



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. (2006). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, 31, 1763-1770. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14835>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14835>

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

KRONIEK VAN HET SOCIAAL RECHT

1385 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en prof. mr. J.M. van Slooten

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

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

De belangrijkste wetgeving van het Kabinet Balkenende II op het gebied van het sociaal recht heeft inmiddels het Staatsblad gehaald en treedt in 2006 in werking; de WIA (zie de vorige kroniek), de gewijzigde WW en het herziene Ontslagbesluit. De rechtspraak van de Hoge Raad bood weinig nieuws; men kan met recht stellen dat de belangrijkste rechterlijke uitspraken dit keer uit Luxemburg kwamen. Ondertussen laten de cijfers een duidelijke daling van de werkloosheid en van het aantal ontslagen in de afgelopen tijd zien.

Op één punt lukte het dit kabinet niet om arbeidsrechtelijke wetgeving van de grond te krijgen, namelijk ten aanzien van het concurrentiebeding. Op 30 mei 2006 werd door de Eerste Kamer wetsvoorstel 28 167 verworpen. De reden voor het mislukken van dit wetsvoorstel zal ten dele liggen in het verzet van werkgevers tegen het verplicht verbinden van een vergoeding voor de werknemer aan het beroep op een concurrentiebeding. Daarnaast is de inbreng van de zijde van de regering niet sterk geweest. Na de nodige heibel over de mogelijkheid om van het beroep op het beding af te zien, ontstond in de Tweede Kamer verwarring over de vraag of een relatiebeding ook onder de regeling van het concurrentiebeding valt. De Minister van Justitie droeg aan de onduidelijkheid bij door met grote stelligheid een standpunt te verkondigen dat afweek van de gangbare opvatting in arbeidsrechtelijke kring. Een amendement Weekers/De Vries maakte het wetsvoorstel op dit punt minder samenhangend. Een soortgelijk probleem speelde ten aanzien van de vraag in hoeverre belemmeringen voor uitzendkrachten om bij de inlener in dienst te treden als concurrentiebeding kunnen worden aangemerkt. De Eerste Kamer vroeg nog advies aan de SER en toen deze de juridische vragen nog eens opnieuw onder woorden had gebracht, overwonnen de aarzelingen het uiteindelijk.¹ Daarmee werden echter ook de voorgestelde wijzigingen verworpen op punten waarover geen discussie bestond, met name de beperking van het concurrentiebeding tot

een jaar en de plicht om het beding in de arbeidsovereenkomst nauwkeurig te formuleren. Wel zou dit een vingerwijzing kunnen zijn voor werkgevers om concurrentiebedingen hieraan aan te passen en voor rechters om concurrentiebedingen op deze punten kritisch te toetsen.

GELIJKE BEHANDELING

De Kaderrichtlijn Gelijke Behandeling EG/2000/78 heeft in Nederland tot twee discriminatiewetten geleid: de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBLA; inwerkingtreding 1 mei 2004) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ; inwerkingtreding 1 december 2003). Inmiddels heeft de uitleg van de Kaderrichtlijn – opvallend vroeg – tot twee uitspraken van het Hof van Justitie geleid, die ook van belang zijn voor de uitleg van deze wetten. Terzijde: het ligt in de bedoeling van de wetgever om de diverse discriminatiewetten samen te brengen in de Algemene wet gelijke behandeling.

HANDICAP EN CHRONISCHE ZIEKTE

Op het gebied van de WGBH/CZ wees het Hof van Justitie EG op 11 juli 2006 arrest over de uitleg van het begrip 'handicap', zoals bedoeld in de genoemde kaderrichtlijn. Een Spaanse werkneemster in dienst van een cateringbedrijf werd tijdens haar ziekteverlof ontslag aangezegd. Op dat moment was zij zeven en een halve maand ziek. Aangenomen moet worden dat het ontslag ook wegens deze ziekte is gegeven. De verwijzingsrechter heeft geen enkele informatie gegeven

1. C.J. Loonstra, 'Ontknoping rampendossier', SR 2006, nr. 27, p. 143-144.

Wetsgeschiedenis en literatuur zijn nog niet eenduidig als het gaat om de vraag wanneer een ontslag wegens een chronische ziekte of handicap vernietigbaar is.

over de aard van de ziekte. De werkneemster stelt in een procedure bij de Spaanse rechter dat het ontslag in strijd is met de Spaanse implementatiewet. Als dit zo is, dan is het ontslag nietig en duurt het dienstverband voort. Zo niet, dan kan het ontslag op zichzelf niet worden aangetast. De verwijzende rechter stelt dat ziekte kan leiden tot deficiënties die het individu kunnen 'handicappen'. Aangezien ziekte vaak kan leiden tot een onomkeerbare handicap, is de verwijzende rechter van oordeel dat werknemers tijdig op basis van het verbod van discriminatie op grond van handicap dienen te worden beschermd. De tegengestelde oplossing zou de door de wetgever beoogde bescherming uithollen aangezien zij ongecontroleerde discriminerende praktijken mogelijk zou maken. Dit brengt hem tot de volgende vraag:

'Valt de situatie van een werkneemster die door haar onderneming is ontslagen om de enkele reden dat zij ziek was, onder de door richtlijn 2000/78 verleende bescherming voorzover artikel 1 daarvan een algemeen kader instelt voor de bestrijding van discriminatie op grond van handicap?'

Het Hof beantwoordt de vraag ontkennend. De redenering die tot dit antwoord leidt bestaat uit drie stappen:

- (i) Uit het gebruik van het woord 'handicap' kan worden afgeleid dat dit wat anders is dan ziekte en dat de twee dus niet zonder meer op een lijn kunnen worden gesteld.
- (ii) Het belang dat de gemeenschapswetgever hecht aan maatregelen ter aanpassing van de werkplek aan de handicap, toont aan dat hij gevallen op het oog had waarin de deelneming aan het beroepsleven gedurende een lange periode wordt belemmerd. Een beperking kan dus slechts als een 'handicap' worden opgevat indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is.
- (iii) De richtlijn bevat geen enkele aanwijzing dat

werknemers worden beschermd door het verbod van discriminatie op grond van handicap zodra zij een of andere ziekte opdoen.

Wat betekent dit voor de WGBH/CZ? In potentie is dit een belangrijke vraag, want als ontslag wegens ziekte onder WGBH/CZ zou vallen, dan zou dat tot een wellicht niet geheel voorziene uitbreiding van de ontslagbescherming leiden. Allereerst is het van belang vast te stellen dat noch de gemeenschapswetgever, noch de Nederlandse wetgever een definitie heeft gegeven van het begrip handicap. In de Nederlandstalige versie van de richtlijn wordt alleen het woord 'handicap' gebruikt; in de Engelse de term 'disabled'. De Nederlandse wetgever heeft als gronden 'handicap en chronische ziekte' genoemd. De gronden handicap of chronische ziekte hebben naar de mening van de wetgever zoveel overeenkomsten en brengen zoveel vergelijkbare situaties met zich mee dat discriminatie op beide gronden onder de wet behoren te vallen. Verder wees de wetgever erop dat in Nederland op historische gronden wordt gesproken over mensen met een handicap en mensen met een chronische ziekte, terwijl internationaal dit verschil vaak niet gemaakt wordt, maar veel wordt gesproken van 'disabled'.² Ten slotte is in de memorie van toelichting opgemerkt dat een handicap in beginsel onomkeerbaar is. Een chronische ziekte is dat soms niet, maar is in ieder geval langdurig van aard.³

Naar aanleiding van deze passages kan men vaststellen dat de door het Hof gebruikte argumentatie niet geheel opgaat voor de Nederlandse situatie. Door toevoeging van het woord 'chronische ziekte' is het onderscheid tussen ziekte en handicap wat minder scherp. Niettemin blijkt tevens dat ook de Nederlandse wetgever langdurige situaties voor ogen heeft gehad, zodat ook hier niet iedere ziekte direct onder de bescherming van de wet valt.

In Nederland is (in beginsel) een ontslag tijdens de eerste twee ziektejaren niet mogelijk. Voor de periode nadien zou de vraag aan de orde kunnen komen of het ontslag in strijd is met de WGBH/CZ en daarmee vernietigbaar op grond van artikel 4 jo. artikel 7. Wetsgeschiedenis en literatuur zijn nog niet eenduidig als het gaat om de vraag wanneer een ontslag wegens een chronische ziekte of handicap vernietigbaar is.⁴

ONDERSCHIED NAAR LEEFTIJD

Het andere arrest dat inmiddels door het Hof van Justitie EG werd gewezen naar aanleiding van de Kader-

2. MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9.

3. MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 24.

4. G.A. Diebels, 'Ontslag en ziekte: waar een "wegens" is, is een weg', *Sociaal Recht* 2005, p. 177; A. de Keizer, 'De wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische Veldman ziekte', *SMA* 2004/3, p. 123 e.v.

richtlijn is het arrest *Mangold* dat in de vorige kroniek op de valreep kort werd besproken. Hierin wordt een Duitse wet in strijd met de richtlijn bevonden nu zij toestaat dat met werknemers vanaf 52 jaar slechts arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten. Volgens het Hof lopen zij daardoor het gevaar voor een substantieel deel van hun beroepsloopbaan uitgesloten te worden van vaste dienstverbanden. De maatregel gaat daarmee verder dan passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreefde doel omdat leeftijd in de wet het enige criterium is, zonder dat is aangetoond dat een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging met betrekking tot de structuur van de arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de bevordering van de arbeidsparticipatie van oudere werklozen.

Een paar aspecten is opvallend. In de eerste plaats oordeelt het Hof dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in de arbeid moet worden beschouwd als een algemeen communautair beginsel waarvan de verwezenlijking niet afhankelijk is van de uitvoering van de Kaderrichtlijn. Daarmee wordt opnieuw de vraag opgeroepen wat de waarde is van de implementatie termijn ex artikel 18 van de Kaderrichtlijn en het mede daarop gebaseerde overgangsrecht van artikel 16 WGBLA.⁵ Reeds op andere gronden staat dat overgangsrecht ter discussie.⁶ In de tweede plaats is opvallend dat het Hof zo streng is over een vaste leeftijdsgrens in een nationale wet. Niet duidelijk is hoe geïndividualiseerd de toetsing van leeftijdsonderscheid moet worden toegepast. Zou bijvoorbeeld de wet wel acceptabel zijn indien deze alleen werd toegepast op personen die reeds een bepaalde tijd werkloos zijn? Veldman meent dat de toetsing die het Hof lijkt te eisen haast een individuele toetsing meebrengt en bovendien onderbouwing met feitelijke gegevens vergt.⁷ Als dat het geval zou zijn, dan zal er nog het nodige aan Nederlandse sociale wetgeving en cao's kunnen sneuvelen in Luxemburg op grond van de Kaderrichtlijn. Veel leeftijdsgrenzen staan immers van oudsher in wetgeving en cao's en worden niet geschrapt door recent onderzoek.

De ontwikkelingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie gaan in rap tempo door. Van nationale bodem is in dit verband vermeldenswaard het advies inzake seniorenregelingen van de CGB.⁸ Naar dit advies was reikhalzend uitgezien omdat men hoopte dat het een antwoord zou geven op vragen rond de leeftijdsdiscriminatie bij arbeidsvoorwaarden, zoals de leeftijds-vakantiedagen. Degene die ál te concrete antwoorden verwachtte, is echter niet aan zijn of haar trekken gekomen. Niettemin geeft het advies wel enige richtlijnen. De belangrijkste daarvan is dat arbeidsvoorwaardelijke regelingen minder streng worden getoetst door de CGB indien zij deel uitmaken van een breder beleidskader inzake leeftijdsbewust personeelsbeleid. Opvallend is dat de CGB aan de 'sociale partners' daarbij een taak toekent. Indien zij dit beleid samen

hebben vormgegeven en zich rekenschap hebben gegeven van de belastbaarheid van bepaalde functies en de manier waarop inzetbaarheid kan worden vergroot, dan lijkt de CGB een leeftijdsonderscheid makende afspraak of bepaling marginaal te toetsen in het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets.⁹ Een dergelijke rol voor sociale partners wijkt af van het arrest van het EG-Hof in de zaak *Royal Copenhagen* uit 1995, waarin – in het kader van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen – werd geoordeeld dat onderscheid bij cao geen objectieve rechtvaardiging oplevert.¹⁰ Interessant is dat de regering laat onderzoeken wat de mogelijkheden zijn om voor werknemers van 65 jaar of ouder een ander (vermoedelijk: een lichter) arbeidsrechtelijk regime in te voeren, opdat het aantrekkelijker wordt oudere werknemers in dienst te nemen of te houden.¹¹

ARBEIDSSOMSTANDIGHEDEN

Ook op andere terreinen was de invloed van het Europese arbeidsrecht dit keer goed merkbaar. Zo wees het Hof van Justitie EG twee arresten over vakantie, in verband met Richtlijn 93/104 inzake een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd. De eerste betrof een zaak die door de FNV was aangespannen tegen de Staat der Nederlanden naar aanleiding van de vraag in hoeverre het is toegestaan de wettelijke vakantiedagen tijdens dienstverband uit te betalen indien zij aan het einde van het jaar waarin zij zijn opgebouwd nog niet zijn opgenomen. Het Hof oordeelde – niet verrassend – dat dit niet is toegestaan. Het doel van de richtlijn is om werknemers de gelegenheid te geven tot recuperatie waartoe het minimum aantal dagen om uit te rusten is vastgelegd. Door niet opgenomen dagen uit dit minimum achteraf uit te betalen wordt niet aan deze doelstelling voldaan.¹²

Een maand eerder had hetzelfde Hof uitspraak gedaan over diverse, veelal bij flexwerkers voorkomende situaties dat het loon niet tijdens de vakantie wordt uitbetaald, maar op een eerder moment of op een onduidelijk moment. Het Hof oordeelt dat er krachtens de

5. A.G., 'De oudere werknemer en pensioenontslag', *Arbeid Integraal* 2006/1, p. 41 e.v.

6. Zie over leeftijdsonderscheid ook de vorige kroniek *Sociaal Recht*, NJB 2006, 389, p. 503-505.

7. A.G. Veldman, 'De oudere werknemer en pensioenontslag', *Arbeid Integraal* 2006/1, p. 42.

8. Advies van de Commissie Gelijke Behandeling inzake 'Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid', CGB advies 2006-04; te raadplegen via www.cgb.nl.

9. Advies van de Commissie Gelijke Behandeling inzake 'Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid', CGB advies 2006-04; p. 8.

10. HvJ EG 31 maart 1995, JAR 1995/198.

11. Kabinetstandpunt inzake het wegnemen van belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar, Kamerstukken II, 28 170, nr. 47, p. 17.

12. HvJ EG 6 april 2006, nr. C-124/05, JAR 2006/102.

De werkgever hoeft niet te tolereren dat de werknemer voortdurend naar buiten moet voor een rookpauze .

richtlijn recht is op behoud van loon tijdens vakantie en dat werknemers er recht op hebben het loon gedurende hun vakantie te ontvangen.¹³

Opmerkelijk was verder de discussie die begin juli 2006 in de pers ontstond over het weren van rokers als sollicitant. In Schotland had het callcentre Dotcom Directories geadverteerd voor een vacature, maar daarbij vermeld dat rokers niet behoeven te reageren. Een Schotse Europarlementariër had hierover vragen gesteld aan Europees Commissaris voor Sociale zaken Spidla, die volgens de Britse krant *The Financial Times* zou hebben geantwoord dat een Europese onderneming het recht heeft aanstelling van rokers te weigeren. Deze conclusie was echter al te verstrekkend. Weliswaar is er geen EG-regelgeving die onderscheid naar rookgedrag expliciet verbiedt, maar in elk geval op nationaal niveau gelden ook nog andere normen waaronder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zonder twijfel mag een werkgever roken op de werkplek verbieden, maar het bemoeien met de privésfeer van de werknemer gaat te ver, zolang althans van het rookgedrag geen hinder op de werkvloer ontstaat. Zo hoeft de werkgever weer niet te tolereren dat de werknemer voortdurend naar buiten moet voor een rookpauze indien dat het werk belemmert.

OVERGANG VAN ONDERNEMING

Op het gebied van overgang van onderneming wees het Hof van Justitie EG de *Werhof* uitspraak, die eveneens enige directe betekenis heeft voor ons recht.¹⁴ In de arbeidsovereenkomst van werknemer Werhof was een incorporatiebeding opgenomen. Het beding bepaalde dat de Metaalcao van Nordrhein-Westfalen van toepassing was op de arbeidsovereenkomst zonder dit te beperken tot een bepaald jaar. Een dergelijk 'dynamisch' incorporatiebeding komt in Nederland vaak voor en beoogt werknemers die geen lid zijn van een vakbond toch aan de komende cao's te binden. De onderneming waarin Werhof werkzaam was, werd vervolgens overgedragen aan Freeway, een rechtspersoon die niet gebonden was aan de Metaalcao. Freeway en Werhof sloten, al weer geruime tijd na deze overname,

een overeenkomst, waarbij Werhof in ruil voor een eenmalige vergoeding afzag van aanspraken uit hoofde van de eerder geldende Metaalcao. Na enige tijd kwam een nieuwe Metaalcao tot stand waarin een loonsverhoging van 2,6% was voorzien. Werhof claimde deze op grond van het incorporatiebeding dat zijns inziens niet was vervallen door de eerder gemaakte afspraak. Dat onderbouwde Werhof met jurisprudentie die afspraken tot wijziging van arbeidsvoorwaarden in verband met een overgang nietig verklaart. In antwoord op prejudiciële vragen antwoordt het Hof dat de richtlijn inzake overgang van een onderneming zich niet verzet tegen de 'statische' uitleg van het incorporatiebeding: voor de vraag welke arbeidsvoorwaarden nu golden op het moment van de overgang, zijn alleen de dan geldende van toepassing – niet eventueel toekomstige, ook al zou dat voortvloeien uit een dynamisch beding. De dynamische uitleg zou volgens het Hof meebrengen dat een verkrijger die zelf niet onder de cao valt, daaraan ook in de toekomst gebonden blijft, waardoor zijn fundamentele recht om zich niet te verenigen wordt aangetast.¹⁵

OVEREENKOMSTEN VOOR BEPAALDE TIJD

Het EG-Hof gaf, naast het reeds genoemde *Mangold*-arrest, nog een belangrijk oordeel over de overeenkomst voor bepaalde tijd.

De Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die onderdeel uitmaakt van Richtlijn 1999/70/EG bepaalt in clause 5 dat het aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd ter voorkoming van misbruik moet worden beperkt, hetzij door vaststelling van objectieve redenen die een vernieuwing van dergelijke overeenkomsten rechtvaardigen, vaststelling van de maximale totale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of vaststelling van het aantal malen dat dergelijke overeenkomsten mogen worden vernieuwd. Nederland heeft zoals bekend in artikel 7:668a BW gekozen voor de beide laatste opties door het aantal dergelijke overeenkomsten te maximeren op zowel een duur van drie jaar als een totaal van drie.

In een zaak van 18 Griekse werknemers tegen hun werkgever kwamen enkele aspecten van deze regeling bij het EG-Hof aan de orde.¹⁶ De werkgever was in dit geval een privaatrechtelijke rechtspersoon die deel uitmaakte van de openbare dienst. Het Hof spreekt vooraf uit dat de Richtlijn ook van toepassing is op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met overheidsdiensten en andere entiteiten van de openbare sector. Wij lezen daarin dat dit dus kennelijk niet alleen geldt voor privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals in dit geval aan de orde, maar voor alle overheidsdiensten, zolang zij maar gebruik maken van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen in de zin van de richtlijn. Of onder het laatste ook ambtelijke verhoudingen vallen, is hiermee nog niet uitgesproken.

De betrokken werknemers hadden telkens arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gekregen met een

13. HvJ EG 16 maart 2006, nr. C-131/04 en C-257/04, JAR 2006/84.

14. HvJ EG 9 maart 2006, nr. C-499/04, JAR 2006/83 (Werhof).

15. Zie verder over dit arrest R.M. Beltzer, 'Overgang van CAO-bepalingen: bevestiging of dynamiek', *Arbeidsrechtelijke annotaties 2006/2*, p. 52 e.v.

16. HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04, JAR 2006/175 (Konstantinos Adeneler/ELOG).

tussenliggende tijd variërend van ten minste 22 dagen tot ten hoogste tien maanden en 26 dagen. Zij werden telkens opnieuw aangeworven om dezelfde functie uit te oefenen. De Griekse uitvoeringswetgeving eist een objectieve reden voor een verlengde tijdelijke arbeidsovereenkomst. Na de inwerkingtreding van de uitvoeringswetgeving zijn aan de betrokken werknemers geen nieuwe arbeidsovereenkomsten meer aangeboden. Wat betreft het begrip 'objectieve reden' legde het Hof uit dat het niet voldoende is voor een objectieve reden dat een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in een overeenkomst voor bepaalde tijd voorziet. Het gebruik van dit type arbeidsverhouding moet zijn rechtvaardiging vinden in concrete elementen die met name verband houden met de betrokken activiteit en de uitoefeningsvoorwaarden ervan. Dit oordeel van het Hof is voor Nederland niet zo belangrijk, nu wij niet gekozen hebben voor het vereiste van een redelijke grond voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Wel komt het voor bij de overheid en bij bepaalde cao's dat een (vaak limitatief opgesomde) reden wordt vereist. Voor de uitleg daarvan zou het arrest wel een aanwijzing kunnen bieden. Ten tweede toetst het Hof of de periode die ligt tussen twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geen ruimte laat voor misbruik. Daarbij spreekt het Hof uit dat een periode van twintig werkdagen daarvoor te kort is omdat dit tot misbruik zou kunnen leiden. Dit zou het mogelijk maken om werknemers jarenlang in een onzekere arbeidssituatie te laten. Nederland heeft een onderbrekingsperiode vastgesteld van drie maanden. Of deze periode wel lang genoeg is, laat deze uitspraak in het midden. Deze periode kan overigens volgens onze wet bij cao worden bekort. Een dergelijke afwijking van de wet zal dus aan de hand van dit arrest kritisch kunnen worden gezien. Eveneens zal een cao die het aantal te sluiten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of de duur daarvan aanzienlijk uitbreidt de kritische toetsing van het EG-recht dienen te doorstaan. Ten derde spreekt het Hof zich uit over de sanctie die op overtreding van de clausule in de raamovereenkomst dient te worden gesteld. Deze sanctie mag door de lidstaten worden bepaald, en hoeft dus niet per se in te houden dat een overeenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een voor onbepaalde tijd. Wel moet de sanctie gelijkwaardig te zijn aan vergelijkbare vorderingen in het nationale recht (gelijkwaardigheidsbeginsel) en mag deze de uitoefening van de rechten in de praktijk niet onmogelijk maken (effectiviteitsbeginsel). In dit geval mocht de overheid zichzelf niet uitzonderen van een effectieve sanctie op overtreding van de richtlijn.

ARBEIDSOVEREENKOMST

Op nationaal niveau was de rechtspraak, als gezegd, minder spannend.¹⁷ Het kan toeval zijn dat de uitspraken uit Luxemburg die uit Den Haag in de schaduw stelden, of duidt dit erop dat de meeste nationaal-arbeidsrechtelijke leerstukken inmiddels voldoende zijn

uitgekristalliseerd? De Hoge Raad deed uitspraak over het klassieke leerstuk van de definitie van de arbeidsovereenkomst. Dat gebeurde aan de hand van de positie van de beurspromovendi aan de Universiteit van Amsterdam, waarvan een aantal samen met de AbvaKabo stelden dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkten. De universiteit zag de betrokkenen eerder als gewone studenten met een door de universiteit verstrekt stipendium en had dat in de overeenkomst met de promovendi als zodanig vastgelegd. Na afwijzing van de vordering door de kantonrechter had de rechtbank in hoger beroep inderdaad vastgesteld dat hier sprake was van een arbeidsovereenkomst. Daarmee kwam opnieuw het vraagstuk aan de orde in hoeverre de oorspronkelijke bedoeling van partijen, dan wel de feitelijke uitvoering van het werk doorslaggevend is voor het karakter van de overeenkomst. Recentelijk waren er auteurs die meenden dat aan de partijbedoeling een doorslaggevende betekenis zou toekomen bij de kwalificatie van een overeenkomst. De Hoge Raad volgde in deze zaak echter het oordeel van de rechtbank dat de andersluidende bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst er niet aan in de weg staat om die overeenkomst als een arbeidsovereenkomst aan te merken.¹⁸ Daarmee is duidelijk dat de oorspronkelijke bedoeling van partijen een gelijkwaardige afwegingsfactor vormt naast de uitvoering van de overeenkomst in de praktijk.

In deze zaak was van belang dat de arbeid voor de universiteit in zoverre productief was dat de activiteiten van de beurspromovendus actief bijdragen aan de verwezenlijking van het primaire doel van de universiteit en dat de universiteit een financieel belang heeft bij het verwezenlijken van de promotie. De productiviteit van de beurspromovendi is voor de universiteit niet van ondergeschikt belang. Het argument dat het stipendium slechts werd verleend als bijdrage in de kosten van levensonderhoud werd verworpen, onder meer omdat bij de bepaling van de hoogte van het stipendium een relatie wordt gelegd met het aantal uren per week waarin de promovendus zich met de promotie bezighoudt.

Toch hadden de AbvaKabo en de promovendi per saldo maar weinig aan deze uitspraak. Zij hadden namelijk ook geëist dat de stipendia op gelijke hoogte zouden moeten worden gesteld als de beloning van de aangestelde promovendi (aio's) en die eis werd in beide instanties afgewezen. De Hoge Raad oordeelde dat het beloningsverschil niet enkel was gebaseerd op het verschil in de aard van de rechtsverhouding, maar ook op verschillen in rechten en plichten, en in die zin kon het oordeel van de rechtbank stand houden.

¹⁷ In deze zin over een ruimere periode ook: R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: in Den Haag weinig nieuws', SMA 2006, p. 141-150.

¹⁸ HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (Abvakabo e.a./UvA).

De vraag is welke flexibiliteit de kleine werkgever nog heeft bij het selecteren van personeel.

FAILLISSEMENT, OVERNEMING VAN ONDERNEMING EN BEPAALDE TIJDCONTRACTEN

Daarnaast deed de Hoge Raad een uitspraak die enig verband houdt met de problematiek van de eerder besproken uitspraak van het EG-Hof inzake misbruik van bepaalde tijdcontracten.

Isik was eerst twee maal voor bepaalde tijd aangesteld bij Octagon. Tijdens de tweede periode ging Octagon failliet en werd de arbeidsovereenkomst door de curator rechtsgeldig opgezegd. Daarna nam Boekenvoordeel de boedel over en bood Isik een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden aan, welke daarna voor een jaar werd verlengd. Aan het eind van deze periode werd de arbeidsovereenkomst niet verlengd. Isik stelde hierop dat hij inmiddels voor onbepaalde tijd in dienst was.

Aan de orde was derhalve de vraag of de zogenaamde kettingregeling (maximaal drie aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) ook geldt indien de onderneming tussentijds is overgenomen door een andere onderneming en ook na een faillissement waarbij door de curator rechtsgeldig is opgezegd. Beide kwesties werden in bevestigende zin beslist. Artikel 7:666 BW maakt voor de overgang van ondernemingen geen uitzondering voor de toepasselijkheid van artikel 7:668a BW. Daaraan deed niet af dat de curator inmiddels een rechtsgeldige opzegging had gedaan. Deze uitspraak lijkt in lijn met de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan de regeling van overgang van ondernemingen. Een ondernemer die een failliete onderneming overneemt en een daar op een bepaalde-tijdcontract werkzame werknemer mee overneemt dient zich derhalve tevoren te bezinnen op de vraag hoe lang en hoe vaak deze eventueel al voor bepaalde tijd is aangesteld.

Het arrest had nog een onaangenaam staartje voor Boekenvoordeel: de mogelijkheid van matiging van de loonvordering werd uitgesloten geacht. Artikel 7:680a BW eist hiervoor immers dat de loonvordering is gebaseerd op de vernietigbaarheid van de opzegging. De Hoge Raad wil op een lijn te stellen gevallen daarmee nog wel gelijk stellen, maar dat geldt niet voor een geval als het onderhavige. Dat betekent dus dat werkgevers die ten onrechte de conversie van een contract van bepaalde naar onbepaalde tijd ontkennen, geen

matiging van de loonvordering kunnen invoeren.¹⁹ Tot troost voor werkgevers kan worden vermeld dat volgens A-G Timmerman matiging wel mogelijk is op grond van artikel 6:248 lid 2 BW. Dit laatste roept wel de vraag op hoe de beide artikelen 6:248 en 7:680a BW zich tot elkaar verhouden. Is het niet van tweeën één? Of men vindt artikel 7:680a als specifieke bepaling beperkend ten opzichte van artikel 6:248, maar dan moet men bij loonvorderingen op het laatste geen beroep meer kunnen doen, of artikel 7:680a voegt eigenlijk niets toe en dan is de vraag waarom men dit artikel zo strikt moet uitleggen.

ONTSLAGBESLUIT

Terwijl we nog altijd in afwachting zijn van het middel-langetermijnadvies van de SER over onder meer de herziening van het ontslagrecht, verandert er in 2006 reeds het nodige op dat gebied door wijzigingen van het Ontslagbesluit en de WW.

Per 1 maart 2006 is het Ontslagbesluit aangepast.²⁰ Dit schrijft thans voor dat in geval van een ontslag wegens bedrijfseconomische reden de selectie van voor ontslag in aanmerking komend personeel dient te geschieden volgens de afspiegelingsregel in plaats van het anciënniteitsbeginsel. Anders dan voorheen, heeft de werkgever geen keuzevrijheid meer. Tevens is de ondergrens van tien werknemers voor de toepassing van de afspiegelingsregel vervallen. Dit brengt mee dat sommige bedrijfseconomische ontslagen uitlopen op een hoop rekenwerk.²¹ Eerst moet worden vastgesteld in welke uitwisselbare functies arbeidsplaatsen vervallen. Vervolgens moeten de werknemers die deze functies bekleeden worden ingedeeld in een van de vijf leeftijdsgroepen (van 15-25, 25-35, 35-45, 45-55 en 55 en ouder). Het aantal ontslagen moet vervolgens evenredig worden verdeeld over de leeftijdsgroepen. Dit kan leiden tot afrondingsproblemen en randgevallen, maar uiteindelijk geven dit soort selectiemethoden wel een eenduidige uitkomst. Voor de kleine werkgever is het wellicht allemaal wat gecompliceerd geworden en de kans op selectiefouten lijkt ons hiermee te groeien. De vraag is welke flexibiliteit deze werkgever nog heeft bij het selecteren van personeel. Eerder werden pleidooien vernomen om kwaliteit meer invloed te laten hebben bij de selectie. In de parlementaire stukken heeft de minister gewezen op het feit dat bij reorganisaties ook sprake kan zijn van verandering van functies. Indien die verandering wezenlijk is en werknemers voor de nieuwe functie niet kunnen kwalificeren, dan kunnen zij voor ontslag worden voorgedragen. In rond Nederlands: een stoelendans. Tot voor kort was onduidelijk of die methode door het CWI ge-

19. HR 14 juli 2006, JAR 2006/190 (Boekenvoordeel/Isik).

20. Stcrt. 2005, 242, p. 24.

21. De CWI heeft een handleiding hiervoor gepubliceerd op haar website www.cwi.nl.

oorloofd werd geacht. Nu de minister hier uitdrukkelijk op heeft gewezen moet deze discussie als beslecht worden beschouwd.²²

Eind 2005 bracht de CWI overigens een boek uit met haar Beleidsregels ten aanzien van toestemming voor ontslagen, waarmee de gang van zaken daarbij iets doorzichtiger is geworden.²³

WIJZIGING WW

Iedere tien jaar lijkt de Werkloosheidswet (WW) ingrijpend te worden aangepast aan de maatschappelijke ontwikkelingen. In 1987 werd een geheel nieuwe WW ingevoerd. Medio jaren negentig werd deze ingrijpend gewijzigd op het gebied van de voorwaarden voor de loongerelateerde uitkering, het sanctiestelsel en de uitbreiding van de werkingssfeer tot de overheid. In 2006 worden weer enkele ingrijpende wijzigingen doorgevoerd. Deze hebben met name betrekking op de aanspraken, maar ook op de ontslagprocedure die aan de WW-uitkering voorafgaat.

Met ingang van 1 april 2006 werd de wekeneis in de WW al aangescherpt.²⁴ De zogenoemde wekeneis hield vroeger in dat de werknemer in ten minste 26 van de laatste 39 weken arbeid had verricht als werknemer. Deze eis is nu verzaamd tot 26 uit 36 weken. Voor musici, artiesten en dergelijke is de eis verlaagd tot 16 uit 39 weken.²⁵ De vroeger bestaande mogelijkheid voor seizoenarbeiders om een beroep te doen op een verlaagde wekeneis is echter komen te vervallen. Zij worden nu geacht om buiten het seizoen ander werk te doen, zoals uitzendarbeid.

Veel ingrijpender is de Wet wijziging WW-stelsel, die per 1 oktober 2006 van kracht wordt en nog net voor het aftreden van het kabinet Balkenende-II werd aangevaard.²⁶

In deze wet wordt met name de duur van de uitkering aanmerkelijk teruggebracht, vanuit de filosofie dat werknemers hierdoor zullen worden geprikkeld om sneller weer serieus naar nieuw werk te zoeken.

Tot op heden kende de WW een loongerelateerde uitkering en een kortdurende uitkering (de zogenaamde vervolguitkering is in 2003 afgeschaft). De loongerelateerde uitkering bedroeg 70% van het dagloon en kon zes maanden tot vijf jaar duren. De kortdurende uitkering was gerelateerd aan het minimumloon en duurde slechts zes maanden. Om voor de kortdurende uitkering in aanmerking te komen gold slechts de bovengenoemde wekeneis. Voor de loongerelateerde uitkering diende men daarnaast vier van de afgelopen vijf jaar te hebben gewerkt.

In het nieuwe systeem is ook voorzien in twee uitkeringen: de basisuitkering en de verlengde uitkering. Beide zijn aan het loon gerelateerd. De basisuitkering duurt drie maanden en bedraagt de eerste twee maanden 75% van het dagloon en daarna 70%. Deze basisuitkering is vergelijkbaar met de vroegere kortdurende uitkering, maar is dus hoger en duurt daarentegen korter. De filosofie hierachter is dat ook deze werknemers premies hebben betaald die zijn gekoppeld aan

de hoogte van het loon en dus recht hebben op een uitkering die daar ook aan is gekoppeld. De kortere duur prikkelt echter sneller tot werkhervatting. Voor de verlengde uitkering geldt – net zoals vroeger bij de loongerelateerde uitkering – naast de wekeneis ook de jarenis. Daarnaast krijgen degenen die voorafgaande aan de werkloosheid een WIA-uitkering (dat wil zeggen een IVA- of een loongerelateerde WGA-uitkering) of een WAO-uitkering op basis van 80% arbeidsongeschiktheid hadden deze uitkering.

De duur van de uitkering wordt bij een langer arbeidsverleden dan drie jaar steeds verlengd met een maand per gewerkt jaar. De totale uitkeringsduur kan aldus bij een arbeidsverleden van 38 jaar of meer het maximum van 38 maanden bedragen. Dit is dus ruim drie jaar, aanzienlijk minder dan het maximum was. Ook hier geldt de gedachte dat werklozen bij een langere uitkeringsduur te lang wachten met effectieve inspanningen om weer aan het werk te komen. Daarnaast wordt hiermee de arbeidsparticipatie van ouderen bevorderd, omdat die niet meer zo gemakkelijk tot hun pensioen in de WW kunnen blijven. Let wel: het arbeidsverleden betreft uitsluitend vanaf 1998 het reële arbeidsverleden. Voor degenen die geboren zijn voor 1980 worden alle jaren gelegen tussen het achttiende jaar en 1998 fictief tot het arbeidsverleden gerekend. De nieuwe regeling gaat gelden voor werknemers van wie de eerste werkloosheidsdag op of na 1 oktober 2006 ligt. Voor degenen die al voor die tijd werkloos waren, wordt het oude recht geëerbiedigd. Indien sprake is van werkhervatting waarna weer werkloosheid volgt na de invoering van de nieuwe wet geldt ofwel het herleeft oude recht of – als dit gunstiger is – het nieuwe recht.²⁷

GEVOLGEN WIJZIGING WW VOOR ONTSLAGRECHT

De nieuwe WW kan met name een belangrijke doorbraak betekenen in het beëindigen van de vele proformaprocedures in het ontslagrecht. Dit komt door de nieuwe definitie van verwijtbare werkloosheid: De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien (a) aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 678 van Boek 7 BW en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt of (b) de dienstbetrekking is beëindigd door of op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren waren verbonden dat

22. *Kamerstukken I 2005/06, 30 370, C, p. 18.*

23. *CWI, Beleidsregels Ontslagtaak CWI, Zoetermeer 2005, ook te vinden op de reeds genoemde website van de CWI.*

24. *Wet van 30 maart 2006, Stb. 2006, 167, 168.*

25. *Besluit verlaagde wekeneis WW en Wet WIA, Stb. 2006, 169.*

26. *Wet van 28 juni 2006, Stb. 2006, 303, 304.*

27. *Zie voor een uitvoerig commentaar op de nieuwe wet: A. Damsteegt, De Werkloosheidswet anno 2006, Reeks Actualiteiten Sociaal Recht nr. 23, Deventer: Kluwer 2006.*

deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem kon worden geveerd.

Deze nieuwe formulering van artikel 24 WW brengt mee dat een werknemer in beginsel niet verwijtbaar werkloos meer is indien hij zich neerlegt bij een door de werkgever gegeven ontslag of zelfs wanneer hij instemt met een door de werkgever voorgestelde beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Slechts wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt wegens een dringende reden is er sprake van verwijtbare werkloosheid. De regeling is zorgvuldig zodanig geformuleerd dat deze zo dicht mogelijk aansluit bij de definitie van de dringende reden in het Burgerlijk Wetboek maar toch ook van toepassing is op ambtenaren. Er is nauwelijks ruimte voor het UWV, noch de socialezekerheidsrechter om op dit punt een eigen beleid te gaan voeren en een ruimer verwijtbaarheidsbegrip aan te houden. Wel blijft op grond van de b-grond een ontslag op initiatief van de werknemer zonder voldoende aanleiding verwijtbaar.

In principe betekent deze wijziging dat het voeren van zogeheten pro-formaontbindingsprocedures als regel niet meer nodig zal zijn. Bij een ontslag op initiatief van de werkgever kunnen partijen zonder risico een beëindigingsovereenkomst sluiten, waarna de werknemer veilig WW kan aanvragen.²⁸ Het zal voor de advocatuur waarschijnlijk wennen zijn om de gangbare praktijk in dit opzicht te veranderen, doch in het belang van de cliënten zal deze omslag moeten worden gemaakt. Ongetwijfeld zullen er waarschuwende vingers wijzen op het gevaar van misbruik van de nieuwe regeling²⁹, en ook zullen advocaten zich nog wat onzeker voelen in de nieuwe situatie, maar het zal een belangrijke kostenbesparing betekenen voor werknemers en werkgevers en een beëindiging van zinloos werk van advocaten en kantonrechters (secretarissen)

indien het daadwerkelijk gaat lukken de pro-forma-praktijk te laten uitsterven. Een uitvoerige beschouwing over de gevolgen van de wijziging werd eerder in dit blad gegeven door Boot.³⁰

In de weergave van de nieuwe WW in de nieuwsrubriek van dit tijdschrift³¹ werd ten onrechte nog vermeld dat op grond van de nieuwe wet ook de mogelijkheid zou worden geïntroduceerd om bij cao af te wijken van de ontslagvolgorde volgens het Ontslagbesluit. Die passage was kennelijk gebaseerd op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, waarin aanvankelijk deze mogelijkheid was opgenomen. Daarbij zouden cao-partijen dan ook in een eigen ontslagprocedure moeten voorzien. Die mogelijkheid bleek echter nogal wat vragen op te roepen, onder andere door het contractuele karakter van ons cao-stelsel.³² Daarom werd het wetsvoorstel in een later stadium van dit opvallende element ontdaan. De door minister De Geus aangevoerde reden was overigens een andere. Uit onderzoek van het CPB bleek dat de regels zouden kunnen leiden tot een toename van het ontslag van ouderen, hetgeen haaks staat op het kabinetsbeleid.³³

AFSCHEID

Het regent afscheidsbundels in het sociaal recht. Nadat de Vereniging voor Arbeidsrecht in 2005 twee bundels had uitgegeven met opstellen over respectievelijk de Hoge Raad en het arbeidsrecht voor haar scheidende voorzitter Sjef de Laat,³⁴ respectievelijk over allerlei aspecten van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor haar actieve lid Gijs Scholtens³⁵, verschenen dit voorjaar twee bundels ter gelegenheid van het afscheid van twee hoogleraren sociaal recht. Het gaat om de Maastrichtse hoogleraar Ad Geers, die kort na zijn aftreden eind 2005 overleed en derhalve de verschijning van zijn bundel niet meer heeft mogen meemaken. Als hoogleraar is hij inmiddels opgevolgd door Saskia Klosse als hoogleraar sociaal recht en (in deeltijd) door Ferdinand Grapperhaus als hoogleraar (Europees) arbeidsrecht, tevens advocaat te Amsterdam. De tweede scheidende hoogleraar is Leen van den Heuvel van de Vrije Universiteit te Amsterdam. Hij is inmiddels opgevolgd door Willem Bouwens, afkomstig van de Radboud Universiteit Nijmegen. Beide bundels zijn in eigen beheer uitgegeven, waardoor zij iets moeilijker te verkrijgen zullen zijn, maar zij bevatten diverse interessante opstellen over actuele kwesties van het sociaal recht.³⁶ ■

28. In de verslagperiode werd in Nijmegen een proefschrift verdedigd over beëindigingsovereenkomsten, zij het nog wel op basis van het oude recht, R.L. van Heusden, *Beëindigingsovereenkomsten en het recht op WW-uitkering, Monografieën sociaal Recht nr.37, Deventer: Kluwer 2006. Zie overigens voor een overzicht van sociaalrechtelijke proefschriften van 1999-2005, E.P. de Jong, SMA 2006, p. 104-113.*

29. F.J.L. Pennings, 'De slinger van de Werkloosheidswet', *SR 2006*, p. 111-112.

30. G.C. Boot, 'Het einde van de grote leugen', *NJB 2006*, 838, p. 1103-1107.

31. *NJB 2006*, 1214, p. 1547, zie ook de rectificatie in afl. 29.

32. R.A.A. Duk, 'Wijzigingen in het ontslagrecht: van bergen en muizen', *SMA 2006/1*, p. 16 e.v.

33. Zie hierover C.G. Boot, 'Flexibiliteit ontslagcriteria zonder goede reden van de baan', *SR 2006*, 15, p. 83-84.

34. S.F. Sagel en E. Verhulp (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad, Reeks VvA nr. 34, Deventer: Kluwer 2005.*

35. R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud, Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!, Reeks VvA nr. 35, Deventer: Kluwer 2005.*

36. S. Klosse e.a. (red.), *Arbeid en Gezondheid, Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming, Maastricht: Universitaire Pers 2006; E. Lutjens (red.), De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht, Amsterdam: VU 2006.*