



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

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

Citation

Van Slooten, J. M., & Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, 10, 483-490. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14826>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14826>

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

Kroniek van het *sociaal recht*

In deze kroniek komt ditmaal het ontslagrecht (bijna) niet aan bod. Dat komt niet omdat de Hoge Raad zich daarmee niet bezighield, maar omdat de belangrijkste ontwikkelingen op andere terreinen lagen: CAO-recht, gelijke behandeling en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. 'Ontwikkelingen' is misschien teveel gezegd nu de Hoge Raad bepaald restrictief te werk ging en de wetgever weinig produceerde.



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

De onduidelijke positie van de ongebonden werknemer in het CAO-recht kwam in de rechtspraak van de Hoge Raad de afgelopen maanden enkele malen aan de orde. Terwijl de behandeling van het wetsvoorstel over leeftijdsdiscriminatie nog loopt, blijft ook dit onderwerp in de jurisprudentie de aandacht trekken. Terwijl het wetgevingsprogramma moeizaam op gang kwam en weer werd gestuit door de val van het kabinet, kwam wel wetgeving tot stand omtrent arbeidscontracten voor bepaalde tijd en zeggenschap van werknemers over arbeidstijden. Een nieuw beoordelingskader voor het begrip dienstbetrekking blijkt niet het gehoopte panacee te bieden voor pijn op dit gebied. Op het terrein van detachering raakten de gemoederen verhit over de toepassing van de uitzendregels voor ontslag bij computerbedrijf CMG. Ten slotte werd in een tweetal uitspraken het instemmingsrecht van de ondernemingsraad bepaald terughoudend uitgelegd.

I. De ongebonden werknemer en de CAO

Het kan bijna geen toeval zijn dat de Hoge Raad binnen een maand drie arresten heeft gewezen over de positie van de niet aan een CAO gebonden werknemer. In de rechtspraak van de Hoge Raad tot op heden stond de positie van dit type werknemer maar zelden centraal. In de notitie 'CAO-loosheid' (*Kamerstukken I 2001/02, 222a, nr 9c*) becijfert de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hoeveel werknemers onder een CAO vallen. Hieruit blijkt onder meer dat van de werknemers in Nederland (exclusief directieleden, maar inclusief ambtenaren) 53% onder een bedrijfstak-CAO valt, 12% onder een ondernemings-CAO en 7% onder een bedrijfstak-CAO ná algemeenverbindendverklaring. 12% valt onder een overheids-CAO' en 16% betreft niet aan een CAO gebonden werknemers.

Het is veelzeggend dat de organisatiegraad in het stuk niet wordt genoemd. Die schommelt rond de 20%. Met dit gegeven kan men op grond van de cijfers uit de notitie vaststellen dat een grote meerderheid van de werknemers die 'onder een CAO valt' enerzijds niet gebonden is krachtens lidmaatschap van een vakvereniging en, anderzijds, kennelijk al onder een CAO valt, zonder dat daarvoor algemeenverbindendverklaring nodig is. De groep 'ungebonden werknemers' vormt dus een grote groep, hetgeen het opvallender maakt, dat hieraan in de rechtspraak en literatuur tot voor kort zo weinig aandacht werd besteed. In de praktijk valt de groep ongebonden werknemers weer onder te verdelen in enerzijds werknemers in wier arbeidsovereenkomst de CAO krachtens een beding in die arbeidsovereenkomst is geïncorporeerd en, anderzijds, ongebonden werknemers met wie niets is afgesproken over de toepasselijkheid van de CAO of bepalingen daaruit.

Artikel 14 Wet CAO verplicht de aan de CAO gebonden werkgever de CAO-bepalingen inzake arbeidsvoorwaarden ook in acht te nemen in arbeidsovereenkomsten die hij aangaat met niet aan de CAO gebonden werknemers. Het artikel creëert geen zelfstandig vorderingsrecht van de ongebonden werknemers, maar scheidt in beginsel alleen een verplichting van de gebonden werkgever jegens de met hem contracterende vakbonden om de CAO ook op niet gebonden werknemers toe te passen. 'Ware het anders', aldus de parlementaire geschiedenis uit 1927, 'dan zou het in vele gevallen voor de werkgever heel gemakkelijk zijn aan de CAO te ontkomen door eenvoudig alleen overeenkomsten aan te gaan met lieden, staande buiten de betrokken vereniging. Dit kan toch niet in de bedoeling hebben gelegen van hen, die de CAO's sluiten.'

Onlangs heeft Grapperhaus de problemen rondom artikel 14 Wet CAO in kaart gebracht (zie F.B.J. Grapperhaus, 'De wenselijkheid van een nieuwe regeling



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

voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een CAO', in: *Sociaal Recht* 2002, p. 184-190). Daartoe behoren volgens Grapperhaus onder meer: (a) de onduidelijke juridische kwalificatie van de werking van artikel 14 Wet CAO, (b) het feit dat de ongebonden werknemer geen rechtstreekse actie op grond van artikel 14 Wet CAO heeft jegens de werkgever, (c) de nawerking van CAO-bepalingen, (d) de vraag of de werking van de CAO op grond van artikel 14 Wet CAO ook driekwart dwingend recht opzij kan zetten, en (e) de positie van de ongebonden werknemer na overgang van een onderneming. Grapperhaus signaleert dat alle gebreken en complicaties van de regeling zijn terug te voeren op de paradox die aan de regeling ten grondslag ligt: 'enerzijds het voorkomen van onderkruipen, anderzijds ongebonden werknemers gratis laten meeliften'. De oplossing die Grapperhaus voorstelt is om de CAO op alle werknemers van toepassing te laten zijn die onder de werkingsfeer van de CAO vallen (lid of geen lid), indien de vakbond een bepaalde vertegenwoordigingsgraad heeft.

Op een drietal door Grapperhaus aangeroerde onderwerpen heeft de Hoge Raad in de afgelopen periode een uitspraak gedaan.

a. De geïncorporeerde CAO

In het arrest ABN AMRO Bank/(Eiser) (HR 17 januari 2003, *RvdW* 2003, 14, *NJB* 2003, p. 287) ging het om de vraag of een ongebonden werknemer, in wiens arbeidsovereenkomst de bank-CAO was geïncorporeerd, daarmee gebonden was aan een in die CAO voorkomend arbitraal beding. Uit hoofde daarvan was niet de gewone rechter, maar het Scheidsgerecht voor het Bankbedrijf bevoegd kennis te nemen van de vordering van de werknemer ter zake van een leeftijdsontslag. De Kantonrechter en de rechtbank hadden de werknemer in het gelijk gesteld. De rechtbank had daarbij onder meer een beroep gedaan op artikel 17 van de Grondwet, artikel 2 sub 5 onder a van de Wet AVV en artikel 14 van de Wet CAO. De Hoge Raad wijst het beroep op artikel 17 Grondwet en artikel 2 lid 5 onder a Wet AVV af, nu die niet in de weg staan aan het overeenkomen van arbitrage.

Ter zake van artikel 14 Wet CAO overweegt de Hoge Raad dat de verplichting van de werkgever uit hoofde daarvan zich blijkens de tekst beperkt tot bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden, '... met welke beperking de wetgever – naar de rechtbank terecht uit de ontstaansgeschiedenis heeft afgeleid – tot uitdrukking heeft willen brengen dat de verplichting zich niet uitstrekt tot bepalingen omtrent arbitrage.' Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

'Anders dan de Rechtbank heeft aangenomen, geeft echter ook deze bepaling geen grond om aan te nemen dat, wanneer een werkgever en een niet-gebonden werknemer, als bedoeld in art. 14, overeenkomen dat een collectieve arbeidsovereenkomst waarin een arbitraal beding voorkomt, op een arbeidsverhouding van toepassing zal zijn, het arbitrale beding, in afwijking van de algemene bepalingen van boek 4 Rv, tussen hen slechts gaat gelden indien de werknemer een uitdrukkelijk daarop gerichte verklaring jegens de werkgever heeft afgelegd.'

De Hoge Raad zegt hier met enig omhaal van woorden dat de beperking in artikel 14 Wet CAO tot ar-

beidsvoorwaarden niet geldt indien de toepasselijkheid van de CAO in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen. Dat is op zich niet een schokkend oordeel en in overeenstemming met de heersende opvatting in de literatuur en lagere jurisprudentie (zie de conclusie van de A-G Spier onder 3.12 voor HR 20 december 2002, *RvdW* 2003, 7; Bollemeijer/PTT Post).

b. Afwijking van driekwart dwingend recht

Daarmee is nog niet gezegd dat de incorporatie van een CAO in de individuele arbeidsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een ongebonden werknemer ook meebrengt dat rechtsgeldig wordt afgeweken van driekwart dwingend recht. Dat dat kan, zij het onder voorwaarden, valt af te leiden uit een arrest dat de Hoge Raad een maand eerder wees in de zaak *Bollemeijer/PTT Post* (HR 20 december 2002, *RvdW* 2003, 7; zie voor een bespreking *Sociaal Recht* 2003, p. 60). In die zaak ging het om een werknemer die vijfmaal aansluitend een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met PTT Post verlangde. Toen PTT Post vervolgens geen nieuw contract aanbood, riep Bollemeijer de nietigheid van het ontslag in en vorderde doorbetaling van loon. De casus speelde zich af onder het recht vóór Flexibiliteit en zekerheid, zodat in beginsel opzegging vereist was om een verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te beëindigen. Artikel 7:668 lid 5 (oud) BW liet echter toe om bij CAO af te wijken van deze hoofdregel. De bepaling was derhalve van driekwart dwingend recht. Bollemeijer was geen lid van een vakorganisatie die partij was bij de CAO Briefpost 2000, waarin de afwijking van artikel 7:668 lid 5 (oud) BW was opgenomen.

Men. Wel had hij steeds een individuele arbeidsovereenkomst ondertekend, waarin werd verwezen naar deze CAO en waarin werd bedongen dat het contract van rechtswege zou eindigen.

Omdat de rechtbank dat in het midden had gelaten, neemt de Hoge Raad tot uitgangspunt dat de CAO Briefpost niet door partijen op de

arbeidsovereenkomst van toepassing is verklaard. De Hoge Raad oordeelt:

'Het gaat hier om een geval dat afwijking van de bepaling van dwingend recht (slechts) bij CAO mogelijk maakt, terwijl een CAO die niet rechtstreeks van toepassing is, een zodanig afwijking inhoudt. Aangenomen moet dan worden dat in de bescherming van de werknemer, die is beoogd met het dwingendrechtelijke van de desbetreffende wetsbepaling, is voorzien doordat de vakorganisaties bij totstandkoming van de CAO betrokken zijn geweest. Dit brengt mee dat partijen in hun (individuele) arbeidsovereenkomsten afwijking van de dwingende wetsbepaling kunnen opnemen, mits deze afwijking overeenkomt met hetgeen is neergelegd in de CAO, ook in geval deze CAO niet rechtstreeks van toepassing is.'

Daarmee zegt het arrest dat een ongebonden werknemer rechtsgeldig gebonden kan worden aan een beding dat afwijkt van driekwart dwingend recht, mits (a) het beding met zoveel woorden in de individuele arbeidsovereenkomst is opgenomen en (b) de overeengekomen afwijking ook in de CAO is opgenomen. Kenmerkend voor de casus was dat de individuele arbeidsovereenkomst een beding bevat dat overeenkwam met hetgeen in de CAO was afgesproken. Veel vaker zal voorkomen dat werkgevers niets heb-

Sommige arbeidsvoorwaarden, zoals de hoogte van het loon tijdens ziekte, kunnen nimmer kunnen worden ingehaald door een nieuwe CAO.

ben afgesproken over de toepasselijkheid van een CAO. De literatuur gaat er in meerderheid van uit dat ook in dat geval een ongebonden werknemer voor hem nadelige bedingen krachtens de CAO tegen zich moet laten gelden. Een gevolg van een andersluidend standpunt zou immers kunnen zijn dat de werknemer wel (zij het niet door hem afdwingbaar) aanspraak heeft op de lusten (bijvoorbeeld een salarisverhoging), maar niet op de lasten (bijvoorbeeld een afwijking van art. 668 BW).

c. Rechtspositie na overgang van onderneming

Tenslotte wees de Hoge Raad op 10 januari 2003 een arrest over de positie van de ongebonden werknemer na overgang van een onderneming (HR 10 januari 2003, *RvdW* 2003, 11; Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet; m.nt. D.J. Buijs in *Sociaal Recht* 2003, p. 58). Hier ging het om een werknemer die werkzaam was in de verbandkamer van Hoogovens. Op zijn arbeidsovereenkomst was de Hoogovens-CAO van toepassing. Vervolgens werd de verbandkamer overgedragen aan het Rode Kruis Ziekenhuis krachtens de artikel 7:662 e.v. BW. Het ziekenhuis was (aangesloten bij een) partij bij de CAO-Ziekenhuiswezen. Te Riet was niet aangesloten bij een partij bij deze CAO. Hij heeft niet ingestemd met toepassing van deze CAO op zijn arbeidsovereenkomst met het ziekenhuis. De ziekenhuis-CAO hield een verslechtering voor hem in, nu de arbeidsduur per week hoger was en het uurloon lager. Na de overgang naar het ziekenhuis per 1 oktober 1995 werd op 15 augustus 1996 overeenstemming bereikt over een nieuwe CAO-Ziekenhuiswezen. Deze CAO is met terugwerkende kracht tot 1 april 1996 in werking getreden. Zij is eerst op 3 mei 1997 algemeen verbindend verklaard. Te Riet vorderde dat hij ook ná zijn indiensttreding bij het ziekenhuis op basis van de CAO-Hoogovens door het ziekenhuis te werk zou worden gesteld en betaald. De rechtbank heeft die vorderingen grotendeels toegewezen door voor recht te verklaren dat het ziekenhuis tot 3 mei 1997 (datum van de algemeenverbindendverklaring), en telkens vanaf de datum waarop de geldende CAO-Ziekenhuiswezen expireert tot de datum waarop de volgende CAO-Ziekenhuiswezen weer algemeen verbindend is verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van eiser met Hoogovens.

De redenering van de rechtbank is dat (a) de Hoogovens-CAO na expiratie krachtens nawerking de inhoud van de individuele arbeidsovereenkomst bleef beheersen, (b) de CAO-Ziekenhuiswezen niet van toepassing was geworden op de arbeidsovereenkomst, (c) gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring waren de desbetreffende bepalingen van de CAO-Ziekenhuiswezen van toepassing op de arbeidsovereenkomst van Te Riet met het ziekenhuis, (d) de van zijn individuele arbeidsovereenkomst deelsluitmakende bepalingen uit de Hoogovens-CAO worden voor de duur van de algemeenverbindendverklaring opzijgezet, voor zover zij met de algemeenverbindendverklarde bepaling van de CAO-Ziekenhuiswezen onverenigbaar zijn, (e) na het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring herleeft echter de voordien bestaande inhoud van de arbeidsovereenkomst tussen Te Riet en het ziekenhuis.

De gevolgen van dit oordeel zijn voor een werkgever als het ziekenhuis redelijk lastig. Zij moet de betreffende werknemer anders betalen dan andere werknemers, die soms hetzelfde werk doen. Daarbij moet tevens precies in de gaten worden gehouden wanneer een periode van algemeenverbindendverklaring intreedt en eindigt. Vaak zijn die perioden

Ook op het vlak van leeftijdsdiscriminatie laat de Hoge Raad zich van zijn terughoudende kant zien.

aanzienlijk korter dan de looptijd van de CAO. Overigens zal het niet vaak voorkomen dat de bepalingen van een algemeenverbindendverklarde CAO onverenigbaar zijn met bepalingen uit hoofde van de eerder geldende CAO. Daar is alleen sprake van indien de algemeenverbindendverklarde CAO een standaard karakter heeft en geen bepaling bevat die reeds verworven rechten van de werknemer respecteert.

Uiteraard staat tegenover dit harmonisatiebelang van de werkgever, het belang van de werknemer tot behoud van zijn oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden. Zoals bekend, is dit laatste een van de doelstellingen van de Richtlijn overgang van onderneming 98/50/EG. Ter zake van CAO's is de richtlijn geïmplementeerd in artikel 14a van de Wet op de CAO. Lid 1 van dat artikel bepaalt dat de rechten en plichten welke op het tijdstip van de overgang voor de werkgever voortvloeien uit een CAO waaraan hij gebonden is, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming. Lid 2 bepaalt vervolgens naar de letter genomen dat de bedoelde rechten en verplichtingen eindigen op het tijdstip waarop zich een van de vervolgens omschreven gevallen voordoet. Uit de wetsgeschiedenis en het verband met de richtlijn moet volgens de Hoge Raad evenwel worden afgeleid, dat hiermee bedoeld wordt dat de in lid 1 neergelegde verplichting om de betreffende arbeidsvoorwaarden te handhaven eindigt. De vraag of daarmee ook de in lid 1 bedoelde rechten en verplichtingen eindigen, moet worden beantwoord aan de hand van de overigens geldende bepalingen van de wet (in dit geval conform het oordeel van de rechtbank sub (a) t/m (e)).

Het ziekenhuis trachtte het vonnis van de rechtbank onderuit te halen door te pleiten voor nawerking van de CAO-Ziekenhuiswezen. Het ging hier om het voor een werknemer nadelige gevolg van nawerking. In eerdere zaken moest de Hoge Raad een oordeel geven over de vraag of een bepaald recht van de werknemer uit hoofde van een AVV CAO, zoals bijvoorbeeld suppletie tijdens ziekte, nawerkte. De Hoge Raad heeft die nawerking beperkt tot 'de leer van de verworven rechten'; zie HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154; besproken in de vorige kroniek (*NJB* 2002, p. 1519). Ook hier wijst de Hoge Raad nawerking af en oordeelt dat het met stelsel van de Wet CAO en de Wet AVV niet te verenigen is om door een extensieve interpretatie van de wet de geldingsduur van de betreffende CAO bepalingen te verlengen op de enkele grond dat deze tijdens de periode van de verbindendheid deel uitmaken van de arbeidsovereenkomsten waarvoor de verbindendverklaring gold. Ook een beroep op de hierboven geschetste praktische problemen die voor werkgevers kunnen ontstaan wordt verworpen: 'De Wet AVV geeft evenwel geen ruimte voor een doorbreking van het daarin vervatte stelsel op grond van de door dit betoog gewenste belangenafweging.'

Het probleem dat voor werkgevers hierdoor ontstaat is overigens door de wetgever indertijd voorzien. Daarbij is overwogen dat de oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden 'bevroren worden' en na verloop van tijd worden ingehaald door de minder gunstige arbeidsvoorwaarden van de verkrijger. Dat neemt niet weg dat sommige arbeidsvoorwaarden, zoals de

hoogte van het loon tijdens ziekte, nimmer kunnen worden ingehaald door een nieuwe CAO. Aldus zijn er inderdaad praktische bezwaren. Overigens wordt dit soort problemen in de praktijk opgelost door de werknemer in één keer af te kopen. De richtlijn laat ook de mogelijkheid open om de doorwerking van de CAO van de vervreemder te beperken in de tijd. Het arrest van de Hoge Raad laat zien dat alleen gebruikmaking van die bevoegdheid door de wetgever een einde kan maken aan de voor werkgevers onmiskenbaar bestaande problemen. In dat verband is ook nog relevant de vraag of de werknemer moet kiezen voor een van beide CAO's. In de literatuur is wel verdedigd dat de werknemer uit de CAO's van de vervreemder en van de verkrijger de voor hem meest gunstige bepalingen mag kiezen (W.J.P.M. Fase, *SMA* 1983, p. 360). Hoewel dus de gevolgen waren voorzien, lijkt het toch goed om dit nog eens in een kader van de door Grapperhaus bepleite herijking van artikel 14 Wet CAO opnieuw te bezien.

2. Leeftijdscriminatie

Ook op het vlak van leeftijdscriminatie laat de Hoge Raad zich van zijn terughoudende kant zien. De klassieker ISS/Codfried (HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, m.nt. PAS) is volgens de Hoge Raad 'ook thans' geldend recht, blijkens HR 1 november 2002 (*RvdW* 2002, 176; *JAR* 2002/279; ESS/Op 't Land; m.nt. JvS in *SR* 2002, p. 360-361). In beide arresten was een ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd aan de orde. In 1995 oordeelde de Hoge Raad dat '... niet kan worden gezegd dat de regel dat een dienstbetrekking in het algemeen van rechtswege

Uitzendwerkgevers worden tegenwoordig als normale werkgevers behandeld. Dat neemt niet weg dat zij graag proberen om onder de algemene regels uit te komen als zich de mogelijkheid voordoet.

eindigt bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd, niet langer in overeenstemming is met de rechtsopvatting van de brede laag van de bevolking.' De Hoge Raad noemde drie argumenten ter onderbouwing van het oordeel dat een ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd redelijk en objectief gerechtvaardigd kan zijn. In het kort: (1) het hanteren van een objectief criterium, te weten de leeftijd van de werknemer, heeft een voordeel boven een stelsel waarin van geval tot geval moet worden gedebatteerd over de vraag of de werknemer zijn taak nog naar behoren kan vervullen; (2) de doorstroming verloopt regelmatig en vlotter indien oudere werknemers op een gegeven moment verplicht hun plaats moeten afstaan; (3) aan de nadelen voor werknemers wordt gedeeltelijk tegemoet gekomen door een aanspraak op inkomen waarvoor geen arbeidsprestatie behoeft te worden geleverd.

Met het arrest uit 1995 was weliswaar de deur voor het aanvechten van een ontslag op 65-jarige leeftijd voorlopig dicht, maar het bood tegelijkertijd het spoorboekje voor degenen die een ontslag wegens het bereiken van een eerdere leeftijd wilden aanvechten. Met name het Scheidsrechtensarrest van het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 13 januari 2000, *JAR*

2000/42) zal het hart van menig jongere oudere sneller hebben doen kloppen. Het hof oordeelde immers dat het hanteren van leeftijdsgrenzen voor scheidsrechters in de gegeven omstandigheden disproportioneel was nu voornamelijk aanneemelijk was dat de KNVB beschikte over een uitgebreid aantal adequate meetinstrumenten ter toetsing van de geschiktheid van individuele scheidsrechters voor het leiden van wedstrijden betaald voetbal.

Met name na dit arrest is het onderwerp in een stroomversnelling gekomen. Piloten, croupiers en bankemployees trachtten de vervroegde verplichte pensionering met een schuin oog naar deze uitspraak aan te tasten (zie voor een overzicht van de jurisprudentie: Y. van Gemerden, 'Het verbod op onderscheid op grond van leeftijd bij beëindiging van het dienstverband', in *Sociaal Recht* 2002, p. 347 e.v.). De lijn die men uit deze lagere jurisprudentie mag trekken is dat de door de Hoge Raad in ISS/Codfried aangereikte toetsingsnormen gretig toepassing vinden, maar zelden met een gunstig resultaat voor de werknemers. Zo oordeelde de Kantonrechter te Amsterdam (5 juli 2001, *JAR* 2001/144) dat verplichte pensionering op 56-jarige leeftijd niet discriminatoir is, met name omdat die pensionering deel uitmaakt van een veel omvattend stelsel voor jongere en oudere vliegers, inclusief promoties op basis van senioriteit. De daarvoor noodzakelijke doorstroming voor personeel stond aan een succesvol beroep op leeftijdscriminatie in de weg (in hoger beroep bekrachtigd door Rechtbank Amsterdam, 8 januari 2003, H 01 2329, n.n.g.). In gelijke zin oordeelden de Kantonrechter en de Rechtbank te Haarlem (Ktr. Haarlem 25 april 2001, *JAR* 2001/104 resp. Rb. Haarlem 19 november 2002, *JAR* 2002/290), op soortgelijke gronden. De ING Bank moest bij de Rechtbank Amsterdam, sector Kanton evenwel het onderspit delven. Deze bank had hoofdzakelijk een beroep gedaan op het argument dat zij een objectief criterium wilde hanteren, in plaats van een beoordeling van geval tot geval (Rb. Amsterdam, sector Kanton, locatie Amsterdam 19 april 2002, *JAR* 2002/173).

In de meeste uitspraken wordt expliciet overwogen dat de rechter terughoudendheid past wanneer hem een oordeel wordt gevraagd over een zaak die onderwerp is van een parlementaire beraadslaging. Van die parlementaire beraadslaging is reeds lang sprake; in 1995 maande de Hoge Raad zichzelf op grond daarvan al tot terughoudendheid. Nadien zijn de wetsvoorstellen 25 677 en 26 880 ingetrokken en is op 18 december 2001 het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nrs 1-11) ingediend. Hierin is artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b opgenomen: 'Het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid: (...) betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeen gekomen hogere leeftijd (...).' Indien dit onderdeel wet wordt, zal uitgangspunt zijn dat een ontslag wegens het bereiken van een pensioenleeftijd, die is gelegen vóór 65, in beginsel discriminatoir is. Wel is er nog een uitzondering voor functioneel leeftijdsontslag en een open uitzonderingsgrond, maar aangenomen mag worden dat bij handhaving van het huidige wetsvoorstel een verplichte pensionering onder de 65 zeer moeilijk verdedigbaar zal zijn. Met het oog daarop heeft het kamerlid De Grave een amendement ingediend (*Kamerstukken II*, 2002/03, 28 170, nr 11) dat erin voorziet om ook verplichte pensionering onder de 65 mogelijk te maken. Een dergelijke wettelijke bepa-

ling wordt toegelaten door Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 (*PbEG* 2000, L303/16), tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

Onder deze omstandigheden had de Hoge Raad op 1 november 2002 opnieuw te oordelen over het ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd. In cassatie werd namens de werknemers een beroep gedaan op 'de ontwikkelingen' na 1995. De Hoge Raad zet die ontwikkelingen op een rijtje en komt tot de conclusie dat er geen aanleiding is tot een minder terughoudende beoordeling dan is aanvaard in het arrest uit 1995. De Hoge Raad besteedt nog apart aandacht aan het argument dat de betrokkene geen aanvullende pensioenvoorziening had. Onder verwijzing naar de thans lopende parlementaire behandeling van wetsvoorstel 28 170 wordt dit argument afgedaan met de stelling dat een andere opvatting ertoe zou leiden dat een werkgever in feite een algemene verplichting tot het treffen van een pensioenregeling heeft.

3. Wetgeving van het kabinet Balkenende-I

Het wetgevingsprogramma van het kabinet Balkenende-I op het gebied van het arbeidsrecht maakte geen ambitieuze indruk (zie ook W.J.M. Plessen, *NJB* 2003, p. 66). Op het aangrenzende gebied van het bestaansrecht werd de volledige afschaffing van het spaarloon slechts verijdeld als gevolg van de komende verkiezingen en onder druk van de sociale partners als concessie tegenover de bereidheid tot loonmatiging. Op het terrein van het sociaalzekerheidsrecht gebeurde iets meer. De grote plannen voor de WAO-herziening kregen door de voortijdige val na 87 dagen van het kabinet geen uitwerking, al ontstond er enige commotie over uitgelekte geheime plannen waarin afschaffing van het sociaal risico als uitgangspunt voor de WAO zou zijn opgenomen. Wel werd op één punt al vooruitgelopen op het te vernieuwen stelsel voor arbeidsongeschiktheid, doordat voor de kleine werkgevers de premiedifferentiatie voor de WAO, de zogeheten Pemba-regeling, werd afgeschaft. Het betreft de bedrijven met maximaal 25 maal de gemiddelde loonsom. Ook de mogelijkheid voor deze bedrijven om het risico voor de WAO zelf te dragen is in verband hiermee beëindigd (*Stb.* 2002, 585-586). Daarnaast werd op 10 december 2002 de wet aangenomen die voor grote werkgevers in de toekomst de instroomcijfers in de WAO openbaar gaat maken. Dit maakt de vergelijkbaarheid groter en kan de basis vormen voor een beter WAO-beleid (*Kamerstukken I* nr 28 159). Het wetsvoorstel inzake verlenging van de loondoorbetalingsplicht voor zieke werknemers gedurende het tweede ziektejaar werd wel bij de Tweede Kamer ingediend (nr 28 629), maar op 6 februari 2003 weer ingetrokken (stuk nr 15) als gevolg van het najaarsoverleg met de sociale partners.

Op het laatste moment werd verder de verplichting voor de werkgever om arbeidsongeschikte werknemers zonnodig ook buiten de eigen onderneming aangepast werk aan te bieden (het zogenaamde tweede spoor) met een jaar uitgesteld tot 1 januari 2004 (*Start.* 2002, 238, p. 27). Werkgevers en werknemers

hebben het thans nog te druk met de invoering van de overige aspecten van de Wet verbetering poortwachter van april 2002.

4. Arbeid voor bepaalde tijd

Een succesje op arbeidsrechtelijk wetgevingsgebied bereikte het afgetreden kabinet nog wel met het van kracht worden van de wet inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op 22 november 2002 (*Stb.* 2002, 560). De wet voegt twee nieuwe artikelen in het Burgerlijk Wetboek in. Artikel 7:649 BW bepaalt dat de werkgever geen onderscheid mag maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Een nieuw opzeggingsverbod bepaalt dat opzegging wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechter een beroep op deze nieuwe regel heeft gedaan vernietigbaar is. Strijdige bedingen zijn nietig. De Commissie Gelijke Behandeling te Utrecht is ook voor dit onderwerp bevoegd om te onderzoeken of onderscheid wordt gemaakt. Lid 4 sluit de toepassing van dit artikel op de uitzendovereenkomst uit. Dit laatste is een gevolg van een amendement uit de Kamer, ingegeven door de uitzendwerkgevers. In de systematiek van titel 7.10 BW is dit geen logische uitzondering, omdat uitzendwerkgevers tegenwoordig als normale werkgevers worden behandeld. Dat neemt niet weg dat zij graag proberen om onder de algemene regels uit te komen als zich de mogelijkheid voordoet. Dat betrof in dit geval een uitzonderingsbepaling in de Europese richtlijn die aan de wet ten grondslag ligt, met het oog op een nog tot stand te brengen Europese richtlijn voor uitzendwerk. Waar in Europa uitzendwerk nog een aparte categorie is, is de rechtvaardiging voor een uitzondering in de Nederlandse situatie minder duidelijk. Overigens valt te bezien wat de betekenis van de uitzondering is. Het gelijkheidsbeginsel heeft in het arbeidsrecht ook op grond van de eis van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) immers al stevig wortel geschoten in het arbeidsrecht en deze norm geldt nog wel ook voor de uitzendwerkgevers. Intussen zal de nieuwe norm in de praktijk nog de nodige hoofdbreken kosten. Wanneer kan men spreken van een verboden onderscheid tussen werknemers met een overeenkomst voor bepaalde en die met één voor onbepaalde tijd? Uit een in 2002 door de Arbeidsinspectie gepubliceerd onderzoek naar onderscheid in CAO's bleek dat in 17% van de onderzochte CAO's werknemers voor bepaalde tijd van de werkingsfeer waren uitgesloten. In ruimere zin (inclusief seizoenswerk, vakantiekrachten, thuiswerkers en stagiaires) ging het zelfs om 53% van de CAO's. Daarnaast kenden diverse CAO's uitzonderingen voor tijdelijke contractanten in bepalingen met betrekking tot onder meer opleidingsregelingen, loon, rooster en toeslagen voor inconyeniënte tijden, spaarregelingen, bijzonder verlof, arbeidsduurverkorting, opbouw prepensioen, overwerktoeslagen, vergoeding woon-werkverkeer en wachtgeld. Daarnaast kennen sommige CAO's een referteregeling. Een bepaald recht geldt dan pas nadat men bijvoorbeeld een jaar in dienst is. Het is nog de vraag in hoeverre dergelijke regelingen aanvaardbaar zijn. In de wetgeschiedenis heeft de regering wel enige ruimte gelaten voor een 'drempelperiode' voor bijvoorbeeld de toetreding tot een pensioenregeling, om onevenredige administratieve lasten te voorkomen bij kortdurende dienstverbanden, zoals campagnekrachten in de suikerindustrie. Maar over de duur van die periode kan weer verschil van mening bestaan. Eindejaarsuitkeringen dienen echter volgens de regering

**De werknemer kan voortaan
alleen op zondag werken als hij
daarmee instemt.**

De gehele gang van zaken demonstreert nog eens de gebrekkige procedure bij het preventief toezicht op ontslag door de CWI. De CWI is geen rechter, maar moet in feite wel een rechterlijk oordeel geven over de status van de arbeidsovereenkomst.

weer pro-rata te worden toegekend over de periode van het jaar waarin een werknemer heeft gewerkt. Dit kan dus nog heel wat rekenwerk en nabetalings opleveren. Bij kinderopvang opperde de regering dat een tijdelijke kracht een vergoeding zou kunnen krijgen om zelf een voorziening te treffen. Zie nader over dergelijke kwesties D.J.B. de Wolff, *Arbeid voor bepaalde tijd, Nieuwe regels en rechtspraak*, Reeks Actualiteiten Sociaal Recht nr 13, Deventer: Kluwer 2003 en S.J. de Jong, *ArbeidsRecht 2002*, 55.

De tweede nieuwe bepaling betreft artikel 7:657 BW. Deze verplicht de werkgever om de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tijdig en duidelijk in kennis te stellen van een vacature ter zake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook deze bepaling geldt niet voor de uitzendovereenkomst. Niet beoogd is om een recht te scheppen tot aanstelling op een dergelijke vacature. Het gaat er om dat de werknemer dezelfde kansen krijgt als andere werknemers om voor een vacature in aanmerking te komen. In de jurisprudentie wordt slechts zo nu en dan aangenomen dat een werkgever verplicht wordt om een tijdelijke aanstelling te verlenen op grond van goed werkgeverschap. Het moet dan al gauw gaan om een discriminerende grond of om gewekte verwachtingen. Volstaan mag worden met een algemene aankondiging van de vacature, die voldoende bekend is. Het lijkt er echter wel op dat een werkgever die een tijdelijke kracht vast wil aanstellen eerst andere tijdelijke krachten zal moeten informeren dat hij dit gaat doen, alvorens hiertoe over te kunnen gaan. De sanctie op niet-naleving is niet duidelijk, maar gedacht kan worden aan een schadevergoeding wegens een tekortkoming in de naleving. De nieuwe wet is een uitvloeisel van Richtlijn 1999/70/EG betreffende een raamovereenkomst van de sociale partners op Europees niveau. Op die grond heeft de regering gemeend ambtenaren van de werking te mogen uitzonderen. Dit is in strijd met het beleid tot normalisering van de ambtelijke arbeidsverhouding, ook al is toegezegd dat gestreefd wordt om de norm materieel wel door te voeren. Die toezegging biedt echter weinig garanties op handhaving door de rechter, terwijl de rijksoverheid niet de arbeidsvoorwaarden van de lagere overheden bepaalt. Over de juridische status van dit type Europese overeenkomsten die voortvloeiën uit de Europese sociale dialoog verdedigde E.J.A. Franssen op 30 oktober 2002 in Maastricht haar proefschrift *Legal Aspects of the European Social Dialogue*, Social Europe Series No. 4, Antwerpen: Intersentia 2002.

Inmiddels zijn nog twee wetten op het gebied van de gelijke behandeling en ter uitvoering van Europese richtlijnen in voorbereiding. Naast het reeds genoemde wetsvoorstel betreffende onderscheid naar leeftijd (28 170), betreft dat het voorstel over handicap of chronische ziekte (28 169), beide al door de Tweede Kamer aangenomen. In deze gevallen is de uiterste implementiedatum december 2003, met een uitwijkmogelijkheid tot 2006 in bijzondere gevallen.

Een overzichtswerk over *Gelijke behandeling bij de arbeid* van de hand van I.P. Asscher-Vonk en W.C. Monster verscheen als deel 26 in de Reeks Monografieën Sociaal recht van Kluwer. Een handboek over *Flexibele arbeidsrelaties* onder redactie van E. Verhulp vormt deel 25 in deze reeks. Met het wetsvoorstel over het concurrentiebeding (*Kamerstukken I* nr 28 167) werd weinig voortgang geboekt.

5. Zeggenschap arbeidstijden

Niet zo zeer een succes van de regering, maar een initiatief vanuit de Tweede Kamer was het totstandkomen van een wet inzake verruiming van de zeggenschap van de werknemer over de arbeidstijden. Het initiatief was een soort monsterverbond tussen enerzijds de linkse partijen, die de werknemer meer gelegenheid wilden geven arbeid en zorg te combineren en anderzijds de Christenunie, die het werken op zondag wilde tegengaan.

De Arbeidstijdenwet bepaalt nu in de eerste plaats dat de werkgever bij het vaststellen van de arbeidstijden rekening moet houden met de privé-omstandigheden van de werknemer, zoals zorgtaken voor kinderen, afhankelijke familieleden, verwanten en naasten en maatschappelijke verantwoordelijkheden buiten de arbeid. Daarnaast is in dezelfde wet nu een bepaling opgenomen die het opdringen door de werkgever van het werken op zondag moet bemoeilijken. De werknemer kan voortaan alleen op zondag werken als hij daarmee instemt. Onder de oude regeling golden slechts meer objectieve criteria als dat de bedrijfsomstandigheden dit noodzakelijk maakten en overeenstemming was bereikt met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Het is nog niet geheel duidelijk of de gevolgen van de nieuwe eis ingrijpend zullen zijn. Zo zou geconcludeerd kunnen worden dat een werknemer op het laatste moment alsnog te kennen mag geven niet op zondag te komen werken, hoewel dat eerder wel was afgesproken. Het goed werknemerschap zal hier vermoedelijk toch wel een rol blijven spelen. Overigens voert ook deze wet een nieuw ontslagverbod in. Artikel 7:670 BW bepaalt tegenwoordig dat het ook verboden is om een werknemer te ontslaan omdat hij weigert op zondag te werken, om welke reden dan ook. De Eerste Kamer aanvaardde de wet op 3 december 2002.

6. Beoordelingskader dienstbetrekking

Onder sterke druk van Minister De Geus van Sociale Zaken en Werkgelegenheid hebben het UWV en de Belastingdienst gezamenlijke beleidsregels opgesteld voor de uitleg van het begrip privaatrechtelijke dienstbetrekking (*Strt.* 2002, 234, p. 26).

In verband met de opkomst van nieuwe vormen van ondernemerschap, zoals de ZZP-ers, is de Verklaring arbeidsrelatie (VAR) geïntroduceerd. Deze wordt door de Belastingdienst afgegeven, maar is sinds 2002 mede van belang voor de inhouding van de premies werknemersverzekeringen. Deze verklaring heeft echter nog niet alle onzekerheid kunnen wegnemen. Bijlage II van de nieuwe beleidsregels bevat het toetsingskader. Hieruit wordt duidelijk dat de VAR met name van belang is bij de bepaling of er sprake is van een zgn. fictieve dienstbetrekking in de zin van artikel 5 WW/ZW/WAO. De vraag of er een dienstbetrekking is in de zin van artikel 3 van die wetten moet nog steeds zelfstandig beoordeeld worden. Bijlage III geeft daarvoor het juridische kader en is in feite een samenvatting van de jurisprudentie op dit punt.

Hoewel het positief is dat beide instanties voortaan hetzelfde beleidskader hanteren, valt niet te verwachten dat deze beleidsregels de onzekerheid met betrekking tot de vraag of bepaalde arbeidsverhoudingen als opdracht of als dienstbetrekking dienen te worden gekwalificeerd serieus zullen verminderen.

7. Detachering

Veel aandacht trokken uitspraken van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank en Hof Den Haag inzake de rechtspositie bij ontslag van gedetacheerde werknemers van CMG. Het ging hier om een collectief ontslag van 109 werknemers, onder wie 104 consultants. CMG verzocht hiervoor toestemming aan de CWI, waarbij ter discussie stond of voor de consultants gebruik zou kunnen worden gemaakt van bijlage B bij het Ontslagbesluit. In die bijlage is een regeling van de ontslagvolgorde getroffen voor uitzendkrachten die afwijkt van het gangbare criterium van anciënniteit. Het doel daarvan is te voorkomen dat als gevolg van een ontslag om economische redenen uitzendkrachten plotseling van opdrachtgever zouden moeten wisselen. Tegen het voornemen van de CWI om deze regeling ook in dit geval toe te passen, kwamen de bonden op in kort geding. In beide instanties gaf de rechter de CWI en de werkgever echter gelijk. In de tussentijd werden 29 van de 82 gevraagde vergunningen geweigerd, waarvan 8 omdat er geen sprake zou zijn van een uitzendrelatie. Interessant in deze zaak was nog de stellingname van CMG dat zij geen uitzendwerkgever was, maar dat de bijlage B *naar analogie* moest worden toegepast. Achtergrond hiervan was dat CMG in een eerder dispuut met de bonden in een omgekeerde discussie was verwickeld. Toen stelden de bonden dat CMG gelijk de uitzendwerkgevers op grond van artikel 8 WAADI de zogenaamde loonverhoudingsnorm moesten toepassen, die inhoudt dat een uitzendkracht niet minder verdient dan de werknemers van de inlener voor hetzelfde werk ontvangen. Daarbij had CMG het standpunt ingenomen geen uitzendwerkgever te zijn, een standpunt dat nu bezwaarlijk weer kon worden verlaten. Ook de uitzend-CAO werd door CMG niet toegepast. Door nu om toepassing van bijlage B naar analogie te vragen, maakte CMG kenbaar wel de voordelen van het uitzendwerkgeverschap te willen genieten, maar niet de nadelen. CWI was van mening dat sprake was van uitzendovereenkomsten in de zin van artikel 7:690 BW. Het hof oordeelde dat de feitelijke situatie bepalend was. Daarbij nam het hof op basis van een accountantsverklaring aan dat 90% van de totale omzet van CMG betrekking had op detachingsactiviteiten. Daarmee was sprake van detachering in het kader van de activiteiten van het bedrijf. De activiteiten werden verricht onder toezicht en leiding van de opdrachtgever. Hieruit leidt het hof af dat het standpunt van de CWI dat bijlage B Ontslagbesluit in beginsel van toepassing was niet op voorhand als zo onjuist moet worden aangemerkt dat het CWI verboden zou moeten worden de bijlage B toe te passen (Hof 's-Gravenhage 29 november 2002, JAR 2002/293 hoger beroep van Vzng. Rb. 's-Gravenhage 15 augustus 2002 JAR 2002/198). De uitspraak heeft er inmiddels toe geleid dat de regering aan de Stichting van de Arbeid advies heeft gevraagd over de vraag in hoeverre bijlage B van toepassing dient te zijn op detachering. Daarbij verdient vermelding dat de regeling van de uitzendovereenkomst zonder twijfel van toepassing kan zijn op detachering. Opvallend in deze zaak is echter dat de werkgever in casu zelf ontkende overeenkomsten in de zin van artikel 7:690 BW te hebben afgesloten, maar dat zowel de CWI als het hof meent dat dit kan

zonder dat de betrokkenen dit zelf beogen. Over de vergaande gedachte van toepassing naar analogie wordt geen uitspraak gedaan. In de uitspraak komt evenmin aan de orde of de werknemers niet zelf uitdrukkelijk zouden moeten instemmen met het werken op basis van een uitzendovereenkomst. Weliswaar eist artikel 7:690 BW niet dat dit schriftelijk wordt vastgelegd, maar artikel 7:655 BW eist wel dat de werkgever de werknemer hierover schriftelijk informatie verschaft. Deze bepaling is ingevoerd op grond van een Europese richtlijn, die beoogt werknemers met flexibele arbeidsrelaties meer rechtszekerheid te bieden. Volgens rechtspraak van het EG-Hof leidt nalatigheid van de werkgever op dit punt tot een bewijsvoordeel voor de werknemer. In casu wenste de werkgever al evenmin een uitzendovereenkomst te sluiten. Dat dit toch kan leiden tot toepassing van voor de uitzendovereenkomst ontworpen ontslagregels komt incoherent voor. Een en ander sluit niet uit dat de betrokken ontslagen werknemers alsnog een civiele procedure starten op grond van kennelijk onredelijk ontslag en daarbij niet alleen schadevergoeding, maar ook herstel van de dienstbetrekking vorderen. In deze civiele procedure zullen zij op grond van het bovenstaande wellicht sterker staan. Het hof overweegt over het standpunt van CMG dat zij geen uitzendwerkgever is: 'Wat de verdere gevolgen daarvan zijn voor de individuele arbeidsovereenkomsten, wanneer moet worden geoordeeld dat dit standpunt onjuist is, is in deze procedure niet aan de orde' (ov. 5.2). Dat geldt echter eens zo zeer wanneer het standpunt van CMG wel juist is. De gehele gang van zaken demonstreert nog eens de gebrekkige procedure bij het preventief toezicht op ontslag door de CWI. De CWI is geen rechter, maar moet in feite wel een rechterlijk oordeel geven over de status van de arbeidsovereenkomst. Hoewel in casu het nog mogelijk was een oordeel in kort geding te vragen, hetgeen lang niet altijd het geval is, betreft dit een marginale toetsing van het overheidshandelen. Hiermee worden werknemers op achterstand gezet indien de CWI geneigd is het standpunt van de werkgever te volgen of - zoals in casu - zelfs nog verder te gaan. Gelet op de opdracht van de CWI om de werking van de arbeidsmarkt te bevorderen, is de neiging om zeker bij collectief ontslag het standpunt van de werkgever te volgen in het algemeen zeer sterk.

Het bovenstaande neemt niet weg dat de vraag onder ogen zou kunnen worden gezien of voor bepaalde functies afwijking van het anciënniteitsbeginsel te rechtvaardigen is. Te overwegen zou zijn om de mogelijkheid te bieden om hiervan bijvoorbeeld bij CAO af te wijken. De adviesaanvraag aan de Stichting van de Arbeid is ook een goede methode om een principiële discussie te voeren. Het moment van aanvang van een ontslagronde is echter niet het meest zuivere moment om het anciënniteitsbeginsel aan de orde te stellen.

8. Instemmingsrecht Ondernemingsraad

Holland Casino wilde het toezicht op de speelafels veranderen. Hierbij werd het aantal toezichthouders per speelafel gehalveerd. De nieuwe regeling werd in de vorm van een zes maanden durende 'pilot' voorlopig ingevoerd. Op verzoek van de ondernemingsraad had de President van de Rechtbank Den Haag uitgesproken dat hierover eerst de instemming van de OR diende te worden gevraagd. Het Hof Den Haag vernietigde dit vonnis. De OR was van mening dat het instemmingsrecht aan de orde was omdat het hier een regeling betrof op het gebied van de arbeids-

omstandigheden en een regeling inzake voorzieningen gericht op waarneming van of controle op gedrag of prestaties van werknemers (art. 27 lid 1 onder d en l WOR). Op beide punten krijgt de OR van de Hoge Raad ongelijk. Ten aanzien van de regelingen op het gebied van de arbeidsomstandigheden wordt geoordeeld dat deze volgens de wetsgeschiedenis betrekking moeten hebben op het arbeidsomstandighedenbeleid. Nu de maatregel niet het oog heeft op de arbeidsomstandigheden, maar op de werkverdeling, valt deze niet onder het instemmingsrecht. Wat betreft de andere regeling blijkt uit de wetsgeschiedenis dat deze het oog heeft op personeelsvolg- en informatiesystemen en niet op louter menselijk toezicht zonder gebruik van enig technisch of administratief (hulp)middel.

Bij dit arrest valt op dat de Hoge Raad het instemmingsrecht restrictief uitlegt. Met name de stelling dat besluiten die gevolgen hebben voor de arbeidsomstandigheden niet onder het instemmingsrecht vallen gaat zeer ver.

Toch krijgt de OR op twee andere punten van de Hoge Raad gelijk, zodat het arrest van het hof toch wordt vernietigd. Omdat aanvankelijk vooral ter discussie stond of er met een proef mocht worden begonnen en het instemmingsrecht toen niet omstrede was, stelde de OR dat het instemmingsrecht tussen partijen vast stond. Die stelling was door het hof onvoldoende onderzocht. Indien komt vast te staan dat in het kader van het overleg met de OR de ondernemer zich zonder voorbehoud en uitdrukkelijk op het standpunt heeft gesteld dat het te nemen besluit valt onder het instemmingsrecht, kan dit meebrengen dat het Holland Casino niet meer vrij stond zich op het ontbreken van het instemmingsrecht te beroepen, aldus de Hoge Raad. Daarnaast was de OR door het hof veroordeeld in proceskosten. Artikel 22a WOR, dat bepaalt dat de OR niet in proceskosten kan worden veroordeeld, omvat volgens de Hoge Raad echter niet alleen de in de WOR genoemde procedures, maar alle procedures tussen de ondernemer en de ondernemingsraad, dus ook een procedure in kort geding als de onderhavige (HR 20 december 2002, JAR 2003/18).

Bij dit arrest valt op dat de Hoge Raad het instemmingsrecht restrictief uitlegt. Dit wordt gemotiveerd met het limitatieve karakter van de opsomming van instemmingsplichtige onderwerpen in artikel 27 WOR. Deze uitleg zou echter ook kunnen leiden tot een uitholling van dat artikel. Met name de stelling dat besluiten die gevolgen hebben voor de arbeidsomstandigheden niet onder het instemmingsrecht vallen gaat zeer ver. Een ondernemer die bijv. een regeling treft dat de geluidsniveaus niet mogen stijgen boven 80dB zou wel een instemmingsplichtig besluit nemen, maar een besluit om voortaan nog slechts machines aan te schaffen waarbij geen aandacht wordt besteed aan het door hen te produceren geluid

zou geen instemming van de OR behoeven, ook als impliciet het arbeidsomstandighedenbeleid hierdoor zou worden bepaald. Of moeten we de uitspraak niet zo stellig lezen, en kan de OR nog steeds instemmingsrecht uitoefenen over besluiten die wezenlijk bepalend zijn voor het arbeidsomstandighedenbeleid, alleen was dit niet het geval met de wijzigingen in het toezicht bij Holland Casino?

Ook de overweging dat de ondernemer zich niet meer in tweede instantie op het ontbreken van instemmingsrecht kan beroepen, als hij dit in eerste instantie heeft aanvaard, roept vragen op. Dit zou ertoe kunnen leiden, dat ondernemers bij voorbaat een terughoudend standpunt innemen om te voorkomen dat zij zich reeds in een vroeg stadium te veel vastleggen. Dit zou het overleg niet bevorderen, omdat een ruimhartige opstelling van de ondernemer kan worden afgestraft. Per saldo zou dit contraproductief kunnen werken.

Op het gebied van het instemmingsrecht viel ten slotte nog op de uitspraak van het Hof Den Haag, waarin het besluit van de Minister van Justitie om een vacaturestop af te kondigen niet instemmingsplichtig werd geacht. Hiermee kwam het hof tot een oordeel dat tegengesteld was aan dat van de voorzieningenrechter in eerste instantie. De Departementale Ondernemingsraad achtte de afkondiging van een vacaturestop een besluit op het gebied van het aanstellingsbeleid (art. 27 lid 1 onder e WOR). De argumentatie van het hof is opmerkelijk. Als uitgangspunt neemt het hof de beschikking van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat het instemmingsrecht geen betrekking heeft op primaire arbeidsvoorwaarden, omdat hierover overleg met de vakorganisaties plaatsvindt. Vervolgens stelt het hof vast, dat een besluit over een vacaturestop 'nog fundamenteeler' is dan een besluit over primaire arbeidsvoorwaarden. En verder overweegt het college dat het overleg met de vakbonden voor de hand ligt, zonder dat uit het vonnis blijkt dat dit ook is gebeurd. Het hof gaat er echter aan voorbij dat de Hoge Raad tot zijn oordeel kwam omdat uit de wetsgeschiedenis bleek dat de wetgever een voorkeur had voor het CAO-overleg voor onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden (waarbij men zich overigens kan afvragen of de wetgever dit zo ver wilde doortrekken als de Hoge Raad deed én of dat standpunt nog van deze tijd is). De wetgever heeft zich echter niet uitgelaten over vacaturestops en het is niet algemeen gangbaar dat hierover met vakbonden wordt onderhandeld. Een ook verdedigbare gedachtegang zou zijn geweest dat het hier meer ging om een economisch besluit, in de vorm van het vooruitlopen op een inkrimping. Dan komt het adviesrecht in beeld en daar gaat het hof weer omheen door te overwegen dat dit later aan de orde komt en dat het besluit niets definitiefs vastlegt. Dat doet echter niets af aan het belang van werknemers dat overleg plaatsvindt over een ingrijpende zaak als een vrijwel algehele vacaturestop, die kan leiden tot werkverzwaring voor het overgrote deel van het personeel. Door de snelle afdoening van het hof op grond van de bovenstaande redeneringen, kwam het niet meer toe aan de vraag of het politieke primaat ook nog aan de orde is bij het instemmingsrecht. Wellicht dat dit nog eens in een andere procedure aan de orde kan komen (Hof 's-Gravenhage 19 december 2002, JAR 2003/15). ■