



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. (2009). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, 34(1703), 2189-2197. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14701>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14701>

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

Kroniek van het sociaal recht

Guus Heerma van Voss, Jaap van Slooten¹

VANZELFSPREKEND GEACHTE BEGINSLEN STONDEN IN DEZE VERSLAGPERIODE ONDER DRUK. WIE HAD EEN JAAR GELEDEN GEDACHT DAT WERKNEMERS ZELF DE REKENING MOETEN BETALEN ALS DE WERKGEVER GEEN WERK HEEFT EN DAT HET AKKOORD VAN EEN PERSONEELVERGADERING DAARTOE VOLDOENDE IS? SELECTIE OP KWALITEIT IS EEN ANDER HEILIG HUISJE WAARVAN DE DEUR NU OPENSTAAT. IS DIT DAN DE VOORBODE VAN EEN NIEUW, MOGELIJK KILLER, MAAR IN IEDER GEVAL DOGMATISCH SLANKER ARBEIDSRECHT OF GAAT HET OM TIJDELIJKE UITZONDERINGEN?

'Je moet het dak repareren als de zon schijnt', zo heette het in 2007 met het oog op de aanpassing van het ontslagrecht. Die aanpassing is er niet gekomen. Nu het anno 2009 flink regent, is het de vraag of er lekkage is. In ieder geval is de wetgever de afgelopen periode flink aan het timmeren geweest. Zo zag de deeltijd-WW het licht in de afgelopen periode, werd het Ontslagbesluit versoepeld en zal het ontslagrecht voor jongeren onder de 27 worden aangepast. Op de kwaliteit van die regels valt wel wat af te dingen. Wordt nu toch iets van de ontslagrechtversoepeling binnengehaald?

Vier hoven kwamen met een eigen XYZ-formule. Er zijn nu drie formules om te berekenen wat er bij einde arbeidsovereenkomst betaald moet worden. Hoog tijd voor een arrest van de Hoge Raad, die zich op 13 november over de kwestie kan uitlaten en door zijn A-G Spier alvast flink gekieteld wordt.

De rechtspositie van de 65-plusser is een ander 'moving target'. Het gaat daarbij onder meer om de vraag of de arbeidsovereenkomst wel van rechtswege eindigt bij 65 indien dit niet expliciet is overeengekomen. Hoe luidt het gebruik in deze snel veranderende tijden?

Bij het leerstuk van de overgang van onderneming kwam de informatievoorziening weer aan de orde; deze moet glashelder zijn, anders heeft de werkgever een probleem.

1. De crisis

Deeltijd-WW

Met ingang van 1 april 2009 werd het 'Besluit Deeltijd WW tot behoud van vakkrachten' van kracht. Inmiddels is de regeling door grote toeloop enige tijd gesloten en thans

weer geopend onder nadere voorwaarden.² Kijkt men naar het aantal aanvragen, dan kan van een succes worden gesproken. Het CPB was echter minder positief.³ Ook vanuit arbeidsrechtelijk perspectief kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij de regeling.

Zeer kort gezegd kan een werkgever gebruikmaken van de regeling door een akkoord te sluiten met vakbonden, of bij kleinere bedrijven met een andere 'vertegenwoordiging van werknemers'. Men kan de werknemers voor een periode van maximaal 65 weken voor 50% van de werktijd onder de regeling brengen. Vervolgens krijgen de werknemers die door het akkoord als zodanig worden aangewezen (dat kan iedereen in het bedrijf zijn, niet alleen 'vakkrachten') recht op een WW-uitkering (grotendeels 70% van hun laatstverdiende loon, met een plafond). Zij dienen daadwerkelijk niet te werken bij hun eigen werkgever, maar zich te scholen of gedetacheerd te worden. Het positieve van deze constructie is dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft, maar de uitvoering gedeeltelijk wordt opgeschort.

Auteurs

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam. Beiden zijn medewerker van dit blad.

Noten

2. Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 31 maart

2009, (nr. IVV/1/2009/7428) *Stcr.* 2

april 2009, 64, en aangepast bij Besluit van 14 juli 2009 (nr. IVV/1/2009/16262), *Stcr.* 17 juli 2009, 10813. De regeling is stopgezet tussen 20 juni en 20 juli 2009. Toen trad het Besluit wederopenstelling deeltijd WW in werking en is dat bedrag verhoogd tot € 950 miljoen.

3. Zie Casper van Ewijk en Coen Teulings, *De grote recessie*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2009, p. 121-123.

Minister Donner gaat ervan uit dat geen enkel bedrijf dat gebruikmaakt van de deeltijd-WW loon verschuldigd is over de arbeidstijd gedurende welke er niet wordt gewerkt. Dat standpunt lijkt onhoudbaar

Een belangrijke vraag is of de werknemer recht heeft op loondoorbetaling. Nu de arbeidsovereenkomst in stand blijft, dient voor de loondoorbetaling te worden gekeken naar art. 7:628 BW. Krachtens die bepaling behoudt de werknemer (in de woorden van de wetgever uit 1993)⁴ *'ook dan zijn recht op loon, als het verrichten van de arbeid is verhinderd door omstandigheden die voor de werkgever in beginsel overmacht zouden opleveren, maar die toch voor zijn rekening worden gebracht omdat zij meer in zijn risicosfeer dan in die van de werknemer vallen.'* De vraag of een economische crisis in de risicosfeer van de werkgever valt, is de laatste decennia nauwelijks in rechtspraak aan de orde geweest en niet in het algemeen te beantwoorden. Het ene bedrijf zal als gevolg van deze crisis in zo'n exceptionele situatie verkeren dat de rechter het risico wellicht niet (uitsluitend) bij de werkgever zal leggen. In andere gevallen is dat lang niet zeker, bijvoorbeeld omdat het causaal verband met de economische crisis niet makkelijk kan worden gelegd. Minister Donner gaat er echter vanuit dat geen enkel bedrijf dat gebruikmaakt van de deeltijd-WW loon verschuldigd is over de arbeidstijd gedurende welke er niet wordt gewerkt. Dat standpunt lijkt onhoudbaar.

Het Besluit Deeltijd WW is gebaseerd op art. 8 BBA. Op grond hiervan is het, vrij vertaald, niet toegestaan om werknemers tegen hun zin minder dan het overeengekomen aantal uren te laten werken, behoudens vergunning of ontheffing. Dit Besluit is zo'n ontheffing. Ons arbeidsrecht is echter dual. Dat wil zeggen dat er een publiekrechtelijke poot (het BBA) en een civielrechtelijke poot (in dit geval art. 7:628 BW) is. In zo'n stelsel moet aan beide regelingen zijn voldaan. Bij ontslag betekent dit dat een opzegging pas geldig is als er noch een beletsel in het één, noch een beletsel in het ander bestaat. Dat geldt ook voor de loondoorbetaling. Tien jaar geleden zei Donners voorganger De Vries echter dat de ontheffing ex art. 8 BBA geen invloed heeft op de civielrechtelijke loondoorbetaling ex art. 628 BW.⁵ Het is goed mogelijk dat er wel ontheffing wordt verleend, hoewel het loon toch moet worden doorbetaald.

De civiele rechter zal dan ook een eigen toets moeten uitvoeren. Zoals gezegd, is het denkbaar dat hij in een aantal gevallen tot dezelfde conclusie komt als Minister Donner, maar net zo waarschijnlijk is dat hij dat ook in een aantal gevallen niet doet. Immers: ieder bedrijf dat een vakbond of een andere vertegenwoordiging van werknemers weet over te halen om akkoord te gaan kwalificeert voor de regeling.

Het gaat er dus om of de rechter gebrek aan werk in een concreet geval aanmerkt als werkgeversrisico (dan moet 100% worden doorbetaald, met aftrek van de WW-uitkering à 70%) of als werknemersrisico (in dat geval krijgt de werknemer over de niet gewerkte tijd een WW-uitkering op basis van 70%). Minister Donner is overigens zelf niet consequent. Op de website van zijn ministerie valt te lezen dat er een uitzondering geldt voor werknemers die geen recht op WW hebben om op terug te vallen. Ten aanzien van hen zou wel een loondoorbetalingsverplichting ex art. 628 BW gelden. Deze uitleg brengt mee dat dezelfde oorzaak voor de ene werknemer een werknemersrisico is en voor de andere een werkgeversrisico. Dat staat op gespannen voet met de gedachte achter art. 7:628 BW, dat ervan uitgaat dat een risico aan een van beide partijen wordt toegedeeld. Bovendien leidt dit tot het absurde resultaat dat een werknemer die nog geen WW-rechten heeft opgebouwd 100% van zijn loon krijgt, terwijl een werknemer die wel WW-rechten heeft slechts 70% krijgt over de urenvermindering en zijn WW-rechten 'opeet'.

Zoals gezegd kan de werkgever afspreken op welke werknemers de regeling van toepassing is. Opvallend is dat hij bij de selectie de afspiegingsregel niet hoeft te volgen. Concreet betekent dit dat de werkgever de vrijheid kan hebben om de in zijn ogen goed functionerende werknemers volledig te laten werken en de in zijn ogen zwakkere collega's met deeltijd-WW te sturen. Uiteraard zullen de vakbonden dat niet overal tolereren, maar het is opvallend dat deze ruimte wordt gelaten aan de werkgever die met andere werknemersvertegenwoordigers afspraken maakt. Dat geldt te meer in het licht van de kritiek van de vakbonden op de aanpassing van het Ontslagbesluit.⁶

Aanpassing Ontslagbesluit

Minister Donner heeft dat op 14 juli 2009 aangepast.⁷ Hiermee zijn de mogelijkheden verruimd om ten aanzien van bepaalde werknemers af te wijken bij het bepalen van de volgorde voor ontslag. De afspiegingsregel houdt in dat bij ontslag van verschillende werknemers in uitwisselbare functies een afspiegeling plaats vindt naar de verdeling van de desbetreffende werknemers over vijf leeftijdscategorieën. Onmisbaar geachte werknemers mogen bij de toepassing van deze regel buiten beschouwing worden gelaten. Deze regeling is nu verruimd. De maatregel wordt getroffen voor de huidige crisis en moet werkgevers in staat stellen om werknemers te behouden voor de onderneming waarvan zij menen dat zij voor het functioneren van de onderneming zowel tijdens als na de crisis, als de bedrijvigheid weer toeneemt, van zodanig belang zijn dat ontslag van deze werknemers moet worden voorkomen. De verruiming zit vooral in de mate waarin de onmisbaarheid van de werknemer aan het oordeel van de werkgever wordt overgelaten. Voldoende is thans dat de werkgever meent dat de werknemer onmisbaar is. Wel moet hij de kennis en ervaring van de werknemer en het belang daarvan voor de onderneming met stukken kunnen staven en ook aantonen een goed en bestendig scholingsbeleid te voeren. Als van de mogelijkheid tot afwijking gebruik wordt gemaakt, dan wordt de eerstvolgende werknemer in dezelfde leeftijdscategorie voor ontslag voorgedragen en indien die niet voorhanden is, wordt vastgesteld in welke andere leeftijdsgroep de eerstvolgende voor ontslag voor te dragen

werknemer zit. De toepassing mag er niet toe leiden dat meer werknemers in de leeftijdsgroep 15 tot 25 jaar en van 55 jaar en ouder voor ontslag worden voorgedragen dan zonder toepassing van de afwijkingsmogelijkheid het geval zou zijn, met een afwijkingsmogelijkheid van 10%, met een minimum van 1 werknemer. De maatregel heeft volgens de Minister een tijdelijk karakter en zal in beginsel met ingang van 1 september 2011 weer ongedaan worden gemaakt. Daar is dan echter wel een nieuw besluit voor nodig. In de tussentijd vindt evaluatie plaats. De vakbonden hebben zeer afwijzend gereageerd omdat het in hun ogen het begin van 'selectie op kwaliteit' mogelijk maakt.

Wet melding collectief ontslag en ontbinding

Twee kantonrechters in Amersfoort hebben samen in een 26-tal ontbindingszaken uitspraak gedaan waarmee zij een collectief ontslag van het bedrijf Kembo hebben mogelijk gemaakt, zonder dat daarvoor de gebruikelijke procedure volgens de Wet melding collectief ontslag (WMCO) was gehanteerd. Met name de vakbonden Unie en MHP waren niet geraadpleegd, die veel meer leden in de onderneming hebben dan de wel geraadpleegde CNV- en FNV-bonden. Deze uitspraken deden een maatschappelijke discussie ontstaan over de vraag of op deze wijze de regeling voor collectief ontslag rechtsgeldig kan worden ontweken.

De onmisbaarheid van de werknemer wordt aan het oordeel van de werkgever overgelaten

De kantonrechters verwierpen het verweer dat de werkgever niet ontvankelijk was in zijn verzoek op de grond dat de WMCO bepaalt dat zij niet van toepassing is op het doen eindigen van een dienstbetrekking waarvoor geen toestemming van het bevoegd gezag vereist is. Zij spreken zich vervolgens echter zelf weer tegen door te overwegen dat dit niet betekent dat de WMCO (dan wel de aan deze wet ten grondslag liggende EG-richtlijn) in een dergelijke ontbindingsprocedure geen gelding dient te hebben.

De kantonrechters gaan vervolgens ook in op de vraag of er een ondernemingsraad is geraadpleegd. De werkgever wordt daarbij aangerekend dat de vroeger bestaande ondernemingsraad inmiddels niet meer functioneert en dat deze dientengevolge niet om advies is

gevraagd. Vervolgens wordt geconstateerd dat de financiële nood situatie van het bedrijf aanleiding is om het niet naleven van verplichtingen uit hoofde van de WMCO en WOR te vertalen in het toekennen van een vergoeding. Ondanks de financiële nood situatie van het bedrijf kennen de kantonrechters daarbij een vergoeding toe in de vorm van een aanvulling van 30% op de werkloosheidsuitkering, waarbij de duur van de aanvulling afhankelijk wordt gesteld van de lengte van het dienstverband. De vergoeding wordt, om executieproblemen te voorkomen, gekapitaliseerd. Het 'habe nichts'-verweer wordt daarbij slechts ten dele gehonoreerd, mede vanwege een kapitaalonttrekking door de aandeelhouders en inconsistenties in de gepresenteerde cijfers.⁸

Bij de beslissingen van de kantonrechters vallen wel enige kanttekeningen te maken. De WMCO is van toepassing indien de werkgever voornemens is de dienstbetrekkingen van ten minste twintig werknemers, werkzaam in één werkgebied, binnen een periode van drie maanden te doen eindigen. Maar ook bepaalt de wet dat voor de berekening van dit aantal werknemers een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW gelijk wordt gesteld, ingediend door de werkgever om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, op voorwaarde dat het aantal ingediende verzoeken gelijk is aan of hoger is dan vijf (art. 3 lid 2 WMCO). Een discussiepunt in de literatuur is of de wet in zo'n geval van uitsluitend ontbindingsverzoeken van toepassing is of dat er ook ten minste één opzegging moet plaatsvinden. De kantonrechters maken in hun uitspraak geen melding van de gelijkstellingsbepaling en daarom is hun oordeel dat de WMCO niet van toepassing is, niet sterk onderbouwd. De toetsing aan de WOR door de kantonrechters gaat vrij ver, omdat de werkgever er niet altijd veel aan kan doen indien de OR door onvoldoende belangstelling bij het personeel niet meer functioneert.

Iets anders is, dat als de betrokken werknemers de WMCO toegepast hadden willen zien, zij beter een kort geding hadden kunnen beginnen tegen de werkgever. Kennelijk was het (begrijpelijke) oordeel van de werknemers zowel als de kantonrechters dat er beter snel een vergoeding kon worden toegekend voordat het bedrijf mogelijk ten onder zou gaan.

Meer tijdelijke contracten voor jongere werknemers

Naar aanleiding van een kamerbrede motie heeft Minister Donner een wetsvoorstel ingediend dat het mogelijk maakt om met jongeren onder de 27 jaar een extra contract voor bepaalde tijd, dan wel een jaar langer overeenkomsten voor bepaalde tijd af te sluiten zonder dat er een arbeidsovereenkomst ontstaat.⁹ Doel is de bestrijding van jeugdwerkloosheid. Het wetsvoorstel voorziet in het automatische einde van de wettelijke bepaling na 2 jaar. Het

Noten

4. MvT, *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 25.
5. Zie minister De Vries in *Kamerstukken II* 1998/99, 26 257, nr. 12, p. 11; HR 14 maart 1952, *NJ* 1952, 173 en Olbers, *Arbeidsovereenkomst*, art. 628, aant. 9.

6. Zie nader: J.M. van Slooten en E. Verhulp, 'Het Besluit deeltijd WW – ook na wederopenstelling nog niet perfect', *TRA* 2009, 10.
7. Regeling van de Minister van SZW van 14 juli 2009, AV/AR/2009/16387, tot wijziging van het Ontslagbesluit betref-

fende verruiming van de mogelijkheid tot afwijking van het afspiegelingsbeginsel, *Stcrt.* 2008, 10981.

8. Ktr. Amersfoort 3 april 2009, *JAR* 2009/112, *RAR* 2009, 83.

9. Wetsvoorstel Tijdelijke verruiming mogelijkheid arbeidsovereenkomsten

voor bepaalde tijd in verband met bevorderen arbeidsparticipatie jongeren ('verruiming ketenregeling voor werknemers jonger dan 27 jaar'); *Kamerstukken II*, 32 058, nrs. 1-4.

In de discussie over aanpak van inkomens worden twee zaken door elkaar gehaald: enerzijds de gedachte dat inkomens niet boven een bepaald niveau mogen komen en anderzijds dat bepaalde beloningsvormen riskant zijn voor financiële instellingen

betreft een generieke maatregel, van toepassing op alle '27 minners'. De Memorie van Toelichting doet een poging om dit leeftijds onderscheid te rechtvaardigen. Opvallend is dat het Mangoldarrest niet aan de orde komt,¹⁰ evenmin als de rellen in Parijs rond de jaarwisseling van 2006, toen de Franse regering iets soortgelijks voorstelde.

Aanpak topinkomens

In de vorige kroniek is opgesomd wat het Kabinet op dit vlak aan initiatieven heeft genomen. Op een aantal deel-terreinen werden die initiatieven doorgezet. Met name in de financiële sector gebeurde dat. Het lijkt erop dat in de discussie over aanpak van inkomens en in de regelgeving twee zaken door elkaar lopen: enerzijds de gedachte dat inkomens niet boven een bepaald niveau mogen komen (vroeger ook wel aangeduid als inkomenspolitiek) en anderzijds de gevaren die van bepaalde beloningsvormen uitgaan op, bijvoorbeeld, financiële instellingen (de risicokant). De Nederlandse Vereniging van Banken heeft een code gemaakt waarin beide gedachten terugkeren.¹¹ De Code is gebaseerd op het advies van de commissie Maas van april dit jaar. De Code zal wettelijk verankerd worden. In de Code is onder andere een aantal 'principes' overgenomen uit de Code Tabaksblat, zoals het principe dat een lid van de raad van bestuur niet meer dan een jaarsalaris (het vaste deel van de bezoldiging) krijgt als ontslagvergoeding.

De Nederlandse bank en de AFM, publiceerden in mei 2009 'Principes voor een beheerst beloningsbeleid'. Dit gaat over de risicokant van beloning. In september hebben zij een nader rapport gemaakt waarin ze verslag doen van een inventarisatie van beloning in de financiële wereld. Die is niet in lijn met wat ze verwachtten, met name doordat de variabele beloning in 2008 niet significant is gedaald. Dreigend verklaren zij tijdig te zullen ingrijpen indien een onderneming 'de uit het beloningsbeleid voortvloeiende risico's onvoldoende beheerst'.¹²

Noch de Code, noch de principes van DNB en AFM legt een maximum op voor variabele beloning. De President van De Nederlandse Bank liet in de Tweede Kamer weten dat daardoor wetgeving nodig zal zijn. Op de top van de G20 in Pittsburg werd een akkoord bereikt waar ook iets in staat over de beteugeling van inkomens in de financiële sector, maar geen maximering van bonussen.¹³ Samengevat hield het akkoord op dit punt in: 'We committed to act together to (...) to implement strong international compensation standards aimed at ending practices that lead to excessive risk-taking.' Dit zal via de Financial Stability Board verder worden gebracht. Hierin werken de centrale banken van de grote economieën sinds de top in Londen van eerder dit jaar samen. Motivering, taalgebruik en implementatie maken duidelijk dat het hier niet gaat om de *hoogte* van bonus of beloning, maar om de risicokant.

Verder is er een Aanbeveling van de Europese Commissie,¹⁴ waarin de ontslagvergoeding voor directeurs van beursgenoteerde ondernemingen op twee vaste jaarsalarissen wordt gemaximeerd.

Een voorbeeld van inkomenspolitiek is het bij de publieke omroep geïntroduceerde 'Beloningskader Presentatoren in de Publieke Omroep'.¹⁵ Dit heeft sinds de wijziging van de Mediawet van deze zomer een wettelijke status.¹⁶ Voortaan zullen presentatoren en programmamakers (in beginsel) genoegen moeten nemen met de Balkenendenorm, indien zij een nieuwe (arbeids)overeenkomst sluiten met een publieke omroep. Bij 'een onvrijwillig niet aan de presentator te verwijten einde van de contractuele relatie' geldt er een maximale 'vergoeding' van een 'jaarhonorarium'.¹⁷

Het is nog erg vroeg om over deze regelingen verstrekkende uitspraken te doen. Er zijn nog geen rechterlijke uitspraken bekend. Wel kunnen we vaststellen dat er potentieel nog een aantal valkuilen en problemen aan kleven, zoals de definities van het beloningsbegrip, sluiptwegen via een eigen rechtspersoon, de vraag of de arbeidsmarkt of de mededinging tussen de betreffende bedrijven (te zeer) wordt beperkt, de afdwingbaarheid van publieke regels in een civiele arbeidsverhouding en de verhouding tot de vrijheid van collectief onderhandelen.

Het begin van iets nieuws?

Vast staat dat er de nodige beginselen onder druk staan. Wie had een jaar geleden gedacht dat werknemers zelf de rekening moeten betalen als de werkgever geen werk heeft en dat het akkoord van een personeelsvergadering daartoe voldoende is? Selectie op kwaliteit is een ander heilig huisje waarvan de deur nu openstaat. Is dit dan de voorbode van een nieuw, mogelijk killer, maar in ieder geval dogmatisch slanker arbeidsrecht of gaat het om tijdelijke uitzonderingen? Juist op het moment dat deze vragen opkwamen nam I.P. Asscher-Vonk afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen met een rede over 'Dienend sociaal recht?'¹⁸ Asscher-Vonk zet zich daarin af tegen 'de dienstbaarheid van het sociaal recht aan de mammon van de markt' en zoekt naar nieuwe noties van rechtvaardigheid, waarbij zij met name wijst op een 'recht [van de werknemer] dat zijn onderneming zich maatschappelijk verantwoord opstelt.' Het is de vraag of de mammon van de markt zich af laat zweren. De markt laat zich nu eenmaal zeer krachtig voelen op dit moment en ook vakbonden zullen meer bezig zijn met de AOW-leeftijd en het ontslagrecht dan met maatschappelijk verantwoord ondernemen. Ter gelegenheid van haar afscheid verscheen 'Exit', een bundel waarin 28 actuele opstellen over ontslag zijn te vinden.¹⁹

2. Vergoedingen

De discussie over de hoogte van de vergoeding bij kennelijk onredelijke opzegging heeft de laatste maanden een stroomversnelling doorgemaakt. Het gaat hierbij met name om de vraag in hoeverre de kantonrechttersformule voor vergoedingen bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW ook als maatstaf moet gelden bij een vordering tot schadevergoeding uit kennelijk onredelijke opzegging. In de vorige Kroniek vermeldden wij reeds de arresten van 14 oktober 2008 van het Haagse Gerechtshof over deze kwestie. Inmiddels hebben ook de andere hoven een nieuwe weg ingeslagen in deze materie en heeft de A-G bij de Hoge Raad een conclusie genomen in het cassatieberoep tegen één van de uitspraken van het Hof Den Haag.

Wat vooraf ging

De twee uiterste standpunten in deze discussie zijn als volgt te omschrijven:

- A. De *gelijkstellers* willen dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag en bij ontbinding wegens gewichtige redenen gelijk wordt gesteld. Zij kijken vooral naar het financiële resultaat voor de werknemer. Zij zien niet in waarom een werknemer wiens arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt beëindigd een vergoeding krijgt volgens een vaste formule als dat gebeurt door ontbinding, terwijl de werknemer die met toestemming van het UWV door opzegging wordt ontslagen maar moet afwachten of er een vergoeding wordt toegekend en zo ja, hoe hoog die zal zijn. Op deze wijze beogen zij een eenduidige systematiek en grotere voorspelbaarheid in het ontslagrecht te realiseren.
- B. De *verschilzieners* leggen de nadruk op het verschillende doel van de procedures. Bij de opzegging gaat het in beginsel om de normale wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hierbij vindt een toetsing plaats door het UWV, welke minder goed voorspelbaar is en strenger is dan die bij de kantonrechter. Hier gelden opzegverboden. En er wordt een opzegtermijn gehanteerd om de werknemer de gelegenheid te bieden ander werk te zoeken. Bij ontbinding gaat het om een procedure die beoogt te knellende banden te slaken en hier staat daarom als regel een vergoeding tegenover de ontbinding, om het nadeel van een eventueel minder sterke ontslaggrond te compenseren. In dit geval kan de werkgever zijn verzoek nog intrekken indien hij de toegekende vergoeding te hoog vindt.

De discussie is op scherp komen te staan doordat in 1997 de landelijke kantonrechttersformule is ingevoerd, die de vergoeding bij ontbinding redelijk voorspelbaar maakt. De A-factor (dienstjaren) en B-factor (beloning) zijn – ondanks nog enkele resterende discussiepunten – heldere factoren. Weliswaar is er nog een C-(correctie)factor die een toespitsing op de mate van verwijtbaarheid mogelijk maakt en

die steeds enigszins onzeker is, in het algemeen kunnen partijen wel behoorlijk voorspellen hoe hoog de vergoeding zal worden of binnen welke bandbreedte die zal vallen. Dit vergemakkelijkt ook het onderhandelen over een schikking. Doordat echter in deze formule het uitgangspunt is dat er een vergoeding zal worden betaald (als regel is de C-factor 1), is hiermee – in samenhang met het feit dat de kantonrechter slechts relatief weinig ontbindingsverzoeken weigert te honoreren – bij ontbinding feitelijk het uitgangspunt geïntroduceerd dat de werknemer te allen tijde kan worden ontslagen, maar dan (in beginsel) ook recht heeft op een vergoeding. Dit heeft het in Nederland wijd verbreide gevoel in het leven geroepen dat bij ieder ontslag een vergoeding hoort.

De discussie over de hoogte van de vergoeding bij kennelijk onredelijke opzegging heeft de laatste maanden een stroomversnelling doorgemaakt

De *gelijkstellers* willen deze tendens in feite afronden door bij kennelijk onredelijk ontslag dezelfde formule toe te passen, waardoor het systeem wordt uitgebreid tot de opzegging. In feite zou daarmee het recht op een ontslagvergoeding over de hele linie worden gevestigd. De *verschilzieners* hebben daar bezwaren tegen. Sommigen benadrukken daarbij de verschillen tussen de procedures: de termijnen bij opzegging, de opzegverboden, de bewijsmogelijkheden, de intensiteit van de toetsing. Daarnaast zien sommigen een verschil tussen de *schadevergoeding* die de wet toekent bij kennelijk onredelijk ontslag en de vergoeding die de wet kent bij ontbinding. De discussie heeft om naar billijkheid een vergoeding toe te kennen en of hij bij kennelijk onredelijk ontslag meer naar de werkelijk geleden schade zou moeten kijken. Anderen zijn van mening dat zoiets ingrijpends als het recht op een ontslagvergoeding niet door de rechterlijke macht zonder wettelijke grondslag moet worden ingevoerd. Daarnaast wordt gewezen op de hoogte van de vergoedingen volgens de kantonrechttersformule die een zware belasting kan betekenen vooral voor kleinere ondernemingen die om die reden nu vaak de opzegroute verkiezen. Tussen de beide standpunten worden ook tussenstandpunten ingenomen, bijvoorbeeld dat de vergoedingen bij kennelijk onredelijk ontslag in elk geval voorspelbaarder zouden moeten wor-

Noten

10. HvJ EG 27 juni 2006, NJ 2008, 261.
11. Zie www.nvb.nl.
12. Zie www.dnb.nl, 'Naar een beheerst beloningsbeleid', september 2009, p. 13.

13. www.pittsburghsummit.gov/media-center/129639.htm.
14. Aanbeveling van de Commissie van 30 april 2009, 2009/385/EG.
15. Bijlage bij *Kamerstukken* 31 804 E.

16. Wet van 2 juli 2009, *Stb.* 2009, 300.
17. Beloningskader Presentatoren in de Publieke Omroep, p. 16.
18. I. P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, Deventer: Kluwer 2009.

19. M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), *Exit: onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking*, Serie Onderneming en recht deel 50, Deventer: Kluwer 2009.

den door tenminste enige formule te gaan hanteren of de berekening inzichtelijker te motiveren.

Tot nu toe heeft de Hoge Raad slechts als lijn dat bij kennelijk onredelijk ontslag alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Dit was tot voor kort ook de vaste leer bij de hoven. Maar onder druk vanuit de advocatuur is het beeld sinds vorig jaar gekanteld. Het lastige is hierbij dat de hoven het kennelijk onderling niet eens zijn geworden over de aanpak. De benadering van

ding. Juist bij kennelijke onredelijkheid in verband met de gevolgen voor de werknemer zal de schadevergoeding immers het gemis aan vergoeding veelal moeten compenseren, zodat de beide vragen een sterk 'kip of ei'-karakter hebben. Wel kan worden gezegd dat de benadering van de vier hoven een meer inhoudelijke discussie over alle omstandigheden noodzakelijk maakt, terwijl die van het Haagse hof de nadruk meer legt op het berekenen van een vergoeding.

De A-G blijkt zich bijzonder te hebben geërgerd aan de motivering van de nieuwe kantonrechtersformule met het feit dat jongere werknemers tegenwoordig sneller een nieuwe baan plegen te vinden

het Hof Den Haag vormt een soort tussenweg tussen de beide hierboven beschreven uiterste visies. Enerzijds werd aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule, maar anderzijds werd de hoogte van de op die wijze berekende vergoeding met 30% verminderd, met het oog op de verschillen tussen de beide procedures.²⁰ In latere uitspraken heeft dit hof benadrukt dat ook C=1 geen uitgangspunt is.²¹ In dat opzicht wordt ook door dit hof afgeweken van de kantonrechtersformule.

De XYZ-formule

De vier andere hoven hebben met een aantal allemaal op 7 juli 2009 gewezen arresten duidelijk gemaakt dat zij een andere aanpak willen volgen.²² In identieke uitspraken werd de XYZ-formule geïntroduceerd. Deze formule is duidelijk geïnspireerd door de kantonrechtersformule, maar het gebruik van andere letters maakt al duidelijk dat deze anders wordt ingevuld. Bij de X-factor wordt de A-factor uit de kantonrechtersformule aangehouden zoals deze gold tot 1 januari 2009, een gemiddeld hogere norm dan thans bij ontbinding wordt gehanteerd. In afwijking van de C-factor wordt als uitgangspunt gehanteerd dat $Z = 0,5$. Per saldo kunnen de Haagse norm en de XYZ-formule hierdoor weer dicht bij elkaar komen te liggen, als men ervan uitgaat dat $A(\text{oud}) \times B \times 0,5$ (XYZ-formule) ongeveer hetzelfde uitvalt als $(A[\text{nieuw}] \times B \times C) - 30\%$ (Haagse norm).

De vier hoven hebben echter niet alleen een nieuwe formule geïntroduceerd, maar verschillen ook van het Hof Den Haag in de wijze waarop zij die toepassen op de casus. Hier ligt een discussie aan ten grondslag over de vraag of elke opzegging een recht op vergoeding meebrengt. De wetstekst suggereert dat eerst moet worden vastgesteld dat een ontslag kennelijk onredelijk is, alvorens de hoogte van de schadevergoeding wordt bepaald. De vier hoven doen dit nu door eerst de kennelijke onredelijkheid vast te stellen aan de hand van een lijst van 18 criteria, gegroepeerd in vijf thema's, en waarbij één criterium (arbeidsongeschiktheid) nog verdeeld is in vijf subcriteria. Hierdoor blijft een deel van de onvoorspelbaarheid van de oude jurisprudentie in stand. Daarnaast kan men zich afvragen of de vraag naar de kennelijke onredelijkheid wel zo goed is te scheiden van de vraag naar de hoogte van de vergoe-

Conclusie A-G Spier

Van beide typen uitspraken is tenminste één cassatieberoep ingesteld. Op 4 september heeft A-G Spier reeds conclusie genomen in een cassatieberoep tegen een van de uitspraken van het Hof Den Haag, waarin hij ook de norm van de andere hoven bespreekt. Uit de opzet van de conclusie en de wijze van publicatie (in afwijking van de gewoonte is de conclusie direct gepubliceerd) heeft de conclusie veel weg van een discussiestuk.²³ De A-G toont zich een uitgesproken voorstander van zienswijze A. Ook heeft hij grote bezwaren tegen de nieuwe kantonrechtersformule, met zijn verlaagde A-factor. De strekking van de conclusie is daarom dat zowel bij kennelijk onredelijk ontslag als bij ontbinding de oude kantonrechtersformule zou moeten worden gehanteerd, zonder een korting zoals de hoven die op verschillende wijzen hebben voorzien.

Vrij uitvoerig gaat de A-G in op de discussie in hoeverre bij kennelijk onredelijk ontslag de algemene regels van boek 6 de berekening van de schade dicteren, hetgeen volgt uit de wetsgeschiedenis en ook wel wordt gelezen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Terwijl door arbeidsjuristen die visie A aanhangen in dat kader gewoonlijk wordt betoogd dat ook die bepalingen geen berekening naar billijkheid uitsluiten, volgt Spier de gedachtegang dat indien de werkgever niet door opzegging rechtsgeldig had kunnen ontslaan, hij zou hebben gekozen voor ontbinding en dat dan ook de kantonrechtersformule was toegepast (par. 6.4 e.v.). De werkelijke schade van de werknemer zou dus slechts zijn gelegen in het niet ontvangen van de ontbindingsvergoeding, waardoor toepassing van de kantonrechtersformule als berekeningscriterium voor de schadevergoeding in beeld komt.

De A-G acht het cassatieberoep gegrond op het punt dat het Haagse hof de kantonrechtersformule gebruikt niet alleen om de schadevergoeding te berekenen, maar ook om de kennelijke onredelijkheid vast te stellen. Of het Hof dat werkelijk zo heeft bedoeld, is echter zeer de vraag. Ook het onderdeel dat er op neerkomt dat de schadeberekening volgens de lijnen van boek 6 moet lopen is volgens de A-G gegrond, maar zoals uit het bovenstaande blijkt denkt hij dat dat niet tot een voor werkgevers gunstiger resultaat zal leiden. In het incidentele middel verklaart de A-G een

klacht gegrond tegen de korting van 30% op de kantonrechttersformule die het hof heeft toegepast.

De A-G blijkt zich bijzonder te hebben geërgerd aan de motivering van de nieuwe kantonrechttersformule met het feit dat jongere werknemers tegenwoordig sneller een nieuwe baan plegen te vinden. Die toelichting was op zijn zachtst gezegd ongelukkig getimed omdat Nederland tezelfdertijd door een economische crisis werd getroffen. De herziening van de kantonrechttersformule zou echter ook begrepen kunnen worden tegen de achtergrond van het feit dat de in de afgelopen jaren gegroeide ontslagvergoedingenpraktijk leidt tot hoge vergoedingen (ook in verhouding tot veel andere landen), en daarom veel verzet heeft opgeroepen bij werkgevers. Daarbij komt dat in de praktijk ook nogal eens vergoedingen worden toegekend die niet gerechtvaardigd kunnen worden door de reëel geleden schade. Daardoor is ook de belangstelling van de politiek gewekt en is inmiddels op verschillende wijzen aangekondigd in de vergoedingen in te grijpen. Wellicht getuigde het van wijsheid dat de Kring van kantonrechtters deze signalen heeft opgepikt en tot enige versoering heeft besloten, hoe ongelukkig gemotiveerd ook. Juist een matiging van de hoogte van de ontbindingsvergoedingen zou de basis kunnen vormen voor het naar elkaar toe groeien van de hierboven besproken uiteenlopende visies.

3. Overgang van onderneming

Dit leerstuk blijft de nodige vragen genereren. De Hoge Raad wees een principieel arrest over de informatievoorziening aan werknemers die met een overgang van onderneming worden geconfronteerd.²⁴ De feiten waren dat Bos in dienst was bij SL/DE en werkzaam was in het onderdeel Detrex. In 2003 werd Detrex verzelfstandigd, terwijl de activiteiten van Detrex tezelfdertijd werden uitbesteed aan een andere vennootschap, Pax. Bos gaat schriftelijk akkoord dat hij in dienst komt van Detrex. Enkele jaren later wordt Detrex opgedoekt en kan Bos alsnog in dienst treden bij Pax, zij het niet meer op grond van overgang van onderneming. Bos heeft zijn bescherming uit hoofde van art. 7:662 BW e.v. in 2003 al verloren door vrijwillig in dienst te treden bij Detrex en niet direct over te gaan naar Pax, aldus de lagere rechters. De vraag in de procedure is of Bos niet toch in 2003 al in dienst is gekomen bij Pax, hoewel hij dus eerder akkoord is gegaan met indiensttreding bij Detrex. De Hoge Raad oordeelt dat die enkele omstandigheid niet tot de conclusie kan leiden dat Bos niet van rechtswege in dienst is getreden bij Pax. Niet indiensttreden bij Pax zou neerkomen op afstand van recht, maar daartoe is Bos niet

voldoende geïnformeerd. SL/DE had Bos, voorafgaand aan zijn akkoordverklaring met indiensttreding bij Detrex, de keuze moeten voorleggen tussen een overgang van onderneming naar Pax (met behoud van arbeidsvoorwaarden), dan wel indiensttreding bij Detrex (al dan niet onder compenserende voorwaarden). Aldus had Bos uit vrije wil de arbeidsovereenkomst met SL/DE verbroken en ondubbelzinnig afstand gedaan van zijn bescherming ex art. 7:662 BW.

Het arrest ligt in het verlengde van het arrest Rabobank Hege/ Van Kuijk,²⁵ waarin werd geoordeeld dat een werknemster niet juist en volledig was geïnformeerd over een keuze die haar ten tijde van een overgang van onderneming werd voorgelaten. In Bos/Pax knoopt de Hoge Raad opnieuw aan bij de bepalingen over overgang van onderneming, maar ook bij het goed werkgeverschap.

Voor de liefhebbers is het in dit verband interessant kennis te nemen van de beslissing van het *Bundesarbeitsgericht* van deze zomer inzake Siemens/BenQ. Hier waren duizenden Siemenswerknemers geoutsourced naar BenQ, die vervolgens faillieerde. De werknemers stelden dat zij onvoldoende waren geïnformeerd over de financiële situatie bij BenQ en dat zij, waren zij dat wel geweest, een beroep hadden gedaan op hun *widerspruchsrecht* (de mogelijkheid om achter te blijven bij de oorspronkelijke werkgever, hetgeen in Nederland overigens niet kan).²⁶ In hoogste instantie trokken de werknemers aan het kortste eind; niet omdat zij volledig waren geïnformeerd (dat waren zij niet), maar omdat zij hun recht hadden verwerkt. Met de mogelijke vele sterfhuisconstructies in het vooruitzicht is het interessant te weten of een dergelijke informatieplicht ten aanzien van de nieuwe werkgever ook in Nederland bestaat.

Verder kwam in het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Klarenberg/Ferrotron de vraag aan de orde of een deel van een onderneming dat overgaat, maar zijn identiteit verliest, wel leidt tot een overgang.²⁷

Het Hof Den Haag formuleerde in navolging van het Asito-arrest²⁸ de regel dat aan de feitelijke status van een werknemer meer gewicht toekomt dan aan diens formele status wanneer moet worden bekeken of een werknemer eigenlijk wel werkte bij het overgedragen onderdeel. Het Hof formuleert echter weer een uitzondering, die rekening houdt met zoveel bijzondere omstandigheden dat de praktijk er niet vrolijk van wordt.²⁹

Al enkele jaren hangt de Heinekenzaak boven de markt. Deze gaat over de vraag of de richtlijn ook van toepassing is op gedetacheerde werknemers. Het hof Amsterdam herformuleerde prejudiciële vragen in deze

Noten
20. Gerechtshof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, L/JN BF6720, L/JN BF6790 en JAR 2008/290, L/JN BF7002, L/JN BF7077, L/JN BF8122, L/JN BF6960, L/JN BF8136; Gerechtshof 's-Gravenhage 4 november 2008, L/JN BG4566, 2 december 2008, L/JN BH2842; Gerechtshof 's-Gravenhage 30 december 2008, L/JN B13382, Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2009, L/JN BH0254, JAR 2009/53 en RAR 2009, 39, Gerechtshof 's-Gravenhage 21 april 2009, L/JN B12714, Gerechtshof 's-Gravenhage 7 juli 2009, L/JN B11712 en Gerechtshof 's-Gravenhage 18 juli 2009, L/JN B15487.
21. Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2009, L/JN BH0254, JAR 2009/53 en RAR 2009, 39.
22. Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2009, L/JN B11644, JAR 2009/217, RAR 2009, 111 en L/JN B11648; Gerechtshof

Arnhem 7 juli 2009, L/JN B11688 en JAR 2009/198, en 21 juli 2009, L/JN B12916, JAR 2009/197; Gerechtshof Den Bosch 7 juli 2009, L/JN B11716, JAR 2009/200 en L/JN B11713, RAR 2009, 114. Op de site van het Gerechtshof Leeuwarden is vermeld dat ook dit hof de XYZ-formule volgt.
23. Conclusie A-G Spier in zaak CPG 09/00978, 4 september 2009, L/JN B16596.

24. HR 26 juni 2009, JAR 2009/183.
25. HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285.
26. Bundesarbeitsgericht: Urteil vom 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08.
27. HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (Klarenberg/Ferrotron).
28. HR 11 februari 2005, JAR 2005/67 (Memedovic/Asito).
29. Hof Den Haag 16 juni 2009, JAR 2009/ 219.

zaak.³⁰ Als het Hof van Justitie meewerkt weten we straks hoe het nou zit met personeel dat werkt in een andere onderneming dan waar het in dienst is en dat in verschillende varianten (wel of geen personeels-BV).

4. Oudere werknemers

Doorbetaling bij ziekte bij oudere werknemers

De Ziektewet is gewijzigd ten einde te regelen dat de werkgever tijdens ziekte geen loon behoeft door te betalen aan werknemers die ouder zijn (geboren voor 1 juli 1954) en voorafgaand aan hun dienstbetrekking tenminste 52 weken recht hadden op een WW-uitkering (art. 29d ZW). Voor de berekening van de 52 weken worden perioden die zijn onderbroken van minder dan vier weken meegeteld. De regeling geldt gedurende de eerste vijf jaren na aanvang van de dienstbetrekking. Op deze wijze wordt beoogd werkgevers over de streep te halen om ook oudere, voormalig langdurig werkloze werknemers aan te trekken en niet te bevreesd te zijn voor het ziekterisico. De werknemer ontvangt een uitkering van 70% van het dagloon op grond van de Ziektewet gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. De regeling is op 8 juli 2009 in werking getreden en vervalt tien jaar na deze datum.³¹

De wet vormt de uitwerking van een aanbeveling van de Commissie Arbeidsparticipatie (Commissie-Bakker) met als doel om een no-riskpolis in te voeren voor het in dienst nemen van werklozen van 55 jaar en ouder. Deze regeling geldt naast de reeds bestaande no risk-polis voor arbeidsgehandicapte werknemers (art. 29b ZW). Men dient te bedenken dat het betreft de thans 55 jaar en ouder zijnde werknemers. Door de koppeling aan het jaar 1954 zal vanaf dit jaar de regeling volgend jaar gelden voor de 56-jarigen en ouderen enzovoorts. Op deze wijze wordt de regeling in 10 jaar afgebouwd.

Pensioenleeftijd 65 jaar

In het kader van de crisisbestrijding maakte de regering dit voorjaar bekend de ingangsdatum van de AOW-uitkering op den duur te willen verhogen van 65 naar 67 jaar. Hierbij zal een langdurig overgangsregime van toepassing zijn. Tot 1 oktober heeft de SER de gelegenheid gekregen om eventuele alternatieven voor deze maatregel naar voren te brengen.³²

Op kleinere schaal wordt echter ook al gerammeld aan de arbeidsrechtelijke pensioenleeftijd. De AOW-leeftijd mag volgens de wettelijke regeling van leeftijdsdiscriminatie als pensioenleeftijd worden gehandhaafd, hetgeen is bevestigd door nationale³³ en Europese³⁴ rechters. Maar een regeling die tot pensioen verplicht op een lagere leeftijd moet objectief worden gerechtvaardigd, hetgeen er ook toe kan leiden dat deze niet kan worden gehandhaafd.

Veel CAO's en arbeidsovereenkomsten bevatten de regel dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege op 65-jarige leeftijd eindigt. Dat is dus nog steeds geoorloofd, ondanks pleidooien van de regering om langer door te werken. Degenen die desondanks langer willen blijven doorwerken, kunnen dat in die gevallen nog steeds alleen met instemming van de werkgever.³⁵ Maar in een aantal gevallen is de pensioenleeftijd niet schriftelijk vastgelegd. Werkgevers gingen er in die gevallen dikwijls van uit dat

de arbeidsrechtelijke pensioenleeftijd automatisch volgde uit het feit dat de pensioenregeling van de onderneming bij een bepaalde leeftijd inging. In de literatuur wordt door sommige auteurs verdedigd dat er een 'pensioenregel' bestaat, die meebrengt dat het gebruik meebrengt dat ook in die gevallen de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op de pensioengerechtigde leeftijd.³⁶ De laatste tijd is er ook een andere stroming in de literatuur die de aanwezigheid van een dergelijk gebruik bestrijdt.³⁷

Is dit een voorbode van een omslag in de jurisprudentie waarbij de vanzelfsprekendheid van de pensioenleeftijd van 65 jaar aan het verdwijnen is?

Recentelijk heeft een kantonrechter zich bij de laatste stroming aangesloten.³⁸

In casu werd de werknemer 65 jaar. In de arbeidsovereenkomst tussen partijen was niets bepaald over het einde ervan. Er was geen cao van toepassing. Tussen partijen is gesproken over voortzetting van de werkzaamheden van de werknemer nadat hij de 65-jarige leeftijd zou hebben bereikt. Partijen zijn het echter niet eens geworden over de voorwaarden waaronder die voortzetting zou plaatsvinden. De werkgever heeft daarop besloten om de werknemer niet meer tot zijn werkzaamheden toe te laten en de loonbetaling te staken. Er was een ontslagvergunning aangevraagd bij het CWI, maar die is geweigerd omdat een vergunning volgens het CWI alleen kan worden afgegeven als de werknemer nog geen 65 jaar is geworden. De werknemer vorderde nu doorbetaling van loon. Hij stelde dat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig was geëindigd.

De kantonrechter oordeelde dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege eindigt op grond van het enkele feit dat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. Daarvoor zijn bijkomende feiten en omstandigheden nodig, waaruit volgt dat de partijbedoeling is gericht op het eindigen van de arbeidsovereenkomst op dat moment. Dergelijke feiten en omstandigheden waren in de onderhavige kwestie gesteld, noch gebleken. Er waren juist feiten die op het tegendeel duiden, zoals dat partijen hadden gesproken over voortzetting van het dienstverband. Bovendien had de werkgever met verschillende werknemers de arbeidsrelatie voortgezet nadat zij de leeftijd van 65 jaar hadden bereikt. Dat er sprake was van een pensioenregeling die recht geeft op een pensioenuitkering vanaf het 65e jaar, leidde niet tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde. Er is geen wettelijke regel waar dat uit volgt. Als er in het verleden al zou kunnen worden aangenomen dat

er sprake was van 'gewoonterecht' dat ertoe leidde dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde bij het bereiken van de pensioenleeftijd van 65 jaar, dan is een dergelijk 'gewoonterecht' naar het oordeel van de kantonrechter niet meer van deze tijd. Eén en ander betekent dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet is geëindigd en dat de werknemer recht heeft op doorbetaling van loon.

Is dit een voorbode van een omslag in de jurisprudentie waarbij de vanzelfsprekendheid van de pensioenleeftijd van 65 jaar aan het verdwijnen is? In antwoord op Kamervragen naar aanleiding van dit vonnis liet Minister Donner weten te overwegen 'in de wet te verduidelijken

dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van rechtswege kan eindigen indien een schriftelijk beding over het einde van de arbeidsovereenkomst bij de pensioengerechtigde leeftijd, in de individuele of collectieve arbeidsovereenkomst is opgenomen en dit beding niet in strijd is met de Wgbl.³⁹ Hij kan dan te rade gaan bij het proefschrift van M. Heemskerk waarop hij promoveerde op 27 maart 2009 aan de VU: 'De arbeidsdeelname van oudere werknemers.' Voorts promoveerde B.B.B. Lanting op 'Sociale zekerheid van ambtenaren en overheidswerknemers' en H.J.W. Alt op 'Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht'. •

Noten

30. Hof Amsterdam 30 juni 2009, *JAR* 2009/195.

31. Tijdelijke wet compensatieregeling loonkosten bij ziekte van oudere en voormalig langdurig werklozen, *Stb.* 2009, 287, 288.

32. Zie F.B.J. Grapperhaus & N. Bouwmeester, 'De gevarendriehoek van de wettelijke pensioenleeftijd', *TRA* 2009, 63.

33. HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/35 (Codfried/ISS); HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117, *JAR* 2004/258 (Van Pelt e.a./Martinair).

34. HvJ EG 16 oktober 2007, *NJ* 2008,

38, *JAR* 2007/288 (Palacios De La Villa/Cortefiel Servicios).

35. SER, *Wegnemen van belemmeringen voor doorwerken na 65 jaar*, Advies nr. 06/03, Den Haag: SER 2006.

36. Zo ook het recente proefschrift van M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 208 e.v. die stelt dat de zogenaamde pensioenregel door de rechtspraak is aanvaard.

37. P.C. Vas Nunes, 'Ouderen mogen gewoon doorwerken', *NJB* 2008, 915, afl. 19, p. 1165.

38. Ktr. Delft 23 april 2009, *JAR* 2009/116, *RAR* 2009, 94. Eerder in deze zin Ktr. Utrecht 22 februari 2005, *PJ* 2005, 71.

39. *Handelingen II* 2008/09, aanhangsel bij de *Handelingen* 3701.