



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*, 9, 497-506. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14844>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14844>

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

KRONIEK VAN HET SOCIAAL RECHT

389 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.

Het jaar 2006 begon voor het sociaal recht druk met nieuwe wetgeving. In de rechtspraak viel in de afgelopen periode het aantal uitspraken over binding aan collectieve regelingen op. Leeftijd stond zowel in regelgeving als rechtspraak hoog op de agenda. Ten slotte sprake de Hoge Raad zich uit over het begrip 'bewuste roekeloosheid'.

ZORGVERZEKERING EN ADMINISTRatieve LASTENVERLICHTING

Drie ingrijpende wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel kregen rond 1 januari 2006 hun beslag. In de eerste plaats de vernieuwing van het ziektekostenstelsel: de Zorgverzekeringswet.¹ Het onderscheid tussen ziekenfonds en particuliere verzekering en daarmee de beruchte 'ziekenfondsgrens' zijn opgeheven. Zoals iedere Nederlander inmiddels uit de aanbiedingen van zorgverzekeraars heeft kunnen opmaken, is iedereen verplicht zelf te kiezen bij welke zorgverzekeraar hij zich verzekert. Hiervoor komen zowel de oude ziekenfondsen als particuliere verzekeringsmaatschappijen in aanmerking, die nu worden geacht op een vrije markt met elkaar te concurreren. Tegelijkertijd zijn de voorwaarden voor de zorgverzekering strak gereguleerd, zodat die concurrentie slechts op beperkte schaal mogelijk zal zijn.² De verzekerde mag zelf zijn arts en ziekenhuis kiezen, maar

die moeten wel een overeenkomst hebben met de zorgverzekeraar.

De kosten van de zorgverzekering worden gedragen door verschillende partijen. De verzekerde zelf is in de eerste plaats een nominale premie verschuldigd, die wordt bepaald door de verzekeringsmaatschappij. Hierdoor is concurrentie mogelijk tussen de maatschappijen. Voor personen met een laag inkomen bestaat de mogelijkheid om een zorgtoeslag te verkrijgen, die deze nominale premie slechts ten dele dekt. Hierdoor blijft ook voor deze grote groep personen (ca. vijf miljoen Nederlanders) een prikkel bestaan om de goedkoopste verzekeraar te zoeken.³

Daarnaast is de verzekerde een inkomensafhankelijke bijdrage verschuldigd van 6,5% van het inkomen tot € 30 020. Werkgevers zijn echter verplicht deze bijdrage aan de werknemers te vergoeden. Deze vergoeding vormt onderdeel van het brutoloon waarover belasting wordt geheven. Per saldo kan de werknemer er netto toch op achteruit gaan ten opzichte van vroeger.

Bij de introductie van dit stelsel deed zich het probleem voor dat sommige werkgevers reeds voorzagen in een tegemoetkoming in de ziektekosten van hun werknemers. In de Invoerings- en aanpassingswet ZVW is voorzien in een salderingsregel, waardoor werkgevers het op grond van de ZVW te betalen bedrag mogen aftrekken van de tegemoetkoming die zij voorheen al aan hun werknemers verstrekten.⁴

De ZVW bracht dus ook de nodige wijzigingen mee voor de salarisadministratie van werkgevers. Dit kwam bovenop de invoering van de Wet Walvis (administratieve lastenverlichting sociale verzekering).⁵

1. Wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 359 (Zorgverzekeringswet).
2. De te bieden zorg is uitgewerkt in het Besluit zorgverzekering, een AMvB van 28 juni 2005, Stb. 2005, 389.
3. Wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 369 (Wet op de Zorgtoeslag).
4. Wet van 6 oktober 2005, Stb. 2005, 525 (Invoerings- en aanpassingswet zorgverzekeringswet). Zie voor de precieze regeling G.C. Boot, 'De nieuwe zorgverzekeringswet: de bijdrage door de werkgever', *ArbeidsRecht* 2005/12, 64.
5. Wet van 24 juni 2004, Stb. 2004, 311 (Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in socialeverzekeringswetten). Zie voor de inwerkingtreding Besluit van 18 oktober 2004, Stb. 2004, 548.

De wetgever wil werknemers met een langer arbeidsverleden die arbeidsongeschikt worden, langduriger een uitkering bieden die direct gerelateerd is aan de hoogte van hun vroegere loon.

Deze wet strekt ertoe dat de premieheffing ook voor de werknemersverzekeringen voortaan wordt overgenomen door de belastingdienst in plaats van het UWV.⁶ Als gevolg hiervan werden per 1 januari 2006 ook de bepalingen inzake de dagloonsystematiek op elkaar afgestemd. Voortaan zal ook de belastingrechter in plaats van de socialezekerheidsrechter bevoegd worden in geschillen terzake. Hoewel de belastingrecht-spraak in eerste instantie ook bij de rechtbanken komt, zal men hoger beroep over premiegeschillen dus bij de gerechtshoven moeten instellen en niet langer bij de Centrale Raad van Beroep. Voor werkgevers zijn de regels met betrekking tot tijdige melding van mutaties en regelmatige verstrekking van informatie aangescherpt, zodat in de praktijk wel eens de verzuiming klinkt, dat de belastingdienst het niet alleen niet leuker kan maken, maar dit keer ook niet gemakkelijker.

VAN WAO NAAR WIA

Een ingrijpende wijziging betreft daarnaast de vervanging van de WAO door de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.⁷

Na een jarenlange discussie, adviezen van de Commissie-Donner en de SER, arbeidsonrust en een Museumpleinakkoord, is het er dan toch van gekomen het stelsel van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen drastisch te herzien.

Het meest kenmerkende van de nieuwe wet is het onderscheid tussen de regeling voor volledig en duurzaam arbeidsongeschikten enerzijds en gedeeltelijk arbeidsongeschikten anderzijds. Bij de laatste groep komt de nadruk sterk te liggen op het benutten van de nog bestaande mogelijkheden om ander werk te vinden.

Volledig en duurzaam arbeidsongeschikten

Volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is hij die door arbeidsongeschiktheid duurzaam slechts in staat is om met arbeid ten hoogste 20% te verdienen van het maatmaninkomen per uur. Onder duurzaam wordt verstaan een medisch en arbeidskundig stabiele of verslechterende situatie en een medische en arbeidskundige situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat. Gedurende de eerste vijf jaar wordt jaarlijks opnieuw beoordeeld of de verzekerde nog steeds volledig arbeidsongeschikt is.

Na het doorlopen van de wachttijd van twee jaar gedurende welke de werkgever het loon doorbetaalt en indien geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, heeft de volledig en duurzaam arbeidsongeschikte verzekerde recht op een IVA-uitkering (Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten). Deze uitkering bedraagt 70% van het maandloon. Afhankelijk van een aantal omstandigheden (instroomcijfers voor deze IVA en CAO-afspraken over doorbetaling loon bij ziekte) zal de uitkering in 2008 mogelijk worden verhoogd naar 75%. De uitkering eindigt indien de persoon niet meer volledig arbeidsongeschikt is of indien een uitsluitingsgrond van toepassing wordt, bijvoorbeeld omdat hij 65 jaar wordt.

Gedeeltelijk arbeidsongeschikten

De wet beschouwt slechts als gedeeltelijk arbeidsongeschikten zij die niet meer dan 65% kunnen verdienen van het maatmaninkomen, en die niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt zijn (art. 5 WIA). Degenen die meer kunnen verdienen worden geacht bij hun werkgever te blijven en daar te worden gereïntegreerd in passende arbeid. Degenen die volledig arbeidsongeschikt zijn maar niet duurzaam, vallen eveneens onder de definitie van gedeeltelijk arbeidsongeschikten.

De gedeeltelijke arbeidsongeschikten volgens deze definitie kunnen in aanmerking komen voor de uitkering in verband met werkhervatting gedeeltelijk arbeidsongeschikten (WGA).

Er zijn drie WGA-uitkeringen:

- a. de loongerelateerde uitkering;
- b. de loonaanvullingsuitkering; en
- c. de vervolgutkering.

Loongerelateerde uitkering

De wetgever wil met name de werknemers met een langer arbeidsverleden die arbeidsongeschikt worden, langduriger een uitkering bieden die direct gerelateerd is aan de hoogte van hun vroegere loon. Voor jongere arbeidsongeschikte werknemers geldt dat de hoogte van hun uitkering sneller wordt verlaagd. Dat vindt de wetgever rechtvaardig omdat werknemers die langer hebben gewerkt vaak ouder zijn en moeilijker weer zijn in te passen in het arbeidsproces. Met het verschil wil de wetgever echter ook bereiken dat de jongere werknemer sterker wordt geprikkeld om te proberen weer werk te vinden en niet voor de rest van het arbeidsleven alleen van de WGA te leven.

6. Zie ook de Wet van 16 december 2004, Stb. 2005, 36 (Wet financiering sociale verzekeringen) Door de invoeringswet (nr 37) is onder meer de Wet financiering volksverzekeringen en de Coördinatiewet sociale verzekering ingetrokken.

7. Wet van 10 november 2005, Stb. 2005, 572 (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen). Zie hierover Th.W.J. Wildeboer, WIA en IWIA, Tekst en toelichting, Den Haag: Sdu 2005; B. Barentsen, Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, Reeks Actualiteiten sociaal recht, Deventer: Kluwer 2006.

Doorgaans ontvangt een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer eerst de loongerelateerde uitkering en daarna de loonaanvullings- of de vervolgitkering. Wie een arbeidsverleden heeft van minder dan vijf jaren komt echter uitsluitend in aanmerking voor een loonaanvullings- of vervolgitkering. Hetzelfde geldt voor wie niet voldoet aan de referte-eis van 26-uit-39 weken.

De duur van de loongerelateerde uitkering neemt toe naarmate de verzekerde een groter arbeidsverleden heeft op het moment dat deze voor een WGA-uitkering in aanmerking komt. Wie vijf jaar arbeidsverleden heeft, krijgt negen maanden de loongerelateerde uitkering; wie veertig jaar arbeidsverleden heeft, krijgt deze vijf jaar. Dit betekent dat de laatste groep niet altijd meer toekomt aan de loonaanvullings- of vervolgitkering. De hoogte van de loongerelateerde uitkering bedraagt per maand 70% van het maandloon minus het verworven inkomen. Op grond van het overgangsrecht bepaalt tot 2008 de leeftijd en niet het arbeidsverleden de uitkeringsduur. Dit zal in de praktijk overigens dikwijls weinig verschil maken.

De loongerelateerde WGA-uitkering lijkt in haar vormgeving sterk op de loongerelateerde WW-uitkering. De regering is dan ook voornemens om bij de voorziene inkorting van de duur van de werkloosheidsuitkering later dit jaar de loongerelateerde WGA-uitkering eveneens in duur te verminderen.

Loonaanvullings- en vervolgitkering

Na afloop van de loongerelateerde uitkering – en ook in het geval dat het arbeidsverleden onvoldoende is om daarvoor in aanmerking te komen – komt de WGA-gerechtigde in aanmerking voor de loonaanvullings- of de vervolgitkering. Voor de vraag welke van deze twee uitkering het wordt, is het inkomen dat de verzekerde nog ontvangt bepalend. Verdient de verzekerde nog 50% van zijn restcapaciteit, dan krijgt hij de relatief gunstige loonaanvullingsuitkering. De loonaanvullingsuitkering bedraagt 70% van het verschil tussen het maandloon dat hij ontvangt en de overblijvende verdien capaciteit.

Verdient hij echter minder dan 50% van zijn resterende verdien capaciteit, dan ontvangt de verzekerde de minder gunstige vervolgitkering. De vervolgitkering bedraagt het uitkeringspercentage maal het maandloon (of minimaal het minimumloon).

Komt de WGA-uitkeringsgerechtigde met zijn inkomen onder het sociaal minimum, dan kan hij een aanvulling krijgen op grond van de Toeslagenwet en dus niet meer – zoals vroeger – daarnaast een WW- of IOAW-uitkering.

Zowel de loonaanvullings- als de vervolgitkering WGA kan voortduren tot het 65ste jaar. Doch zij worden herzien indien de mate van arbeidsongeschiktheid zich wijzigt. De bedoeling is dat de verzekerde opnieuw wordt ingeschakeld in de arbeid en dat dus de uitkering zo veel mogelijk wordt beperkt.

Deze opzet brengt mee dat de volledig en duurzaam

arbeidsongeschikte goed wordt beschermd, zelfs beter dan onder de voorheen geldende WAO. De gedeeltelijk arbeidsongeschikte is nog niet zo slecht af als hij tenminste 50% van zijn verdien capaciteit als inkomen uit arbeid weet te verwerven. Lukt dat niet, dan resteert een zeer magere uitkering, die zelfs vaak onder het sociaal minimum uitkomt, waardoor een toeslag nodig zal zijn. Mogelijk nog erger wordt de situatie voor iemand die minder dan 35% arbeidsongeschikt is. Volgens de wetsgeschiedenis blijft deze werknemer gewoon bij zijn werkgever, die hem dan moet reïntegreren in passende arbeid. Hij krijgt echter geen enkele garantie dat dat ook zal lukken. Naar verwachting zullen CWI en kantonrechter een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een dergelijke werknemer wel kritisch toetsen.

Overgangsregeling

De WIA geldt al direct voor personen die in 2004 zijn ziek geworden en dus nu de wachttijd hebben doorlopen. De personen die al een WAO-uitkering oude stijl hebben ontvangen, blijven onder de oude wet vallen. Maar zoals bekend, vinden wel herkeuringen plaats voor personen onder de vijftig jaar volgens het aangescherpte Schattingsbesluit. Het valt te verwachten dat hierover nog wel de nodige beroepsprocedures gevoerd zullen worden, te meer nu het beloofde reïntegratietraject voor deze groep moeizaam van de grond lijkt te komen.

Reïntegratiemaatregelen

De WIA kent ook voorzieningen voor reïntegratie van gedeeltelijk arbeidsongeschikten. De vroegere Wet Rea is dan ook in deze wet geïntegreerd. Is de werknemer tegenover zijn werkgever in de eerste twee ziektejaren al verplicht om aan reïntegratie mee te werken (art. 7:660a BW), daarna geldt dit tegenover het UWV. Daarbij heeft hij recht op ondersteuning van het UWV. Het UWV dient daarbij in samenspraak met de verzekerde een reïntegratievisie en eventueel een reïntegratieplan vast te stellen. Ondernemingen kunnen zelf het risico dragen van de WGA, maar dan hebben zij deze verantwoordelijkheid voor reïntegratie ook zelf.

Iedere persoon met een structurele functionele beperking (dus ook een werknemer die nog geen uitkering heeft) kan van het UWV voorzieningen krijgen die strekken tot behoud, herstel of bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid, het volgen van scholing of opleiding of het verrichten van arbeid op die proefplaats. Dit betreft vervoersvoorzieningen, intermediaire activiteiten voor personen met een visuele, auditieve of motorische handicap en meeneembare voorzieningen voor de inrichting van de arbeidsplaats. Daarnaast kan de WGA-uitkeringsgerechtigde toestemming krijgen om drie maanden onbeloofde werkzaamheden bij een werkgever op proef te verrichten. De werkgever die een werknemer met structurele functionele beperkingen gedurende ten minste zes maanden in dienst houdt of neemt kan subsidie krijgen

voor meerkosten voor bijvoorbeeld duurzame voorzieningen voor aanpassing van de arbeidsplaats. Daarnaast is de werkgever die een WGA-gerechtigde in dienst neemt, indien de werknemer in de eerste vijf jaren daarna ziek wordt gevrijwaard van het risico om loon door te betalen aan de zieke werknemer en WGA-uitkering in geval de werkgever hiervoor het eigen risico draagt.

Bindingsproblemen

In de besproken periode deed zich een aantal zaken voor rond de binding van werknemers aan collectieve regelingen. Een kleine aanloop: het kader voor het maken van collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden wordt gevormd door de Wet CAO. Die wet gaat uit van een contractueel systeem: alleen degenen die lid zijn van een partij bij de CAO zijn daaraan gebonden. Niemand kan dus, zo is het uitgangspunt, tegen zijn

vlakken een aantal zaken voor. Zo was er een aantal zaken waarin het incorporatiebeding een centrale rol speelde. Met zo'n beding wordt vaak dezelfde werking beoogd als directe binding aan een CAO heeft. Dat dit niet altijd zo uitpakt bleek uit een arrest van Hof Leeuwarden met betrekking tot een proeftijdbeding in de arbeidsovereenkomst met een directeur.⁸ De arbeidsovereenkomst stipuleerde dat de Metaal-CAO van toepassing was en daarin staat een proeftijdbeding. Binnen de daarin gestelde termijn van twee maanden maakte de werkgever gebruik van dit beding. Het hof oordeelde echter dat het beding onder de gegeven omstandigheden niet rechtsgeldig overeen was gekomen. Tot die omstandigheden behoorde dat de CAO niet ter hand was gesteld en dat de directeur niet was geweest op het feit dat deze een proeftijdbeding bevatte. Een werknemer die tevens lid is van een aangesloten vakbond zou echter, zo maakt het hof duidelijk, wél aan het beding gebonden zou zijn, zonder dat deze omstandigheden een rol spelen.

De manier om artikel 14-werknemers te binden aan de CAO van de werkgever is door een incorporatiebeding af te spreken. Begrijpelijkerwijs wordt daarin aangesloten bij de CAO waarbij de werkgever op dat moment partij is. Indien de werkgever op een gegeven moment een andere CAO gaat toepassen, rijst de vraag hoe het incorporatiebeding moet worden gelezen. Dit kwam aan de orde in de Dumeco-zaak, waarin de Voorzieningenrechter te Apeldoorn moest oordelen over een vordering van FNV en een aantal werknemers tot naleving van de Vlees-CAO.⁹ Dumeco was lid geweest van de werkgeversorganisatie die de Vlees-CAO had afgesloten en zij had in de individuele arbeidsovereenkomsten met het personeel deze CAO van toepassing verklaard. Omdat andere Dumeco-onderdelen de Slagers-CAO volgden, zegde Dumeco het lidmaatschap van de vleeswerkgeversvereniging op en paste vervolgens eenzijdig de slagers-CAO toe. Dit was (uiteeraard) niet toegestaan. 'Het ligt op de weg van Dumeco met de individuele werknemers terzake concreet te overleggen en eventueel nieuwe arbeidsvoorwaarden overeen te komen, aldus de Voorzieningenrechter.' Voor werknemers die lid zijn van een vakbond bij de slagers-CAO ligt dit vermoedelijk anders, zo voegen wij nog toe: voor hen zal op grond van artikel 12 en 13 Wet CAO gelden dat het incorporatiebeding nietig is voor zover het in strijd komt met de Slagers-CAO.

Op de valreep wees de Kantonrechter Hilversum nog een principieel vonnis op dit terrein.¹⁰ Een Horeca-werkgever was aangesloten bij de werkgeversvereniging, die de Horeca-CAO pleegt af te sluiten. Dit maal was het niet gelukt om deze CAO met de FNV en CNV te sluiten, maar was De Unie (met naar verluidt slechts een paar honderd leden in de gehele bedrijfstak) wel bereid te tekenen. Onderdeel van deze nieuwe CAO vormt een beding dat de loondoorbetalingsverplichting ex artikel 7:628 lid 1 BW (Geen arbeid, wel loon) geheel uitsluit. Op een werknemer die FNV-lid is wordt deze bepaling toegepast na een brand van het betref-

De manier om artikel 14-werknemers te binden aan de CAO van de werkgever is door een incorporatiebeding af te spreken.

wil aan bepaalde arbeidsvoorwaarden worden gebonden. Niet-leden, de zogenaamde artikel 14-werknemers, zijn dan ook in beginsel niet gebonden aan de CAO. Zij kunnen evenmin rechten ontleen aan de CAO. De werkgever is, ter bescherming van de CAO en van de belangen van de vakbondsleden, overigens wel gehouden op artikel 14-werknemers de CAO toe te passen. Dit contractuele stelsel wordt in de praktijk meestal niet als zodanig ervaren omdat de CAO vaak algemeen verbindend is verklaard of omdat de werknemer bij indiensttreding een incorporatiebeding heeft getekend, op grond waarvan hij de door de werkgever af te sluiten CAO's bij voorbaat aanvaardt.

Aan dit stelsel kleven bezwaren, die zich van tijd tot tijd doen gevoelen. Het kan zijn dat de artikel 14-werknemers rechten willen ontleen aan de CAO, terwijl dat in beginsel niet volgt uit bovenomschreven stelsel. Ook komt het voor dat artikel 14-werknemers zich juist aan binding aan de CAO willen onttrekken. Het is in dat kader de vraag of een incorporatiebeding hetzelfde (vaak beoogde) effect heeft als een vakbondslidmaatschap. Er zijn ook collectieve regelingen, die geen CAO zijn, en waaraan binding toch door een van beide partijen gewenst wordt. Er deed zich op deze

8. Hof Leeuwarden 9 november 2005, JAR 2005/285.

9. Ktr. Apeldoorn 19 mei 2005, RAR 2005, 85.

10. Ktr. Hilversum 1 februari 2006, KK 05-172 (n.n.g.).

fende horecabedrijf. Hij vordert niettemin doorbetaling van loon, stellende dat de met de Unie gesloten CAO niet voor hem bindend is. In de arbeidsovereenkomst is echter wel opgenomen dat de horeca CAO van toepassing is. De kantonrechter overweegt daaromtrent: 'Ataya (werknemer) zou krachtens het incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst, desalniettemin aan het gestelde in artikel 12 van de arbeidsovereenkomst van de CAO gebonden kunnen zijn, ware het niet dat daarvan slechts sprake kan zijn indien de betreffende CAO tot stand was gekomen met medewerking van de (grote) vakorganisaties, die in belangrijke mate de aangesloten medewerkers in de horecabranche vertegenwoordigen. Gebleken is dat in casu daarvan geen sprake is geweest.' De vordering wordt toegewezen. Hoewel wij voor de uitkomst begrip kunnen opbrengen, is een vraagteken bij deze redenering op zijn plaats. Als het steeds zo zou zijn dat een CAO waarbij de grote vakbonden geen partij zijn, niet doorwerkt via een incorporatiebeding, dan vormt een CAO met deze vakbonden voor werkgevers een enorm voordeel. Hierdoor zou het recht op collectief onderhandelen in gevaar kunnen komen, want kleine vakbonden wordt het daardoor zeer moeilijk gemaakt om een eigen zelfstandige rol te spelen in het CAO-overleg. Een redenering via de weg van de uitleg van het incorporatiebeding had ons ook een optie geleken: wat hebben individuele partijen bedoeld met de woorden 'de Horeca-CAO'? Voor werkgevers is het verstandig in dit verband het incorporatiebeding zo te formuleren dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is 'de CAO waaraan de werkgever gebonden is'.

In dit kader valt ook nog te wijzen op het kort geding dat FNV en CNV aanspanden tegen de HEMA, die met de Vereniging van Hoger personeel een CAO aanging. Deze werd op het gehele (voornamelijk lagere) personeel toegepast. Dat lagere personeel werd juist vertegenwoordigd door FNV en CNV en die waren niet met de HEMA tot een akkoord gekomen. De voorzieningenrechter Amsterdam oordeelde de CAO als 'niet rechtsgeldig afgesloten'. Hij overwoog daartoe dat 'In het algemeen moet gelden dat een cao tussen een werkgever en werknemers niet rechtsgeldig tot stand kan komen doordat een bepaalde groep werknemers zich in een vakvereniging verenigt met uitsluiting van een andere groep en die eerste groep vervolgens een cao afsluit die geldt voor laatstgenoemde groep. Van enig vertegenwoordigingsbeginsel blijft dan niets over en dit is in strijd met de elementaire beginselen van het verbintenissenrecht.'¹¹ Een overweging die klinkt als een klok. Daar was ook wel ruimte voor omdat de Vereniging van Hoger Personeel blijkens haar statuten alleen (eventueel: potentieel) hoger personeel toeliet. Een bekend voorbeeld van bindingsproblematiek is het sociaal plan, waarover in de vorige kroniek reeds uitvoerig werd geschreven. Hier geldt die problematiek sterker dan bij CAO's (voorzover een sociaal plan geen CAO is), omdat een incorporatiebeding doorgaans niet verwijst naar een sociaal plan en lang niet ieder soci-

aal plan als CAO wordt aangemeld.¹² Een voorbeeld van deze problematiek is te vinden in het vonnis van de Kantonrechter Heerlen, die uiteindelijk niet, zoals de Hoge Raad in dit soort situaties lijkt voor te schrijven¹³, uitgaat van lidmaatschap of van de situatie dat het plan tenminste met een representatieve vakbond is gesloten. In plaats daarvan kiest de kantonrechter voor de 'draagvlakbenadering', die inhoudt dat hij toetst hoeveel werknemers feitelijk akkoord zijn gegaan met het plan. In dit geval zijn dat 41 van de 43 betrokkenen, zodat op de twee eisers die tegen zijn, het plan toch van toepassing wordt verklaard. Dit is een creatieve oplossing, die in het kader van de redelijkheidstoetsing van artikel 7:681 BW en het arrest Bulut/Troost wellicht is toegestaan, maar dogmatisch niet goed onderbouwd kan worden.¹⁴ Dat is niet zozeer kritiek op deze uitspraak, als wel een kanttekening bij het systeem dat een dergelijk bindingsprobleem kent. Een weer andere variant op het thema van binding aan collectieve regelingen biedt het arrest van Hof Arnhem in een zaak tussen Campina en FNV Bondgenoten over de afschaffing van een toeslageregeling. Partijen hadden in 1989 deze regeling afgesproken, maar zij was nooit aangemeld als CAO. Hierdoor kon er ook geen sprake zijn van doorwerking en nawerking krachtens het CAO-recht. Het hof oordeelde evenwel dat binding van de werknemers tot stand was gekomen doordat de bond de regeling namens haar leden afsloot (daarmee vermoedelijk doelend op art. 2:46 BW) en omdat de regeling een derdenbeding bevatte dat de werknemers impliciet hadden aanvaard doordat ze in het verleden een beroep op de regeling hadden gedaan. De constructie van het derdenbeding kan in voorkomende gevallen mogelijk ook worden toegepast op ongebonden werknemers die een verslechtering van arbeidsvoorwaarden niet wensen te accepteren. Ook ten aanzien van hen kan mogelijk gesteld worden dat zij, door de voordelen van CAO te accepteren, aan de gehele CAO gebonden zijn geraakt.

Hof Amsterdam gebruikte in een arrest over de vraag of ongeorganiseerde werknemers aanspraak konden maken op een VUT-regeling uit hoofde van een CAO de redenering dat 'Het bovendien gebruikelijk [is] te achten dat werknemers rechten op een uitkering als de onderhavige zelfstandig geldend kunnen maken.'¹⁵ Het uitgangspunt dat artikel 14-werknemers in beginsel geen zelfstandig vorderingsrecht hebben, wordt hier wel zeer terloops opzij gezet.¹⁶

Een categorie van gevallen die recent veel aandacht

11. Vzng. Rb. Amsterdam 29 december 2005, JAR 2006/27.

12. Aanmelding conform art 4 lid 3 Wet op de Loonvorming bij het ministerie van Sociale Zaken en werkgelegenheid is een constitutief vereiste voor een CAO; zie NJ 2001, 408.

13. HR 14 juni 2002, JAR 2002/165; NJ 2003, 324 m. nt. GHvV.

14. HR 14 juni 2002, JAR 2002/165; NJ 2003, 324 m. nt. GHvV.

15. Hof Amsterdam 24 november 2005, JAR 2006/12.

16. HR 7 juni 1957, NJ 1957, 527.

Gepensioneerden zijn geen werknemers en zij vallen op die grond doorgaans buiten het toepassingsbereik van de CAO.

heeft gekregen, betreft gepensioneerden. Gepensioneerden zijn geen werknemers en zij vallen op die grond doorgaans buiten het toepassingsbereik van de CAO. Toch kunnen zij ooit op basis van een CAO aanspraken toegekend hebben gekregen of kunnen regelingen van toepassing zijn die geen CAO zijn.¹⁷ Een bekend voorbeeld is een andere zaak waarbij Campina betrokken was, dit keer tegen gepensioneerden die het verminderen van de indexatie van pensioen aanvochten. Aanvankelijk had Campina deze wijziging in een CAO vastgelegd. Hierover oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem dat de Wet CAO geen ruimte liet voor binding van gepensioneerden aan een na hun pensionering tot stand gebrachte CAO.¹⁸ Tot een soortgelijk oordeel kwam eerder de Rechtbank Middelburg over de afschaffing van de bijdrage ziektekostenpremie voor Vutters.¹⁹ Ook een andere zuivelfabrikant kreeg het met zijn gepensioneerden aan de stok, maar dit keer viel het oordeel in het nadeel van de pensionado's uit. De betrokken CAO was volgens Kantonrechter Meppel niet van toepassing op werknemers die al voor de totstandkoming van de CAO gepensioneerd waren. 'Een dergelijke gebondenheid vloeit ook niet voort uit de Wet op de CAO. De ex-werknemers zijn immers ook niet meer betrokken bij de CAO', aldus de kantonrechter.²⁰

In hoger beroep kregen de gepensioneerden bij Campina overigens alsnog ongelijk, maar dat kwam omdat het pensioenfonds in de tussentijd het reglement had aangepast. Die wijziging was in een referendum onder de deelnemers met een meerderheid van 981 voor en 741 tegen aangenomen. Een dergelijk referendum wordt voorgeschreven in de statuten van het fonds in-

dien het bestuur gebruik maakt van de mogelijkheid om ten detrimente van de deelnemers tot aanpassing van het reglement te komen. Op zich is dat een aardige bepaling, die nog wel eens een rol kan gaan spelen in het debat over eenzijdige wijziging. Eenzijdige wijziging is geregeld in artikel 7:613 BW. De werkgever kan volgens die bepaling slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. Men zou zich de vraag kunnen stellen of dat ook geldt voor de situatie waarin een pensioenfonds de pensioenregeling wil aanpassen op grond van een krachtens de statuten aan haar toegekende bevoegdheid. Dat zou leiden tot een aanzienlijke en ook enigszins onvoorziene uitbreiding van artikel 7:613 BW tot pensioenregelingen. Op zich is te verdedigen dat pensioen een arbeidsvoorwaarde is, zodat het onder de bepaling valt, maar er kan ook gewezen worden op het feit dat niet de werkgever, maar een derde (nl. het fonds) er een beroep op doet.²¹ In de nieuwe Pensioenwet, waarvan het ontwerp eind vorig jaar naar de Tweede kamer werd gestuurd, is een op artikel 7:613 BW geënte bepaling opgenomen.²²

Ondertussen kan geconcludeerd worden dat artikel 7:613 BW in de lagere rechtspraak (de Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten) tot wisselende uitspraken leidt. Ten eerste is er nog altijd onduidelijkheid over de vraag hoe artikel 7:613 BW zich nu precies verhoudt tot andere regels en jurisprudentie met betrekking tot wijziging van arbeidsovereenkomsten, waarbij met name gewezen kan worden op het arrest Van der Lely/Taxi Hofman en op de bepalingen omtrent de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Maar voorts blijkt uit een inventarisatie van de lagere rechtspraak dat rechters zich lang niet altijd aan de bakens houden die wel bekend zijn. Het komt voor dat een eenzijdige wijziging wordt toegestaan, zonder beding daartoe en op grond van een norm die lichter is dan artikel 7:613 BW voorschrijft. Ook de betekenis van een positief oordeel van de ondernemingsraad is onduidelijk, terwijl artikel 7:613 lid 2 BW Ontwerp, waarin een dergelijk oordeel als belangrijk werd aangemerkt, is geschrapt omdat het al geldend recht zou zijn.²³ In een aantal door FNV Bondgenoten geïnitieerde zaken bleek dat rechters het zwaarwichtig belang als bedoeld in artikel 7:613 BW streng uitleggen. Zo oordeelde de Kantonrechter Amersfoort dat een bedrijfsautoregeling niet eenzijdig gewijzigd kon worden en dat de financiële redenen die daarvoor werden aangevoerd daarbij niet zwaarwichtig genoeg waren, nu onweersproken was aangevoerd dat het bedrijf winst maakte.²⁴ De Voorzieningenrechter Utecht vond een zwaarwichtig belang bij wijziging van een reisenvergoeding onvoldoende aannemelijk gemaakt; ook de instemming door de OR legde te wei-

17. Zie over deze problematiek E. Lutjens, 'Pensoenvoorziening bij CAO', *Sociaal Recht* 2004, 7/8, nr 53.

18. Vznr. Rb. Arnhem 16 april 2004, LJN-nr 7711, te vinden op www.rechtspraak.nl.

19. Rb. Middelburg 5 november 2003, JAR 2003/291.

20. Ktr. Meppel 27 januari 2005, JAR 2005/260 (Friesland Coberco).

21. De pensioenrechtelijke literatuur gaat ervan uit dat art. 613 BW van toepassing is op pensioenregelingen; zie daartoe o.m. E. Lutjens, 'Wijziging van een pensioenregeling', TPV nr 6, p. 152 e.v.

22. Kamerstukken II, 2005/06, 30 413, nr 2, art. 18.

23. C.S. Kehrer-Bot en E.L.J. Bruyninckx, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden: eenduidige benadering door rechters gewenst', *ArbeidsRecht* 2005/4, 26.

24. Ktr. Amersfoort 27 april 2005, JAR 2005/139.

nig gewicht in de schaal.²⁵

Het zou de moeite waard zijn indien het recht ter zake van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming eens grondig onder de loep wordt genomen. Ook bij de voorstanders van het op het civiele recht gebaseerde contractuele stelsel, zal er oog zijn voor de hier behandelde diversiteit van problemen die daaruit voortvloeien. Kort gezegd: (i) artikel 14-werknemers zijn niet altijd met een incorporatiebeding te vangen en dat leidt ertoe dat er verschillende arbeidsvoorwaardenregimes ontstaan, (ii) er zijn ook groepen ten aanzien van wie de behoefte aan een model van collectieve modellering bestaat (gepensioneerden, slapers), maar waarop de Wet CAO niet altijd zonder meer van toepassing is, (iii) de vraag is of die leemte met artikel 7:613 BW moet worden gereguleerd, (iv) mede gezien de lastige hanteerbaarheid hiervan in de praktijk. Oplossing van die problemen kan gelegen zijn in een institutioneel stelsel, of in een mengvorm.

Voor het stakingsrecht is nog van belang het arrest van Hof Arnhem over het toekennen van een bonus aan niet-stakers.²⁶ Een werkgever in de bouw had aan niet-stakers een extra bonus toegekend, boven op de reguliere bonus, als beloning voor het feit dat ze niet aan een staking hadden deelgenomen. De kantonrechter oordeelde dat het in strijd met de stakingsvrijheid als neergelegd in artikel 6 lid 4 ESH is om niet-stakers extra te belonen voor het niet deelnemen aan de staking en aldus onderscheid te maken tussen stakers en niet-stakers.²⁷ Het hof laat dit oordeel in stand met de volgende motivering: 'Door de financiële druk die van deze boodschap ('U krijgt een extra bonus, als U niet staakt', JvS en GHvV) uitgaat wordt het recht van werkstaking in strijd met de artikelen 6 lid 4 en 31 van het Europees Sociaal Handvest belemmerd.'

Dit is een andere situatie dan aan de orde was in het Hoge Raad-arrest Frisian Shipyard Welgelegen.²⁸ Daarin was aan de orde of werknemers, zonder onderscheid tussen stakers en niet-stakers, een winstuitkering kon worden onthouden omdat er gestaakt was. Hier oordeelde de Hoge Raad naar aanleiding van een beroep op (thans) artikel 7:627 en 7:628 BW, dat uit die artikelen juist niet volgt dat werknemers voor onbepaalde tijd een recht op winstuitkering kan worden onthouden wegens een staking. Dit arrest behandelt dan ook *niet* de vraag of in *het vooruitzicht stellen* (dus niet: achteraf betalen) van een *extra* bonus of winstuitkering (dus niet: het onthouden van de afgesproken bonus) in strijd is met het stakingsrecht. Bij het oordeel van het hof en de kantonrechter kan men wel een kanttekening plaatsen. Artikel 6 lid 4 ESH regelt namelijk niet alleen het recht op staking, maar ook het recht op uitsluiting door de werkgever (het van het werk buitensluiten van werknemers die niet in staking zijn). Dat middel is in Nederland reeds lang in onbruik geraakt, maar niet zozeer op principiële, doch eerder op praktische gronden.²⁹ Onbekend is in hoeverre het middel van uitsluiting is toegestaan, maar deze zaak roept wel de vraag op of het uitloven van

een extra bonus niet als een beperkte vorm van uitsluiting kan worden gezien.

LEEFTIJD

Een thema dat ook de afgelopen tijd rechtspraak en regelgeving in het sociaal recht heeft beheerst, is leeftijd. Het draait in hoofdzaak om de vraag hoe de barrières tegen langer doorwerken door ouderen kunnen worden geslecht (waarbij uiteraard nog een relevante vraag kan zijn of de 'ouderen' dat zelf wel willen). Er zijn drie deelgebieden waarop dit aan de orde komt: leeftijdsdiscriminatie, fiscale behandeling van ouderenregelingen en ontslagrecht. De onderlinge samenhang tussen deze gebieden is soms nog niet uitgekristalliseerd. Op het gebied van leeftijdsdiscriminatie berichten wij reeds eerder over het grote aantal zaken dat de Commissie Gelijke Behandeling op dit gebied kreeg. Kennelijk voorziet deze wet in een behoefte. Er was evenwel ook kritiek te vernemen. De Commissie maakte zich aanvankelijk niet populair met haar oordelen over leeftijdsafhankelijke vakantiedagen.³⁰ Die konden volgens de commissie niet snel door de beugel, voor zover ze waren gebaseerd op de onbewezen algemene stelling dat oudere werknemers fysiek meer behoefte hebben aan rust- en herstelperiodes. Het lijkt erop alsof de commissie zich de kritiek heeft aangetrokken. Inmiddels heeft de commissie dergelijke dagen namelijk in een geval, waar het buitendienstmedewerkers betrof, wel toegestaan. Verder heeft de Commissie opdracht verstrekt om een nieuw instrument te ontwikkelen waarmee de belasting van functies kan worden gemeten in relatie tot de (mogelijk afnemende) belastbaarheid van functionarissen vanwege leeftijd. Dat rapport wordt binnenkort verwacht. Tot die tijd worden oordelen op dit punt aangehouden.³¹

De Commissie liet zich voorts een aantal malen uit over de geoorloofdheid van leeftijd in regelingen met betrekking tot ontslagvergoedingen. Niet geoorloofd is een sociaal plan waarbij 55-plussers verplicht gebruik moeten maken van een aanvullingsregeling en niet, indien zij dat willen, in aanmerking komen voor een ontslagvergoeding ineens.³² Zo'n regeling kan goed zijn ter bescherming van ouderen, maar het valt niet in te zien waarom ouderen er dan verplicht gebruik van moeten maken en de mogelijkheid van een vergoeding ineens onthouden wordt.

Voorts toetste de commissie een regeling die een vergoeding bij ontslag baseerde op onder meer leeftijd en

25. Vznr. Rb. Utrecht 26 juli 2005, JAR 2005/201.

26. Hof Arnhem 9 augustus 2005, JAR 2005/235; RAR 2005, 126.

27. Ktr. Arnhem 5 april 2004, JAR 2004/153.

28. HR 24 september 1999, NJ 1999, 737, JAR 1999/214.

29. A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 256-158.

30. CGB Oordeel 2004, 118, te vinden via www.cgb.nl.

31. CGB Oordeel 2005, 110.

32. CGB Oordeel 2005, 128, 129 en 130.

anciënniteit (niet geheel gelijk aan de kantonrechttersformule, maar niet principieel verschillend, zo lijkt ons).³³ De commissie overweegt dat, net als bij de in geding zijnde regeling over de schadeloosstelling, ook in het Ontslagbesluit een zekere bescherming resp. beloning wordt gegeven bij een oplopend aantal dienstjaren. De commissie wijst erop dat de regering deze systematiek van het Ontslagbesluit objectief gerechtvaardigd heeft geacht.³⁴

De Commissie is van oordeel 'dat het, zolang het anciënniteitbeginsel uit het Ontslagbesluit van toepassing is, niet in de rede ligt om in de gevolgen van het ontslag aan dit beginsel voorbij te gaan.' Opmerkelijk is wel dat de commissie de opvatting van de regering over de aanvaardbaarheid van het Ontslagbesluit overneemt zonder deze zelf te toetsen.³⁵

van vaste dienstbetrekkingen, iets dat nu juist een essentieel onderdeel vormt van de werknemersbescherming.

Ten slotte valt hier te wijzen op een onderzoek van het VU-expertisecentrum Pensioenrecht dat specifiek gaat over leeftijdsonderscheid bij pensioen.³⁷

In het ontslagrecht valt allereerst te wijzen op een aantal 685-beschikkingen waarin vragen aan de orde kwamen met betrekking tot de Ragetlieregel bij 65 plussers (er is een belang om ontbinding te vragen van de arbeidsovereenkomst met een 65 jarige, met het oog op de wens om naderhand contracten voor bepaalde tijd te kunnen sluiten)³⁸, de toepassing van de formule bij een 67-jarige (gewone toepassing)³⁹, de uitleg van aanbeveling 3.5⁴⁰ (vergoeding volgens de kantonrechttersformule dient gemaximeerd te worden tot inkomensderving tot pensioen, met aftrek van WW,

Het zou de moeite waard zijn indien het recht ter zake van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming eens grondig onder de loep wordt genomen.

Het Hof van Justitie wees een eerste uitspraak over Richtlijn nr 2000/78/EG, waarop de Wet Leeftijdscriminatie is gebaseerd.³⁶ De Duitse wetgever had de leeftijd waarboven tijdelijke arbeidsovereenkomsten mogen worden gesloten zonder objectieve reden verlaagd om redenen verband houdend met de noodzaak de werkgelegenheid te bevorderen. Een dergelijk onderscheid kan op grond van de richtlijn gerechtvaardigd zijn. In onderhavig geval is sprake van een legitiem doel omdat de Duitse wetgever beoogt de opnemings in het arbeidsproces van werkloze oudere werknemers te bevorderen, aangezien deze slechts met veel moeite nieuw werk vinden. Het gekozen middel acht het HvJ EG echter niet passend en noodzakelijk. Door het onbepert kunnen sluiten van tijdelijke contracten met oudere werknemers loopt, aldus het hof, een omvangrijke categorie werknemers het gevaar om gedurende een substantieel deel van de beroepsloopbaan te worden uitgesloten van het genot

maar met toekenning van immateriële schadevergoeding) en het eventueel dubbel tellen van jaren boven de vijftig bij indiensttreding na vijftig.⁴¹

Daarnaast speelt leeftijd een belangrijke rol in de wijziging van het Ontslagbesluit.⁴² Dit besluit zal met ingang van 1 maart 2006 gewijzigd worden zodat voortaan de afspiegelingsregel moet worden toegepast in plaats van het anciënniteitsbeginsel. Dit dient onder meer te leiden tot een evenwichtiger verdeling van ontslagen over verschillende leeftijdscategorieën. Er is overigens geen keuze meer in het nieuwe systeem, zoals thans nog wel geldt: afspiegeling kan dus niet naar keuze worden vervangen door anciënniteit. Een andere, verdergaand wijzigingsvoorstel dat in het kader van de herziening van de WW aan de orde was, werd te elfder ure weer ingetrokken door minister De Geus: er komt geen mogelijkheid om bij CAO afwijkende ontslagcriteria overeen te komen. Motivering: de minister vreesde dat oudere werknemers de dupe zouden worden van de deze afwijkende criteria.

In de laatste plaats speelde artikel 32aa Wet Vut, pensioen en levensloop (Wet VPL) een rol in de praktijk. Staatssecretaris Wijn had in mei 2005 voor de nodige beroering gezorgd met een safe harbour-besluit over het aanmerken van ontslagvergoedingen als RVU (Regeling Vervroegd Uittreden), met grote fiscale gevolgen voor de werkgever. Met voorbijgaan aan de ontslagpraktijk werd een regeling, naar het leek, ongeacht de reden, naar kwantitatieve maatstaven beoordeeld. Inmiddels heeft de staatssecretaris op 31 augustus een nieuw conceptbesluit genomen, waarmee de angel grotendeels weg is. Er is een zogenaamde kwalitatieve

33. CGB Oordeel 2005, 69.

34. Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr 3, p. 20-21.

35. CGB Oordeel 2005, 69.

36. HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289.

37. Mark Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen, De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Amsterdam: VU 2005.

38. Ktr. Utrecht 30 september 2005, JAR 2005/261.

39. Ktr. Harderwijk 10 augustus 2005, JAR 2005/197.

40. Ktr. Groningen 20 januari 2005, RAR 2005, 69.

41. Ktr. Almelo 22 juni 2005, JAR 2005/176.

42. Stcr. 2005, 242, p. 24.

toets toegevoegd, die aansluit bij de redengeving van het ontslag. Als deze, bijvoorbeeld, is gelegen in reorganisatie of disfunctioneren, dan is er in beginsel geen sprake van een RVU, behalve wanneer er wel weer opvallend veel ouderen wegens reorganisatie uitmoeten.⁴³

Alles bijeengenomen zorgt een ontslag van een oudere werknemer voor behoorlijke hoofdbreken, maar dat was dan ook precies de bedoeling.

AANSPRAKELIJKHEID WERKGEVER EN WERKNEMER

In het kader van de interne verdeling van de aansprakelijkheid voor schade van de werkgever en werknemer tegenover elkaar speelt het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' een belangrijke rol. Dat geldt zowel bij de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen (art. 7:658 BW), als voor de aansprakelijkheid van de werknemer voor door hem bij de werkgever veroorzaakte schade, als ook voor de interne verhaalbaarheid van schade waarvoor een derde partij de werkgever aansprakelijk houdt (art. 6:170 BW).

Over de inhoud van het begrip 'opzet of bewuste roekeloosheid' was nog niet zo veel bekend. Wel heeft de Hoge Raad in het arrest Pollemans/Hoondert een zo strenge uitleg gehanteerd in het kader van artikel 7:658 BW, dat veel werkgevers zich ontmoedigd zullen voelen om zich op dit criterium te beroepen. Overwogen werd toen dat van bewust roekeloos handelen door de werknemer eerst sprake is, indien deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgegane gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.⁴⁴ In de praktijk is dat vaak moeilijk te bewijzen, zodat een beroep op dit criterium niet eenvoudig te doen is.

In het arrest City Tax/De Boer werd enige nadere duidelijkheid geschapen. In dit geval had taxichauffeur De Boer een inrijverbod genegeerd en was om een korte route te nemen een straat ingereeden waarin aan de weg werd gewerkt. Dit leverde schade op aan de auto. Zijn verweer hield in dat het inrijverbod een uitzondering kende voor bestemmingsverkeer en dat hij de vorige dag nog zonder problemen door dezelfde straat was gereden, waar toen al hetzelfde verbod gold. Het hof paste hier hetzelfde criterium toe als de Hoge Raad in Pollemans/Hoondert. Uit de omstandigheid dat hij de voorgaande dag dezelfde route had gereden zonder dat er sprake was van wegwerkzaamheden, leidde het hof af dat De Boer zich er niet van bewust was dat het nemen van de afgezette, kortere route de kans dat het ongeval zich daadwerkelijk zou verwezenlijken aanzienlijker groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren. De Hoge Raad liet deze uitspraak in stand. Het hof volgde in het kader van artikel 7:661 BW de rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 7:658 BW. Dat het begrip 'bewuste roekeloosheid' in deze beide bepalingen op gelijke wijze wordt uitge-

Een ontslag van een oudere werknemer zorgt voor behoorlijke hoofdbreken, maar dat was dan ook precies de bedoeling.

legt, ligt in de rede, aldus de Hoge Raad, in aanmerking genomen dat het hier gaat om wetbepalingen die zijn opgenomen in een en dezelfde titel, titel 7.10 betreffend de arbeidsovereenkomst, en die beide ertoe strekken de werknemer te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. Hierbij gebruikt de Hoge Raad een criterium dat eerder werd verwoord in HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948.⁴⁵ Waar in de literatuur nog door sommige schrijvers een verschillende uitleg aan de begrippen werd gegeven, afhankelijk van het desbetreffende artikel (zie voor een overzicht de conclusie van P-G Hartkamp), heeft de Hoge Raad dus aan deze discussie een duidelijk einde gemaakt. Aangenomen mag worden dat deze uitleg dus ook geldt voor artikel 6:170 BW, zelfs al komt dat artikel niet in dezelfde titel voor. Maar ook dit artikel betreft dezelfde problematiek en het is nuttig dat de samenhangende artikelen op elkaar aansluiten. Daarmee heeft de Hoge Raad bereikt dat een helder begrippenapparaat bestaat, zij het dat dat ook meebrengt dat eigen schuld van de werknemer slechts een zeer beperkte rol kan spelen. Toch zijn er wel gevallen waarin de rechter bewuste roekeloosheid wil aannemen. In het geval van een werknemer die met een bestelbusje met hoge snelheid een pilaar ramde van een benzinestation, kon de werkgever aantonen dat hij reeds voordien agressief rijgedrag had vertoond, zoals 'bumperkleven' en gevaarlijke inhaalmanoeuvres vlak voor het ongeval. Daarmee was het aan de werknemer om aan te tonen dat hij niet bewust roekeloos had gehandeld. Het feit dat de werknemer zich niets meer van het ongeval kon herinneren was daarvoor onvoldoende, want dat lag in zijn risicosfeer.⁴⁶ Ook dronken rijden of het aanzienlijk overschrijden van de snelheidslimiet lijkt voor rekening van de werknemer te komen, zelfs al zou hij bijvoorbeeld door zijn dronkenschap op het voorafgaande moment zich even minder bewust zijn van het gevaar.

43. Zie hierover verder I.H. Vermeeren-Keijzers en P. Rietbroek, 'Nogmaals opgepast bij ontslag van oudere werknemers', *ArbeidsRecht* 2005/12, nr 65.

44. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert).

45. HR 14 oktober 2005, JAR 2005/271, RAR 2005, 124 (City Tax/Den Boer).

46. HR 2 december 2005, JAR 2006/15 (Dieteren/Express Transport Engelen Cox).

Naar verluidt zijn van dit kabinet in de aanloop naar de verkiezingen niet veel meer grote werken op dit terrein te verwachten.

In het kader van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen werd een werknemer die schade opliep buiten de werkzaamheden om door op riskante wijze te spelen met de hijskraan van de werkgever geacht bewust roekeloos te hebben gehandeld.⁴⁷

Op het gebied van de aansprakelijkheid van de werkgever voor zijn ondergeschikten tegenover derden verdient aandacht het arrest in een reeks zaken die betrekking hadden op de brand die restaurant Groot Kievitsdal in Baarn in de as legde. Deze was begonnen met een personeelsfeest, waarbij ten minste twee werknemers lampolie op het nog hete barbecuerooster hadden gegooid. Het hof oordeelde hierbij dat er voldoende verband was met het werk om werkgevers-aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW aan te nemen, nu de directeur en feitelijk leidinggevende ook tijdens deze avond een zekere zeggenschap hadden en de werknemers en werkgevers als een zekere eenheid naar buiten traden. Bovendien had de directeur niet getracht te voorkomen dat olie op de barbecue werd gegooid, integendeel vooralsnog was aannemelijk dat hij mede daartoe had aangezet. Wel moest nog worden aangetoond dat de schade het gevolg was van een fout van de betrokken werknemer. In hoeverre de betrokken werknemers in de vergoeding van schade dienden bij te dragen moest ook nog nader worden onderzocht.⁴⁸

Ook in het 'gewone' aansprakelijkheidsrecht van de werkgever voor arbeidsongevallen werd een nieuw arrest gewezen. De Hoge Raad was in een aantal opeenvolgende arresten terughoudend geweest met het aannemen van aansprakelijkheid van de werkgever onder de overweging dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg tegen gevaren op het werk biedt. Daarbij ging het wel om bijzondere situaties: het zich snijden bij het broodjes smeren, door een lichtkoepel vallen op een dak van een opdrachtgever of te ver bukken bij het verwijderen van een vlek.

Daarom viel nu op, dat hier de werkgever weer wel aansprakelijk werd gehouden bij een 'klassiek' ar-

beidsongeval. In de zaak Bayar/Wijnen had een werknemer zijn hand in een machine gestoken, hoewel daar slechts een zeer minieme opening was. Als gevolg daarvan raakte hij drie vingertoppen kwijt. Ondanks het verweer van de werkgever dat hij alle mogelijke veiligheidsmaatregelen had genomen en het ongeval met geen mogelijkheid had kunnen voorzien, herhaalde de Hoge Raad zijn oude standpunt dat ook rekening moet worden gehouden met de onvoorzichtigheid die in de dagelijkse omgang met machines onvermijdelijk gaat insluipen. Het enkele waarschuwen is bij een gevaarlijke machine niet voldoende. Van de werkgever moet dan ook worden verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en, zo dit niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd, waarbij van doorslaggevende betekenis is of te verwachten valt dat de waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar wordt vermeden. Het is wel van belang of de werkgever het ongeval kon voorzien, maar van doorslaggevende betekenis is dit niet, omdat onoplettendheid bij het bedienen van een gevaarlijke machine veelal op verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden en voor aansprakelijkheid van de werkgever is niet vereist dat deze juist die gedraging heeft (kunnen) voorzien die tot het ongeval heeft geleid.⁴⁹ Daarmee heeft de Hoge Raad laten zien dat we nog niet kunnen spreken van een echte terugtred van de werkgevers-aansprakelijkheid. In elk geval ten aanzien van klassieke arbeidsongevallen zijn de eisen die aan de werkgever worden gesteld niet verzacht.

In een asbest-zaak werd nog eens beslist dat bij de beoordeling van de vraag of een verjaring mag worden doorbroken op grond van redelijkheid en billijkheid alle relevante omstandigheden moeten worden gewogen.⁵⁰ Het hof had onder meer het feit dat toewijzing van een groot aantal vorderingen de solvabiliteit van het niet-verzekerde bedrijf in gevaar zou brengen geen voldoende reden geacht om het beroep op verjaring te honoreren. Dat kon worden gelezen alsof de vraag of het bedrijf verzekerd was niet relevant werd geacht voor deze afweging, en dat is in strijd met de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad.⁵¹

TOT SLOT

Welke Kroniek roept niet de gedachte op dat het recht altijd in beweging is? Dat geldt ook voor het sociaal recht in 2005. Naar verluidt zijn van dit kabinet in de aanloop naar de verkiezingen niet veel meer grote werken op dit terrein te verwachten. Maar de ontwikkelingen gaan door. Een thema als binding aan collectieve regelingen, dat decennia lang geen discussie vormde, lijkt plotseling op te komen. De WIA gaat tot nieuwe rechtspraak leiden. Wij kijken gefascineerd toe. ■

47. Ktr. Dordrecht 27 oktober 2005, JAR 2005/256 (Unitech en Hertel/Lebbing).

48. Hof Amsterdam 21 juli 2005, RAR 2005, 99 (Schuring/Gelevert e.a.).

49. HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen).

50. In HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, JAR 2000/122 (Van Hese/Koninklijke Schelde) waren daarvoor diverse gezichtspunten omschreven.

51. HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130 (Eternit/H).