gold.

Indien er sprake is van overgang van rechten en plichten uit hoofde van een pensioentoezegging, geldt dit ook voor de backserviceverplichtingen (MvA, *Kamerstukken I* 2001/02, 27 469, nr 163, p. 5-6.) Dit kan dus een aanzienlijk verplichting voor de verkrijger betekenen, hoewel de mogelijkheid om de betaling van backservice uit te stellen langzaam zal verdwijnen (dit als gevolg van het afschaffen van de mogelijkheden van uitstelfinanciering – maar met

een lange overgangstermijn). Naast de verplichting eventueel reeds ten tijde van de overgang verschuldigde backservice te voldoen, zal de verkrijger er ook bij salarisverhogingen na de overgang rekening mee moeten houden dat deze tot een backserviceverplichting leidt die zich uitstrekt tot de jaren voor de overgang. Het recht op collectieve waardeoverdracht is daarentegen nog altijd niet in de wet opgenomen. Reeds opgebouwde aanspraken blijven dus in beginsel bij de uitvoerder van de vervreemder. De verkrijger is immers slechts gehouden een zelfde *toezegging* te doen, maar die hoeft niet noodzakelijkerwijs bij dezelfde *uitvoerder* (fonds of verzekeraar) te worden ondergebracht.

Met deze regeling is de wetgever verder gegaan dan de Richtlijn voorschrijft, hetgeen sommigen tot kritiek op het voorstel heeft gebracht. Anderen hebben erop gewezen dat er eigenlijk nooit een goede reden is geweest om pensioentoezeggingen uit te zonderen van de hoofdregel dat alle rechten en plichten overgaan. Het lijkt erop dat er thans een redelijk evenwichtige regeling tot stand is gekomen, die ook weer geen aardverschuiving teweeg zal brengen. In de praktijk werd de pensioentoezegging vaak al gecontinueerd, ofwel omdat er sprake was een bedrijfstakpensioenregeling en de overgang in dezelfde bedrijfstak plaatsvond, ofwel omdat de verkrijger dit vrijwillig toezegde, eventueel na aandrang van de ondernemingsraad van de vervreemder. Ten aanzien van het overnemen van bestaande en het creëren van nieuwe backservice-aanspraken zal de verkrijger echter beter moeten opletten dan voorheen nodig was.

Ten aanzien van rechten op pensioenuitkeringen bepaalt de richtlijn overigens dat deze zijn uitgezonderd van de hoofdregel. In dit verband valt nog te wijzen op het arrest van het Hof van Justitie EG van 4 juni 2002 (Beckmann/DWM; *JAR* 2002/169), waarin het Hof heeft geoordeeld dat die uitzondering strikt moet worden uitgelegd. De uitzondering geldt derhalve niet voor uitkeringen die bedoeld zijn om de voorwaarden van vervroegde pensionering te verbeteren, die in geval van ontslag worden uitbetaald aan werknemers vanaf een bepaalde leeftijd.

Een andere belangrijke wijziging die voortvloeit uit de hier besproken wet is de verbeterde rechtspositie van een werknemer bij faillissement. Met name van belang is dat het reguliere arbeidsrecht met terugwerkende kracht van toepassing wordt indien het faillissement wordt vernietigd. Dat betekent dat, naar achteraf blijkt, toestemming van de CWI nodig was en de opzegging derhalve vernietigbaar is. Hiermee wordt bewerkstelligd dat een succesvolle vernietiging van het faillissement ook gevolg heeft voor opzeggingen die de curator heeft gedaan voordat het faillissement werd vernietigd. Situaties zoals in de zaak Ammerlaan (Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *NJ* 1997, 75 – zie ook HR 29 juni 2001; *JAR* 2001/169) zullen zich dan niet meer voordoen.

De regering had overigens voor ogen de terugwerkende kracht van toepassing te laten zijn in het geval 'het faillissement wordt vernietigd op de grond dat het is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer', maar door een amendement geldt deze terugwerkende kracht nu in alle gevallen waarin het faillissement is vernietigd.

Aangenomen moet worden dat de arbeidsrechtelijke bescherming die de werknemer met terugwerkende kracht geniet ook ziet op de toepasselijkheid van de wet overgang van onderneming. In faillissement is deze immers niet van toepassing (art. 7:666 BW), maar daarbuiten wel. Dit betekent dat de koper van een failliete onderneming het risico loopt dat hij na vernietiging van het faillissement – ook als dat om

een technische reden is – alsnog een aantal werknemers in dienst krijgt.

De wet maakt het op zich zelf niet makkelijker om een faillissement te vernietigen wegens misbruik.

8. De derde in het sociaal recht

De zojuist genoemde zaak Ammerlaan is een van de bekende voorbeelden waarin doorbraak van aansprakelijkheid in het sociaal recht werd aangenomen. De uiteindelijke aandeelhouder werd hier persoonlijk aansprakelijk gehouden voor de betaling van ontbindingsvergoedingen die zijn inmiddels gefailleerde BV's niet meer konden opbrengen. Recente rechtspraak laat een gevarieerd beeld zien als het gaat om de positie van de 'betrokken derde'. Het zou de moeite waard zijn wanneer die positie eens in kaart werd gebracht. Men kan denken aan de koper van een onderneming die formeel buiten een geschil staat dat tussen de verkoper en zijn ondernemingsraad speelt over de voorgenomen verkoop (zie daarover OK 15 april 1999, *JOR* 2000-/1; OR Noest Beheer/Noest Beheer en, recentelijk, J.H.M. Willems, 'Res non inter alios acta, over eenvoudige driepartijenverhoudingen in het medezeggenschapsrecht', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de vereniging corporate litigation 2001-2002*, Deventer, 2002, p. 79 e.v.). Een ander voorbeeld op het vlak van het medezeggenschapsrecht betreft uiteraard het mede-ondernemerschap (een recente toepassing van wat de Hoge Raad hieronder bij de overheid verstaat is te vinden in HR 1 maart 2002, *JAR* 2002/116) en de al dan niet internationale toerekening van besluiten van de ene ondernemer aan de ondernemer die de ondernemingsraad in stand houdt (zie daaromtrent een overzichtsartikel van R.A.A. Duk, 'WOR en Internationale (on)toerekeningsvatbaarheid', *Ondernemingsrecht* 2001/10, p. 300 e.v.).

Actueel op dit moment is ook de positie van de al dan niet buitenlandse moedermaatschappij die opties heeft toegekend aan de werknemer van een Nederlandse dochtermaatschappij. In het kader van de ontbindingsprocedure wordt in toenemende mate een beroep gedaan op de Intramco-beschikking (HR 15 december 2000, *JAR* 2001/14), die het immers mogelijk maakt de werkgever bij wege van schadevergoeding in natura te veroordelen enkele bepalingen uit de optieregeling niet toe te passen ten aanzien van de ontslagen werknemer. Het probleem dat zich in de praktijk blijkt voor te doen, is dat de werkgevers/dochtermaatschappijen in een dergelijk geval stellen dat zij geen partij zijn bij de optieregeling en de vergoeding derhalve niet op de opties kan zien. Het eigenaardige van deze lagere rechtspraak is dat rechters er geen probleem mee lijken te hebben wanneer de moedermaatschappij-optiegever eveneens in Nederland is gevestigd, maar grote problemen zien wanneer deze in het buitenland is gevestigd. Men zou op het eerste gezicht menen dat niet de plaats van vestiging van de optiegever, maar de vraag of hij wel betrokken is in de ontbindingsprocedure bepalend behoort te zijn (zie voor een recent overzicht van deze rechtspraak: L.G. Verburg, 'Werknemersopties en einde dienstverband', in: *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001-3, p. 63 e.v.).

Amerikaanse moedermaatschappijen zullen niet altijd onder de indruk zijn van beschikkingen van de Ondernemingskamer of de Kantonrechter.

En dan is daar nog HR 5 april 2002 (JAR 2002/100; ABN AMRO Bank N.V./Malhi) waarin de Hoge Raad de rechtszekerheid vooropstelt bij een vordering van een uitzendkracht die stelt gaandeweg in dienst te zijn gekomen bij de inlener. De uitzendkracht is al 5 jaar werkzaam bij de bank en wordt betaald conform de arbeidsvoorwaarden van de bank (maar *door* het uitzendbureau). Om te toetsen of er een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, geldt volgens de Hoge Raad niet het criterium uit het arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149); hoe hebben partijen feitelijk uitvoering gegeven en aldus inhoud gegeven aan hun arbeidsoverhouding? Het antwoord of zij zich jegens elkaar hebben verbonden, is afhankelijk van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijs mochten afleiden. In dat verband is derhalve niet noodzakelijk dat partijen zich uitdrukkelijk jegens elkaar hebben verbonden.

Samengevat lijkt doorbraak of vereenzelviging in het sociaal recht niet veel kans te maken (in die zin ook L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: 2002, p. 47 e.v.). Dat roept vragen op, nu op dit rechtsgebied geregeld een ander dan de werkgever/ondernemer bepaalt wat er gebeurt en de werknemer (svertegenwoordiging) niet altijd voldoende middelen heeft om die ander bij de les te houden. Tegelijkertijd moet de toenemende internationalisering Nederlandse arbeidsrechtbeoefenaren ook tot bescheidenheid nopen: Amerikaanse moedermaatschappijen zullen niet altijd onder de indruk zijn van beschikkingen van de Ondernemingskamer of de Kantonrechter.

9. Ziekte: wil de echte poortwachter ontstaan?

In de vorige Kroniek werd al melding gemaakt van de per 1 april 2002 van kracht geworden Wet Verbetering Poortwachter (*Stb.* 2001, 628, *NJB* 2002, p. 481-483). Voor veel werkgevers komt het nu aan op de invoering van deze wet in hun onderneming en blijft nu pas welke vragen deze wet oproept. Kenmerkend is de verwachting dat werkgever en werknemer samen actief werken aan reïntegratie van de werknemer in het arbeidsproces. Indien deze reïntegratie niet binnen de onderneming gestalte kan krijgen, dient vanaf 1 januari 2003 – zo nodig onder inschakeling van een reïntegratiebedrijf – ook buiten de onderneming te worden gezocht naar passende arbeid. Het aanvaarden van deze passende arbeid door de werknemer is geen vrijblijvende zaak. Sancties kunnen liggen in de mogelijke weigering van de WAO-uitkering na het eerste ziektejaar. De wet vraagt dus van beide partijen om snel actief te worden en niet passief te blijven in afwachting van de WAO-uitkering. Om enig houvast te bieden bij de interpretatie van deze nieuwe verplichtingen zijn in het afgelopen half jaar twee belangrijke stukken verschenen. In de Regeling procesgang eerste ziektejaar zijn de voornaamste verplichtingen enigszins uitgewerkt (*Stcrt.* 26 maart 2002, 60, p. 11). Enigszins, omdat het ook hier nog gaat om zeer globale aanwijzingen. Daar-

naast publiceerde het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen UWV zijn *Kader voor de beoordeling van reïntegratie-inspanningen*, dat van belang wordt voor de toelating tot de WAO na het eerste ziektejaar. Hierin wordt nog eens op en rijtje gezet wat van werkgever en werknemer onder welke omstandigheden mag worden verwacht.

Al met al kan worden gesteld dat niet alleen meer het UWV poortwachter is voor de toelating tot de WAO. Ook werkgever en werknemer zelf dienen als zodanig te fungeren. Of dat al algemeen wordt beseft, mag worden betwijfeld en er zal nog veel uitleg moeten volgen, wil het idee van deze wet in de praktijk ook echt gaan leven. Voor een commentaar op de wet op basis van de parlementaire geschiedenis zie men B. Barentsen & J.M. Fleuren-van Walsem, *Wet Verbetering poortwachter*, verschenen in de reeks *Actualiteiten Sociaal Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

10. WAO-herziening en Pemba: werken aan wetgeving

De Wet verbetering Poortwachter heeft een nauwe samenhang met de discussie over de WAO-herziening. Het aantal ontvangers van een arbeidsongeschiktheidsuitkering zal naar verwachting dit of het volgend jaar het magische getal van 1 miljoen overschrijden. In het rapport *Werk maken van arbeidsgeschiktheid* van de Commissie-Donner II van vorig jaar werd al gesteld dat het terugdringen van het beroep op de WAO in de eerste plaats moet voortkomen uit een grotere eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer. Daarnaast bepleit het rapport echter ook ingrijpen in de uitkeringen. Zie over het rapport intussen uitvoerig de in maart 2002 verschenen Special van *Sociaal Maandblad Arbeid* 'Hoe verder na het Rapport Donner over de WAO'. In de vorige kroniek werd al gewezen op een onderhandelaarsakkoord binnen de SER over het advies hierover. Op 22 maart 2002 werd het advies *Werken aan arbeidsgeschiktheid, Voorstellen WAO-beleid*, nr 02/05, gepubliceerd. De SER sluit daarin op hoofdlijnen aan bij het rapport van de Commissie-Donner II: beperking van de WAO-uitkering tot duurzaam, volledig arbeidsongeschikten. Tijdelijk arbeidsongeschikten behouden gedurende twee jaar recht op 70% van het loon van de werkgever, het tweede jaar wordt dit niet meer aangevuld op grond van de CAO. Na afloop daarvan kunnen zij in aanmerking komen voor een wettelijke loonaanvulling indien zij gedeeltelijk (35 tot 80%) arbeidsongeschikt zijn of tijdelijk volledig (80 tot 100%). De loonaanvulling wordt alleen verleend indien de werknemer inkomen uit arbeid verwerft. Ontvangt de werknemer WW, dan geldt deze niet. De werknemer met substantiële arbeidsbeperkingen (meer dan 35% arbeidsongeschikt) kan na afloop van de WW-uitkering een beroep doen op een nieuwe minimumregeling. Deze is te vergelijken met de IOAW; hierbij geldt geen partner- of vermogenstoets, maar wel een maximering van het inkomen van de partners. Volgens de SER zal de invoering van de maatregelen op termijn leiden tot een structureel WAO-volume van 467 000.

Op twee punten was de SER niet unaniem. Enkele leden distantiëerden zich van het advies op het punt van de verhoging van de WAO-uitkering voor duurzaam volledig arbeidsongeschikten tot 75% en het afschaffen van de Wet Pemba (premieverhoging voor bedrijven op grond van het aantal werknemers dat in de WAO terechtkomt). Het standpunt van het kabinet-Kok over dit advies was positief, maar liet op de twee omstreden punten de afweging over aan het nieuwe kabinet (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 333, nr 1, p. 29). In het regeerakkoord voor het kabinet-Bal-

Het aantal ontvangers van een arbeidsongeschiktheidsuitkering zal naar verwachting dit of het volgend jaar het magische getal van 1 miljoen overschrijden.

kenende wordt eveneens voortgebouwd op het SER-advies. Invoering van de twee omstrede onderdelen wordt verschoven naar de toekomst. Als uit evaluatie blijkt dat door middel van de beschreven maatregelen de instroom en het beroep op de WAO binnen 3 jaren na invoering structureel is teruggebracht tot de omvang die overeenkomt met de verwachtingen van de SER, wordt de verhoging van de uitkering en het afschaffen van de Pemba alsnog gerealiseerd. Blijken omgekeerd de wijzigingen niet toereikend te zijn om aan die verwachting te voldoen, dan zullen aanvullende wettelijke maatregelen worden getroffen (*Werken aan vertrouwen, een kwestie van aanpakken, Strategisch akkoord voor kabinet CDA, LPF, VVD*, 3 juli 2002, p. 18-19).

Na 'Werken aan arbeidsgeschiktheid' en 'Werken aan vertrouwen', zal het nu dus eerst 'Werken aan wetgeving' worden. Het ontwerpen van een zodanig ingrijpende WAO-wijziging zal, mede gelet op het uiterst gecompliceerde overgangsregime, een lastige taak zijn en we mogen dus aannemen dat de nieuwe WAO niet voor 2004 in werking zal treden. Het toetsmoment voor de effectiviteit komt dan te liggen in 2007: ruim na de zittingstermijn van het huidige kabinet. De conclusie dat de twee omstrede punten niet alleen zijn uitgesteld, maar feitelijk ook zijn afgesteld ligt voor de hand. Wie wil wedden, kan nog beter inzetten op de afschaffing van het kwartje van Kok. Werkgevers- en werknemersorganisaties hebben al aangekondigd zich tegen dit uitstel te verzetten en de FNV bereidt zich al op acties voor. Lichtpuntje voor het midden- en kleinbedrijf is daarentegen, dat de Pemba-regeling volgens hetzelfde regeerakkoord al per 1 januari 2003 zal worden afgeschaft voor bedrijven met minder dan 25 werknemers. Wel wordt voor hen een differentiatie van de WAO-premie op brancheniveau ingevoerd. Men merkt dan dus niet

direct een grote schommeling in de premies indien er uit het eigen bedrijf iemand in de WAO komt. Anderzijds merkt men ook minder van een goed preventief beleid, omdat men wordt afgerekend op de resultaten van de gehele branche. Dat betekent dat de prikkel voor het midden- en kleinbedrijf om een goed arbeidsomstandighedenbeleid te voeren minder direct wordt.

11. Slot

Het eerste half jaar van 2002 heeft zonder meer boeiende ontwikkelingen laten zien. Het stemt echter tot nadenken dat het sociaal recht steeds complexer lijkt te worden. De rechtspraak in verband met het procederen na ontbinding, de gebondenheid aan een sociaal plan en de nawerking van algemeen verbindend verklaarde bepalingen van een CAO zijn daar voorbeelden van. Het ligt voor de hand om dan in de richting van de wetgever te kijken. Het strategisch akkoord van het eerste kabinet Balkenende biedt echter weinig reden tot hoop. De problematiek van het duaal ontslagrecht komt daarin niet aan de orde, terwijl dat toch juist de kern is waar het zo vaak – en ook in deze periode – uiteindelijk om draait. Wel is het oude idee weer van stal gehaald om ontslagvergoedingen in mindering te brengen op de WW-uitkering. Het valt nog te bezien of het mogelijk is daarover een sluitende regeling te bedenken die niet direct en masse omzeild wordt; dat is, naar verluidt, in het verleden een van de redenen geweest om deze regel af te schaffen. Mocht het echter tot wetgeving komen, dan zal dat tot verdere druk op de partijen in een ontslagprocedure leiden: zal de werkgever de werknemer moeten compenseren voor de WW-compensatie? ■