



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. (2007). Kroniek van het Sociaal Recht. *Njb-Kronieken*, 35, 2200-2208. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13658>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13658>

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

KRONIEK VAN HET SOCIAAL RECHT

1825 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss en prof. mr. J.M. van Slooten

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

Jaap van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en medewerker van dit blad.

Het afgelopen halve jaar gebeurde er veel in het sociaal recht. De arbeidsovereenkomst vierde zijn 100-jarige plaats in het Burgerlijk Wetboek. De participatietop trok veel aandacht en met name de daaraan gekoppelde discussie over het ontslagrecht. Minister Donner kwam mét een plan om het ontslagrecht ingrijpend te wijzigen. De discussie over ABN AMRO riep de vraag op in hoeverre het werknemersbelang nog mee telt bij grote overnames. Daarnaast vielen vele interessante rechterlijke uitspraken te noteren over onder meer de arbeidsovereenkomst, gelijke behandeling, arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en het collectieve arbeidsrecht.

ARBEIDSOVEREENKOMST

De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst bestaat dit jaar 100 jaar. Op 13 juli 1907 werd de Wet op de arbeidsovereenkomst aangenomen, in 1909 zou zij in werking treden. De Vereniging voor Arbeidsrecht besteedde een bijeenkomst aan dit historisch feit, in het *NJB* verscheen een overzichtsartikel van Jansen en Loonstra¹ en voor de beide tijdschriften *Sociaal Maandblad Arbeid* en *Sociaal Recht* is het eeuwfeest aanleiding om dit najaar voor het eerst in hun geschiedenis een gezamenlijk geredigeerd themanummer te verzorgen, dat wordt verdeeld over de beide uitgaven.

DE MANAGEMENT-BV

De discussie over de vraag wanneer een arbeidsovereenkomst mag worden aangenomen als een overeenkomst niet zo is benoemd, is al even oud als deze regeling. Van oudsher werd door de rechter ter bescherming van de werknemer zo nodig door de vorm van de overeenkomst heen gekeken en beoordeeld of deze wezenlijk voldoet aan de essentiële elementen van de arbeidsovereenkomst: arbeid, loon en (vooral)

gezag. Ingewikkelder is de discussie geworden door de toenemende mondigheid van werkenden die er toe heeft geleid dat zij soms zelf liever geen arbeidsovereenkomst sluiten. De Hoge Raad heeft hiervoor in het befaamde arrest *Groen/Schoevers* geprobeerd een oplossing te vinden. Wat tussen partijen heeft te gelden, wordt volgens dit arrest bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. Daarbij mag de rechter ook acht slaan op de maatschappelijke positie van de partijen.² Hoewel het laatste criterium geen scherp afgebakend houvast biedt³, is de bedoeling duidelijk.

Het probleem is echter wel, dat gezien het belang van de partijbedoeling die in dit arrest wordt onderstreept, het nu mogelijk is dat één en dezelfde arbeidsverhouding nu kan worden beschouwd als opdracht én als arbeidsovereenkomst (figuren die elkaar volgens de wet uitsluiten), afhankelijk van hoe partijen dit zelf overeenkomen.

Dit probleem kwam scherp aan de orde in de zaak van de *Stichting Thuiszorg Rotterdam* (hierna: Thuiszorg) tegen het pensioenfonds *PGGM*. Thuiszorg had een managementovereenkomst gesloten met de Kniphram Holding BV, waarbij de Holding het feitelijke bestuur vormde van Thuiszorg. Op basis van deze overeenkomst vervulde Knipscheer sinds 1992 de functie van algemeen directeur. In 2000 kreeg Thuiszorg een nahef-

1. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'De eeuw van de Wet op de arbeidsovereenkomst', *NJB* 2007, 1390, p. 1654-1661.

2. HR 14 november 1997, NJ 1998, 149, JAR 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

3. Zie J.J. Trap, 'De Hoge Raad na *Groen/Schoevers*: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007, 24, p. 21.

fing van PGGM voor de premies voor de pensioenverzekering van Knipscheer. Criterium voor de verplichte deelneming aan deze regeling was het werkzaam zijn op arbeidsovereenkomst. Bij de kantonrechter kreeg Thuiszorg gelijk, maar het hof oordeelde dat er wel een arbeidsovereenkomst was. Het hof overwoog dat nu over de managementfee geen BTW in rekening werd gebracht, er in beginsel sprake was van ondergeschiktheid van Knipscheer ten opzichte van Thuiszorg. Ook de statuten van beide rechtspersonen wezen in die richting. De managementovereenkomst verplichtte Knipscheer er verder toe de activiteiten persoonlijk te verrichten. De managementfee werd ten slotte door de loonadministratie betaald zonder dat daarvoor nota's werden ingediend.

Tegen dit oordeel kwam Thuiszorg vergeefs in cassatie op. De criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst zijn volgens de Hoge Raad zowel van toepassing in het geval partijen erover twisten of tussen hen een arbeidsovereenkomst is gesloten, als wanneer een derde betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst heeft te gelden. Daarnaast acht de Hoge Raad deze criteria niet alleen van belang wanneer moet worden bezien of een contractuele relatie tussen een opdrachtgever en een natuurlijk persoon een arbeidsovereenkomst (geworden) is, maar ook wanneer in geschil is of werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een managementovereenkomst met een 'uitlener' (Kniphham) dan wel uit hoofde van een arbeidsovereenkomst met de betrokken arbeidskracht (Knipscheer). Anders dan in de casus van het arrest *ABN AMRO/Malhi*⁴, is in deze zaak niet de vraag aan de orde of er sprake is van een geruisloze overgang van een inleensituatie naar een arbeidsovereenkomst, nu het hof niet heeft aangenomen dat Knipscheer aanvankelijk op andere basis dan een arbeidsovereenkomst voor Thuiszorg werkzaam was. Het hof hoefde zich niet van zijn oordeel te laten weerhouden door de enkele omstandigheid dat vaststaat dat Knipscheer en Thuiszorg geen arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten, omdat zij de verplichte deelneming in het pensioenfonds niet wensten. Voor de beoordeling van de vraag of een arbeidsovereenkomst tussen Knipscheer en Thuiszorg bestond, heeft het hof terecht tot uitgangspunt genomen dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die Knipscheer, Kniphham en Thuiszorg aan hun respectieve verhoudingen hebben verbonden, in hun onderling verband moeten worden bezien, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden van het geval.⁵

Voor degenen die na het arrest *Groen/Schoevers* dachten dat de partijbedoeling bij dit leerstuk de overheersende factor is geworden, maakt dit arrest zeer duidelijk dat dit in elk geval een onjuiste visie is. De feitelijke situatie is nog steeds van belang, ook als partijen uitdrukkelijk een andere overeenkomst beogen te sluiten. Het gaat uiteindelijk om de afweging van alle factoren in onderling verband, de 'holistische

weging' zoals die eerder door advocaat-generaal Huydecoper is genoemd. Partijen die geen arbeidsovereenkomst wensen, zullen in elk geval facturen voor de werkzaamheden moeten sturen, BTW moeten betalen en hun statuten met de situatie in overeenstemming moeten brengen⁶, zoveel is wel duidelijk. Of dat voldoende is indien de arbeid persoonlijk moet worden verricht, blijft echter de vraag.

Consistent in de benadering van de Hoge Raad is dat degene die alleen een constructie kiest om een ongewenst rechtsgevolg te ontlopen, de zaak niet wint. Bij *Groen/Schoevers* moest om dat resultaat te bereiken géén arbeidsovereenkomst worden aangenomen en in deze zaak juist wel. In de socialeverzekeringsrecht-spraak zijn wel eerder gevallen aangenomen waarin door een 'managementovereenkomst' werd heengekeken en toch een dienstbetrekking werd aangenomen. Ook daar was het beslissende criterium dat de arbeid persoonlijk moest worden verricht.⁷ Deze lijn wordt nu doorgetrokken van de publiekrechtelijke sociale verzekering naar het privaatrecht. De Hoge Raad voorkomt dat de onderlinge verhouding tussen partijen en die tussen 'werkgever' en pensioenfonds uiteen gaat lopen, door te overwogen dat in deze beide verhoudingen dezelfde criteria gelden. Het probleem is wel, dat de 'werknemer' in dit geval geen partij is in de procedure en zijn belangen niet rechtstreeks heeft kunnen behartigen. Verder is van belang dat de Hoge Raad bevestigt dat het uit het *ABN AMRO/Malhi*-arrest afkomstige criterium 'geruisloze overgang' als bezwaar tegen een 'van kleur verschieten van een contract' uitdrukkelijk beperkt tot inleensituaties. Een als opdracht begonnen overeenkomst kan tussen dezelfde partijen wel na verloop van tijd veranderen in een arbeidsovereenkomst, zo moet worden opgemaakt uit de woordkeus in verschillende overwegingen van dit arrest. Dat draagt bij aan de bescherming van werknemers.

Bij deze discussie sluit aan dat M. Aerts aan de UvA haar proefschrift verdedigde over de zelfstandige in het sociaal recht. Hierin staat de rechtspositie van met name de zelfstandige zonder personeel centraal, een voor het arbeidsrecht nieuwe benadering die aansluit bij de ontwikkeling van de praktijk waarin steeds meer werknemers onder de werking van het gewone arbeidsrecht proberen uit te komen.⁸

4. HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 (*ABN AMRO/Malhi*).

5. HR 13 juli 2007, C05/331, LJN BA 6231 (*Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

6. In HR 15 december 2006, JAR 2007/19 (*Van Houdts/BBO*), wordt wel door een constructie heen gekeken, waarin op de statutair juiste wijze door middel van een vof een rechtspositie als zelfstandige was gecreëerd, terwijl de werkzaamheden werden voortgezet als voorheen op basis van arbeidsovereenkomst was gebeurd.

7. CRvB 7 augustus 1997, USZ 1997, 248.

8. M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht* (Mon. Sociaal Recht, nr. 41), Deventer: Kluwer 2007.

Consistent in de benadering van de Hoge Raad is dat degene die alleen een constructie kiest om een ongewenst rechtsgevolg te ontlopen, de zaak niet wint.

PARTICIPATIETOP

Op 27 juni 2007 werd een 'participatietop' gehouden tussen het kabinet en de sociale partners. De bijeenkomst moest enkele malen worden uitgesteld omdat geen overeenstemming kon worden bereikt over de agenda. Kort gezegd wilden de werkgevers niet komen als het ontslagrecht niet besproken kon worden, en vond de vakbeweging het ontslagrecht geen thema dat ter discussie moest worden gesteld in het streven naar vergroting van de arbeidsparticipatie. Uiteindelijk is op de top een breed scala aan maatregelen besproken op het gebied van verbetering van de arbeidsmarkt, waaronder gericht beleid om de participatie van ouderen, jongeren, allochtonen, vrouwen en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers te bevorderen. Sociale partners zullen in cao's afspraken maken om het beleid te ondersteunen, zoals het goedkoper maken van het aannemen van oudere werknemers en een beleid van demotie bij afnemende productiviteit. Werkgevers hebben zich in beginsel verplicht om arbeidsplaatsen aan te bieden voor moeilijk plaatsbare werklozen. Daarbij hebben zij echter als voorwaarde gesteld dat het ontslagrecht wordt versoepeld. Dat laatste maakt geen onderdeel uit van het akkoord van de participatietop, omdat de vakbeweging daarmee niet kon instemmen. Wel kwam het kabinet na afloop met een eigen initiatief op dit punt.

NAAR EEN NIEUW ONTSLAGRECHT?

Het voorstel van het kabinet voor een nieuw ontslagrecht is reeds samengevat in de nieuwsrubriek van het *NJB* 2007, 1443, p. 1716-1717.⁹

Wat betreft het ontslagrecht merkt het kabinet op dat het huidige stelsel niet altijd reële bescherming biedt, maar vooral bescherming door de hinderwerking van de kosten en lasten van ontslag. De wijziging moet enerzijds de werknemer nog steeds een reële bescherming bieden tegen willekeur, maar anderzijds geen onnodige belemmeringen opwerpen voor een adequa-

te bedrijfsvoering.

In de bijlage worden de hoofdlijnen van het voorgestelde stelsel uiteengezet.

Het voorstel is wat breder dan alleen het ontslagrecht. Zo krijgt de werknemer een recht op scholing, maar medewerking aan scholing wordt tegelijkertijd ook een verplichting voor hem. Dat recht moet de werknemer 'employable' houden. Het wordt in algemene zin geformuleerd, zodat het decentraal nader kan worden ingevuld, maar wel een aanspraak over en weer oplevert. Daarnaast wordt de regeling van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het voorstel enigszins gelimiteerd. Uit onderzoek blijkt dat van de wettelijke regeling in cao's op grote schaal wordt afgeweken.¹⁰ In het voorstel worden hieraan grenzen gesteld, mede ingegeven door de Europese jurisprudentie.

Ten aanzien van het ontslagstelsel is de belangrijkste wijziging dat de preventieve toetsing in het voorstel grotendeels verdwijnt en wordt vervangen door een vaste vergoeding voor elke door de werkgever ontslagen werknemer. Alleen bij bedrijfseconomische motieven mag de werkgever er toch voor kiezen om advies aan het CWI te vragen en bij positief advies de arbeidsovereenkomst zonder vergoeding opzeggen. De wettelijke vergoeding wordt gebaseerd op de A- en B-factor volgens de thans bekende Kantonrechttersformule. Daarbij vindt wel een maximering plaats tot een jaarsalaris of € 75 000. Voorts mag een kwart van de scholingskosten op de vergoeding in mindering worden gebracht. De C-factor (correctiefactor) verdwijnt grotendeels. Alleen een ontslag zonder wettelijke vergoeding, een kennelijk ongegrond ontslag of één in strijd met een opzegverbod is vernietigbaar. Meent de rechter dat instandhouding van de arbeidsovereenkomst in dat geval toch niet in de rede ligt, dan wordt de vergoeding verdubbeld en is deze ten minste gelijk aan drie maal het maandsalaris. De opzegtermijn voor de werkgever wordt verkort tot vier weken, na afloop van een aanzegtermijn van vier weken, gedurende welke de werknemer nog bezwaar kan maken.

Het voorstel brengt een ingrijpende wijziging van het ontslagrecht mee.¹¹ De Stichting van de Arbeid kon dan ook snel adviseren, want deze behoefde slechts de twee totaal tegenovergestelde adviezen van werkgevers en werknemers aan elkaar te hechten.¹²

De werkgevers kunnen instemmen met de voorgestelde richting, maar willen de vergoedingen verlagen. De vakorganisaties achten de voorstellen onevenwichtig. De voorstellen dreigen 'de basis onder het arbeidsrecht weg te slaan'. De stelling dat de arbeidsmarkt

9. Zie brief aan de Stichting van de Arbeid van 3 juli 2007, nr. AV/IR/2007/23064.

10. W. Smits en A. van den Aamele, *De Wet flexibiliteit en zekerheid, een onderzoek naar de 3/4 bepalingen in de cao's van 2006*, Den Haag: SZW 2007. Zie ook R. Knegt e.a., *Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid*, Amsterdam: HSI/Hoofddorp: TNO 2007.

11. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', *SR* 2007, 51.

12. Stichting van de Arbeid, *Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag 'Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht'*, nr. 5/07, Den Haag: STAR 30 augustus 2007.

hierdoor beter zal functioneren wordt niet onderbouwd. Ook wordt gevraagd naar voorstellen om de vergoedingen voor topinkomens te beperken.

De komende maanden zal het kabinet zich nu moeten beraden over de vraag hoe verder wordt gegaan met deze discussie. Ook in arbeidsrechtelijke kring zal de discussie ongetwijfeld op gang komen. Daarbij zal met name de vraag beantwoord moeten worden of de afschaffing van de CWI-procedure er nu ook toe moet leiden dat de rechter nauwelijks meer een oordeel zal mogen vormen over de verwijtbaarheid van een ontslag. Het streven van het voorstel is duidelijk om de rechterlijke macht procedures te besparen, maar gaat het niet wat ver om bijna elk ontslag ongeacht de redelijkheid daarvan op te lossen met een standaardvergoeding? Zo komen we van het ene uiterste (elk ontslag vooraf toetsen) in het andere (bijna geen toegang meer tot de rechter). Ook het ontbreken van elk criterium voor de volgorde van ontslagen is opmerkelijk. Zou dit niet te gemakkelijk tot ontslag van oudere werknemers leiden? Waar een poging om ruimte voor eigen criteria in cao's te bieden enkele jaren geleden al schielijk werd ingetrokken, zou ook hier sprake zijn van een ontwikkeling van het ene uiterste (strikte toetsing aan afspiegelings- en anciënniteitscriteria) in het andere (volstreekte beleidsvrijheid van de werkgever). De discussie van de komende periode zal wellicht tot wat meer nuancering kunnen leiden op dergelijke punten.

MISBRUIK CONTRACTEN VOOR BEPAALDE TIJD

In 1999 heeft de Wet Flexibiliteit en zekerheid een nieuwe regeling voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gebracht. Volgens artikel 7:668a BW mogen maximaal drie aansluitende contracten voor bepaalde tijd worden gesloten en mogen opeenvolgende contracten niet langer dan drie jaren. Wordt dit aantal respectievelijk deze termijn overschreden, dan wordt het contract van rechtswege geconverteerd in één voor onbepaalde tijd. De minimale onderbrekingsperiode tussen twee contracten om van een nieuwe reeks te kunnen spreken, bedraagt drie maanden.

Reeds bij de kamerbehandeling werd de vraag gesteld wat het gevolg zou zijn indien de werkgever contracten zou sluiten met steeds iets meer dan drie maanden tussenpoos. De minister antwoordde dat als jaar in, jaar uit contracten voor bepaalde tijd worden afgesloten met steeds een onderbreking van drie maanden, op enig moment sprake kan zijn van misbruik van recht om ontslagbescherming van de werknemer tegen te gaan. Het was volgens de minister aan de rechter om in een dergelijke situatie een oordeel te vellen. De problematiek zou immers gelden bij elke termijn die je zou stellen en was derhalve niet in wettelijke regels te vangen.¹³

De Hoge Raad heeft nu voor de eerste keer de gelegenheid gekregen om licht op deze kwestie te werpen. Simpsons had vier arbeidsovereenkomsten voor be-

paalde tijd gesloten met Greenpeace. Om te voorkomen dat dit zou leiden tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, was hij enkele maanden voor het aflopen van de derde overeenkomst uit dienst getreden, zodat tussen de derde en vierde overeenkomst een onderbreking van drie maanden ontstond. Uit de voorgeschiedenis was duidelijk dat deze constructie was gekozen om het ontstaan van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te voorkomen.

De Hoge Raad overweegt dat, gezien ook de parlementaire geschiedenis, van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van artikel 7:668a BW niet reeds sprake is door het enkele feit dat werkgever en werknemer overeenkomen dat de werknemer na het verstrijken van een tussenpoos van meer dan drie maanden weer in dienst van de werkgever zal treden. De vraag of bij de beëindiging van de derde arbeidsovereenkomst sprake was van een schijnhandeling was onvoldoende in de feitelijke instanties naar voren gebracht. De verwerping door het hof van de stelling dat deze beëindiging in strijd was met de wet of door misbruik van omstandigheden tot stand gekomen, was niet onbegrijpelijk.¹⁴

Met deze uitspraak sluit de Hoge Raad nauw aan bij de parlementaire geschiedenis. De vraag of er sprake is van misbruik bij onderbrekingen van meer dan drie maanden komt pas aan de orde als er sprake is van jarenlange praktijk. Tegelijkertijd is duidelijk dat werkgevers hun personeelsbeleid niet structureel kunnen baseren op het laten doorwerken op tijdelijke contracten met telkens drie maanden onderbreking. De constructie zoals toegepast bij Greenpeace heeft duidelijk dubieuze kanten. Een dergelijke opzet lijkt in incidentele gevallen nog wel acceptabel, maar het moet geen gewoonte worden. Daarbij dient bedacht te worden dat de Europese richtlijn betreffende tijdelijke arbeid ook spreekt van een onderbrekingsperiode, en dat deze kritisch blijkt te worden gevolgd door het Hof van Justitie EG. Wij verwijzen hiervoor verder naar een bijdrage van Jaspers aan de ook overigens lezenswaardige bundel, aangeboden aan prof. Fase bij zijn afscheid van de Universiteit van Tilburg.¹⁵

13. S. Kuip en C.G. Scholtens, *Parlementaire geschiedenis Wet Flexibiliteit en zekerheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 546.

14. HR 29 juni 2007, JAR 2007/215 (Simpson/Greenpeace). Zie voor het nietigverklaren van een beëindiging op grond van een wilsgebrek nadat de arbeidsovereenkomst reeds voor onbepaalde tijd was geworden Hof Leeuwarden 13 juli 2005, JAR 2005/204.

15. Teun Jaspers, 'Bepaaldetijdcontracten in fasen', in: Antoine Jacobs en Frans Pennings (red.), *Een inspirerende fase in het sociaal recht (Fase-bundel)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 1-15. In meer algemene zin verscheen over de relatie nationaal en Europees arbeidsrecht F.J.L. Pennings, *Nederlands arbeidsrecht in een internationale context*, (Mon. Sociaal Recht, nr. 43), Deventer: Kluwer 2007.

COLLECTIEF ARBEIDSRECHT

De krantenkoppen laten de laatste jaren duidelijk zien dat er iets gaande is rond de macht en bevoegdheden van vakorganisaties. De organisatiegraad schommelt al jaren rond de 25% en het ledenbestand vergrijsd zienderogen. Dat gegeven kan al snel in verband worden gebracht met een aantal ontwikkelingen in het collectieve arbeidsrecht. In de eerste plaats valt te wijzen op de positie die vakbonden innemen in het debat over corporate governance. Daarnaast speelt de vraag naar de representativiteit van de vakorganisaties een toenemende rol. Ook het proefschrift van Koot-van der Putte over collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid sluit bij deze ontwikkeling aan.¹⁶

OVERNAME ABN AMRO

De mogelijke overname van ABN AMRO door Barclays of een consortium van Bank of Scotland, Fortis en Santander houdt ook arbeidsrechtelijk de gemoederen bezig, nu afhankelijk van de overnemende partij, de werkgelegenheid bij de bank zelf, als ook in de finan-

Gaat het niet ver om bijna elk ontslag ongeacht de redelijkheid daarvan op te lossen met een standaardvergoeding?

ciële sector in Amsterdam op kortere en langere termijn hierdoor kan worden bedreigd. Aanvankelijk is alleen vanuit het belang van de aandeelhouders hier tegen geprocedeerd. De Vereniging van effectenbezitters (VEB) heeft met enkele andere belanghebbenden vergeefs getracht de verkoop van de Amerikaanse dochter La Salle te blokkeren. Na aanvankelijk succes bij de Ondernemingskamer, verwierp de Hoge Raad de eis in cassatie.¹⁷ Daarop heeft de VEB zich opnieuw tot de ondernemingskamer gewend met het verzoek om een enquête in te stellen naar de gang van zaken bij de overname. Bij dat verzoek hebben de vakorganisaties zich nu ook aangesloten. Tevens hebben zij eind augustus een zelfstandig, doch gelijklopend, enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer ingediend. Met deze nieuwe zaak kan wellicht duidelijk worden in hoeverre het werknemersbelang bij een overname als de onderhavige moet worden meegewogen.

De maatschappelijke onrust die is ontstaan over de toenemende invloed van aandeelhouders op de structuur en vestigingsplaats van ondernemingen, heeft opnieuw de vraag doen opleven of ook de ondernemingsraad hierbij een grotere rol moet krijgen. Het kabinet heeft de SER op 19 juni 2007 verzocht te adviseren over de vraag of de positie van werknemers in de onderneming versterkt dient te worden. Aanleiding is het advies dat de Commissie Frijns op 30 mei 2007 uitbracht over het Nederlandse systeem van corporate governance. Het advies wijst erop dat de onderneming een lange termijn samenwerkingsverband is tussen verschillende bij de vennootschap betrokken partijen en noemt daarbij uitdrukkelijk ook de werknemers. Het advies van de Commissie Frijns bevat echter geen specifieke aanbevelingen met betrekking tot de positie van werknemers. Het kabinet acht het daarom wenselijk dat de SER in aanvulling op de werkzaamheden van de Commissie Frijns nader verkent of de positie van werknemers in de onderneming versterking behoeft, een positie die niet los gezien kan worden van die van andere stakeholders.

Het kabinet verzoekt de SER in het kader van het advies een consultatie uit te voeren naar de opvattingen van alle relevante partijen, in het bijzonder werkgevers- en werknemersorganisaties, aandeelhouders en ter zake deskundigen.

De SER is verzocht uiterlijk medio oktober de vragen van de adviesaanvraag te beantwoorden.

In dit verband verscheen ook het doorwrochte proefschrift van Verburg over de rol van de ondernemingsraad bij de internationalisering van het bedrijfsleven, waarna de auteur prompt werd benoemd tot hoogleraar recht, arbeid en medezeggenschap bij de Radboud Universiteit Nijmegen.¹⁸

RECHT OP TOELATING TOT CAO-ONDERHANDELINGEN

Een andere ontwikkeling die zich in het collectieve actierecht voordoet en die verband houdt met de machtspositie van vakbonden is gelegen in de opkomst van de 'kleine' vakbond. De afgelopen jaren viel waar te nemen dat het aantal marginale en gele bonden opkwam en bovendien meer voet aan de grond kreeg. Marginale bonden zijn bonden met een zeer laag leden aantal. De LBV is daar een voorbeeld van. Deze heeft een aantal bedrijfstak-cao's gesloten, zonder erg representatief te zijn in die sectoren. Gele bonden zijn bonden die op ondernemingsniveau ontstaan en daarbij in meer of mindere mate worden gesteund door de werkgever. De opkomst van de kleine bonden lijkt nu tegengegaan te worden door de aanpassing in het Toetsingskader AVV zoals dat per 1 januari jl. gewijzigd werd. Kern van de wijziging is dat een ondernemings-cao niet meer automatisch gedispenseerd wordt van de algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao, maar dat alleen het geval is indien de vakbond aan bepaalde onafhankelijkheidseisen voldoet. Daarnaast wordt vrijstelling slechts gegeven indien 'vanwege zwaarwegende argu-

16. E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid* (Mon. Sociaal Recht, nr. 42), Deventer: Kluwer 2007.

17. HR 13 juli 2007, LJN BA7970, zie hierover F.B.J. Grapperhaus, *SR 2007*, 55 en P. van Schilfgaarde *NJB 2007*, 1633, p. 1950.

18. L.G. Verburg, *Het territorium van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven* (Mon. Sociaal Recht, nr. 40), Deventer: Kluwer 2007.

menten toepassing van de bedrijfstak-cao door middel van AVV redelijkerwijs niet kan worden gevegd. Van zwaarwegende argumenten is met name sprake als de specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingsfeer van de AVV-CAO gerekend kunnen worden.'

In de vorige kroniek besteedden wij al aandacht hieraan. Het was toen nog de vraag hoe dit laatste criterium zou moeten worden uitgelegd. Inmiddels heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een aantal beschikkingen gegeven in verband met dispensatieverzoeken van de nieuwe cao voor het uitzendwezen (de ABU CAO). Er werd onder meer dispensatie gevraagd ten behoeve van een subsector-cao die door een andere uitzendwerkgeversorganisatie was gesloten met het AVV. Uit de beschikking blijkt dat deze subsector cao niet gedispenseerd wordt omdat er geen sprake is van bedrijfsspecifieke kenmerken die aanmerkelijk verschillen van de kenmerken die voor de uitzendbranche als geheel gelden. Aan de onafhankelijkheid van de vakbond werd geen aandacht besteed. Voorheen was dit geen kwestie geweest. Het is dus daadwerkelijk moeilijker geworden om als buitenstaanders collectief te onderhandelen in een bedrijfstak waar de grote bonden al een cao hebben afgesloten. Een andere subsector cao in die branche die al langer placht te worden afgesloten, wordt om die reden wel gedispenseerd.

Naast marginale en gele bonden, zijn er nog bonden die op zichzelf algemeen erkend zijn, zoals tot uitdrukking komend in een zetel in de SER, maar in verhouding tot andere vakbonden slechts een kleine minderheid representeren. Het gaat hier vaak om bonden die zijn aangesloten bij de MP. Hierbij kan gedacht worden aan De Unie, die onder meer in de Horeca en de kinderopvang cao's heeft afgesloten. Dat leidt tot scheve gezichten bij de FNV en CNV en tot vragen als wie het recht heeft de Kinderopvang-Cao te sluiten.

In de kinderopvangwereld werd aanvankelijk door alle vakbonden deelgenomen aan overleg over de Cao-kinderopvang 2005. Een van de twee werkgeversorganisaties in die branche, de Bvok, heeft zich na verloop van tijd uit dit overleg teruggetrokken en met De Unie een cao gesloten, de Cao BKN. ABVAKABO, CNV en de MO-groep (de andere werkgeversorganisatie) hebben nadien de Cao-kinderopvang 2005 afgesloten. Deze laatste werd algemeen verbindend verklaard en de Cao BKN (het was nog onder het oude Toetsingskader) werd gedispenseerd. Niet lang na sluiting van beide cao's ontstond de noodzaak tot aanpassing van de Cao BKN, dit in verband met gewijzigde wettelijke regelingen. ABVAKABO vorderde toelating tot het overleg over de Cao BKN, hoewel zij dus geen partij daarbij was. De Bvok en De Unie wezen dit af, waarna ABVAKABO in kort geding toelating eiste. Deze eis is in feitelijke instanties afgewezen; de Hoge Raad heeft het cassatieberoep dat daartegen werd ingesteld eveneens afwezen.¹⁹

Het was voor het eerst dat de Hoge Raad zich over het

De vraag of er sprake is van misbruik bij onderbrekingen van meer dan drie maanden komt pas aan de orde als er sprake is van jarenlange praktijk.

vraagstuk van toelating tot cao-onderhandelingen kon uitlaten. Daarbij was niet aan de orde of een vakbond toelating tot cao-onderhandelingen kan afdwingen. De beantwoording van die vraag is afhankelijk van de afweging van enerzijds het recht om deel te kunnen nemen aan collectieve onderhandelingen en anderzijds het recht van anderen om vrij te zijn in de keuze van hun contractspartner. Er is in de afgelopen decennia een tiental uitspraken van lagere rechters geweest.²⁰ De advocaat-generaal vat het geldende recht op dit punt zo samen dat de onderhandelingsvrijheid als uitgangspunt geldt en dat de beslissing tot toelating het resultaat is van een belangenafweging. Die dient zorgvuldig te worden gemaakt en de representativiteit van de vakbond is daarbij een factor van grote betekenis. De Hoge Raad oordeelt (enigszins impliciet) in gelijke zin. In casu ging het om de vraag of dit uitgangspunt in gelijke mate heeft te gelden als het gaat om toelating van een vakbond tot overleg over *de aanpassing van een reeds bestaande cao waarbij die vakbond geen partij is*. Dan liggen de zaken enigszins anders. De partijen bij de bestaande cao zijn niet zonder meer gehouden een niet bij de cao partij zijnde vakbond toe te laten tot het overleg, ook al is deze representatief, als zij de gerechtvaardigde verwachting hebben dat daardoor dit overleg wegens fundamenteel gebrek aan overeenstemming niet tot resultaat zal kunnen leiden. De Hoge Raad laat evenwel de mogelijkheid open dat de belangen bij toelating groter of urgenter zijn, in welk geval de argumenten daartegen van meer gewicht zullen moeten zijn.²¹

Terug naar het Toetsingskader AVV: daar is representativiteit niet van belang; de cao waarvoor dispensatie wordt gevraagd moet zijn gesloten met een vakbond die ten minste een lid daadwerkelijk bindt, maar er is geen verdere eis gesteld. De vraag rijst nog wel of het Nederlandse sociaal recht consistent is in het al dan niet stellen van representativiteitseisen. Er is een SER-verordening ter zake, die spreekt over een 'niet onbetekenend aantal leden' die tot een bepaalde

19. HR 8 juni 2007, JAR 2007/162, JIN 2007/314 (m.nt. Zondag).

20. Meest recent nog Rb. Utrecht (vzr.) 10 januari 2007, JAR 2007/104.

21. Het arrest is besproken door F.B.J. Grapperhaus in *Ondernemingsrecht 2007/9*, p. 374-376.

groep behoren.²² Ook kan nog gewezen worden op de Kantonrechttersformule, die het heeft over 'voldoende representatief', terwijl het SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000 weer andere criteria hanteert. Misschien zijn die verschillen wel verklaarbaar, maar het komt ons voor dat het goed is om de consistentie in de gaten te houden, zeker nu die vaker onderwerp van debat in en buiten de rechtszaal is.²³

STAKINGSRECHT

Een derde onderdeel van het collectieve arbeidsrecht dat aan de orde kwam was het stakingsrecht. In een arrest van juni van dit jaar moest de Hoge Raad zich buigen over een staking van het overheidstelecommunicatiebedrijf op Aruba.²⁴ Aldaar had een vakbond zonder voorafgaande waarschuwing een staking uitgeroepen, hetgeen leidde tot een tijdelijke uitval van het telefoonverkeer op het eiland. Het Gemeenschap-

WET OVERGANG VAN ONDERNEMING EN CAO

Op het snijvlak van de Wet overgang van onderneming en het cao-recht lag het arrest van de Hoge Raad van 8 juni jl.²⁵ Hierin ging het om de uitleg van artikel 43 van de Schoonmaak-Cao. Deze bepaling legt de winnaar van een heraanbesteding van een schoonmaakcontract waarbij 50 of meer werknemers betrokken zijn, de verplichting op om de aldaar werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. In een situatie die op Schiphol speelde, werden de vliegtuigen van Northwest Airlines eerst schoongemaakt door ISS, op grond van een overeenkomst tussen ISS en KLM (namens Northwest Airlines). Nadat ISS dit contract had beëindigd, was Northwest Airlines zelf op zoek gegaan naar een schoonmaakbedrijf en had gecontracteerd met Lavas. Vervolgens sprak ISS Lavas aan op nakoming van artikel 43 Schoonmaak-Cao en vorderde de loonkosten die gemoed waren met de werknemers die

De toenemende invloed van aandeelhouders op de structuur en vestigingsplaats van ondernemingen, heeft de vraag doen opleven of ook de ondernemingsraad hierbij een grotere rol moet krijgen.

pelijke Hof van Justitie had de stakingsoproep onrechtmatig geoordeeld en de vakbond aansprakelijk gehouden voor de schade. In cassatie loopt het voorsnog goed af voor de vakbond wegens de onbegrijpelijkheid van het bestreden arrest. De casus wijst op een interessant fenomeen, waar gek genoeg nog niet veel rechtspraak over is. Steeds meer bedrijven worden voor wat betreft hun primaire bedrijfsvoering afhankelijk van telecommunicatie en ICT. Als werknemers op die afdelingen staken, ligt in veel gevallen het gehele bedrijf direct plat. Zo bezien kan ook een kleine vakbond met weinig, maar precies de goede leden veel macht uitoefenen. Het is een interessante vraag of een dergelijke machtspositie sneller tot het oordeel leidt dat een dergelijke staking onrechtmatig is.

op het Northwest Airlines contract werkzaam waren geweest, maar niet door Lavas waren overgenomen.

Het arrest gaat over de uitleg van artikel 43 Schoonmaak-Cao. Omdat dit een algemeen verbindend verklaarde bepaling is, betreft het de uitleg van recht in de zin van artikel 79 Wet RO. De uitleg die de Hoge Raad kiest is, betrekkelijk formeel te noemen. Artikel 43 spreekt over 'heraanbesteding' en gaat uit van dezelfde opdrachtgever. Omdat Northwest Airlines na afloop van het ISS-contract ervoor koos zelf te gaan contracteren, was daaraan niet voldaan. ISS betoogde daarentegen dat een dergelijke uitleg al snel aanleiding zou kunnen geven tot misbruiksituaties. Op aangeven van de A-G Timmerman wijst de Hoge Raad hier op de mogelijkheid om in dergelijke situaties een beroep te doen op het leerstuk van vereenzelviging.

Deze strikte uitleg verrast niet echt in het licht van de leer van de objectieve uitleg, zoals die sinds het arrest DSM/Fox geldt.²⁶ ISS had bepleit dat artikel 43 Schoonmaak-Cao beoogt om tegemoet te komen aan de moeilijkheid dat in sectoren zoals de schoonmaakbranche de Wet Overgang van onderneming bij een contractwisseling veelal niet van toepassing is omdat er geen sprake is van een overgang van een economische eenheid die zijn identiteit behoudt. De Hoge Raad oordeelt dat 'niet uit voor derden kenbare stukken' blijkt dat cao-partijen bedoeld hebben een verdergaande regeling te treffen dan blijkt uit de tekst van de bepaling.

Over deze bepaling in de Schoonmaak-Cao is de laatste jaren veel geprocedeerd.²⁷ Een van de problemen

22. Verordening representativiteit organisaties, Sociaal-Economische Raad 25 september 2000.

23. Zie Aanbeveling 3.6 en de toelichting daarop. Zie nader S.F. Sagel, 'Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan CAO's', *Arbeids-Recht* 2006, 44.

24. HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/163.

25. HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/324, *JAR* 2007/213.

26. HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. Du Perron.

27. Zie daartoe onder meer Hof Amsterdam 14 december 2006, *JAR* 2007/124; Ktr. Amersfoort 24 mei 2007, *JAR* 2007/182; Hof Amsterdam 18 november 2004, *JAR* 2005/95.

Het is moeilijker geworden om als buitenstaanders collectief te onderhandelen in een bedrijfstak waar de grote bonden al een cao hebben afgesloten.

die zich voordoet is de zogenaamde triggerfunctie van deze bepaling.²⁸ Hiermee wordt bedoeld dat de verplichting om een deel van het personeel een contract aan te bieden vanzelf leidt tot toepasselijkheid van de Wet Overgang van onderneming. Dit vloeit voort uit de bekende Sūzen-rechtspraak van het Hof van Justitie EG.²⁹ Omdat in de schoonmaak (en andere arbeidsintensieve sectoren) de mensen als het belangrijkste bedrijfs onderdeel worden gezien, leidt overgang van personeel tot overgang van een economische eenheid met behoud van haar identiteit.

Op deze werking speculeerde de CNV eind vorig jaar toen er onrust ontstond over de heraanbesteding van thuiszorgactiviteiten in het kader van de Wet Maatschappelijke ondersteuning door gemeenten. Duizenden thuiszorgmedewerkers dreigden hun baan te verliezen omdat gemeenten kozen voor goedkopere contracten die onder de Schoonmaak-Cao vielen. CNV betoogde dat artikel 43 Schoonmaak-Cao hier wel eens lelijk zou kunnen uitpakken voor de schoonmaakbedrijven (eerst verplichting thuiszorgmedewerkers een baan aan te bieden, met als gevolg dat de Wet Overgang van onderneming van toepassing is en daarmee ook de thuiszorg-Cao).³⁰ Het arrest van 8 juli 2007 biedt echter bepaald geen steun voor de gedachtegang van CNV.

Een ander aspect van de Wet Overgang van onderneming dat soms voor de beroering zorgt, is de overgang van arbeidsvoorwaarden. De Richtlijn en de Wet schrijven uitdrukkelijk voor dat een werknemer overgaat met behoud van alle plichten en rechten en het Hof van Justitie houdt strikt de hand aan de dwingendheid van deze bepaling. De praktijk worstelt daarmee omdat de verkrijger vaak de arbeidsvoorwaarden van de nieuwe collega's wil harmoniseren. Met name bij bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden, zoals winst- en aandelenoptieregelingen is dit een probleem. In het kader van een outsourcing van een ING-bedrijfs onderdeel had een groot aantal werknemers bezwaar gemaakt tegen het feit dat hun nieuwe werkgever niet langer de ING-arbeidsvoorwaarden onverkort handhaafde. Het Hof Den Bosch³¹ heeft hieromtrent overwogen dat een winstdeling in ieder geval wel kan worden overgenomen door een verkrijger, zij het dat deze dan aangepast mag worden aan de situatie van de werkgever en dat daarvoor enige tijd mag worden genomen. Indien overname van dezelfde arbeidsvoorwaarden niet mogelijk is, zoals bij een aandelenoptieregeling, ontstaat de verplichting voor de verkrijger in plaats daarvan schadevergoeding toe te kennen. Het arrest laat zien dat de richtlijn op dit vlak toe is aan revisie. De prak-

tijk is meestal dat verkrijgers geen moeite hebben met het principe dat de werknemer er niet op achteruit mag gaan, maar om praktische redenen slechts een pakket van gelijke waarde willen toekennen.

LEEFTIJDSDISCRIMINATIE

Sinds een aantal jaren is leeftijdsdiscriminatie een hot topic in het arbeidsrecht. Gingen de meeste procedures aanvankelijk over de afdwingbaarheid van een overeengekomen pensioenontslagleeftijd³², daarna ontstond de nodige ophef over seniorenregelingen zoals leeftijdsgebonden vakantiedagen. Daarover verscheen reeds in 2006 een advies van de CGB.³³ Hierin werd een overgangsregime aangekondigd dat liep tot december 2006. Thans zijn de eerste oordelen bekend waarin het advies na afloop van die termijn in concrete zaken is toegepast.³⁴ De kern van het advies van de CGB was de zogenaamde contextuele benadering. De CGB gaat ervan uit dat een leeftijdsspecifieke maatregel in het kader van sociaal overleg met de vakorganisaties is beoordeeld op noodzaak, achtergrond en plaatsing in een breder leeftijdsbewust personeelsbeleid. Indien daarvan sprake is, dan zal de CGB de beoordeling niet toespitsen op de betrokken maatregel maar ook acht slaan op de context waarbinnen de maatregelen zijn genomen. De oordelen laten zien dat de CGB betrekkelijk ver gaat in het toepassen van deze contextuele beoordeling. Er wordt een vrij technische, arbo-achtige inventarisatie van maatregelen en omstandigheden uitgevoerd.

ONTSLAGVERGOEDINGEN EN LEEFTIJDSDISCRIMINATIE

Dit jaar werd de vraag of ontslagvergoedingen in strijd zijn met de WGBLA actueel, mede in het licht

28. De term is van R.M. Beltzer, '30 jaar Overgang van Onderneming – een lijst van wensen', SMA 2007, p. 64.

29. HvJ EG 11 maart 1997, zaak C-13/95, JAR 1997/91.

30. Vraagtekens bij deze redenering werden reeds geplaatst door P.H.E. Voute, de wet maatschappelijke ondersteuning en de overgang van onderneming, Ondernemingsrecht 2007-2, p. 59-60.

31. Hof Den Bosch 17 juli 2007, JAR 2007/211.

32. Een eerste oordeel van de CGB onder Vigeur van de WGBLA. Het CGB-oordeel 2007-10; zie verder J. van der Hoeven, '(te) jong achter de geraniums?', SR 2007, p. 193 e.v.

33. Advies 2006-04 inzake seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase) bewust personeelsbeleid (maart 2006).

34. Zie 14 juli 2007, oordeel 2007-97, JAR 2007/165. Zie tevens van gelijke datum oordeel 2007-98 waar wel verboden onderscheid werd aangenomen.

De partijen bij de bestaande cao zijn niet zonder meer gehouden een niet bij de cao partij zijnde vakbond toe te laten tot het overleg, ook al is deze representatief.

van de politieke discussie over de wijziging van het ontslagrecht. Er is hier, opvallend genoeg, nog nauwelijks lagere rechtspraak over.³⁵ De CGB publiceerde in september van dit jaar een advies dat uitgebreid op de materie ingaat.³⁶ De CGB mag en wil zich geen oordeel aanmatigen over de Kantonrechtersformule zoals door de kantonrechters zelf toegepast. Wel kan zij een oordeel geven over formules die in sociale plannen worden afgesproken. Veelal wordt daarin aangehaakt bij de Kantonrechtersformule, zodat via deze omweg toch de 'echte' Kantonrechtersformule getoetst kan worden. Er is echter één verschil tussen beide: in laatstgenoemde wordt door middel van de C-factor de smaak van de zaak tot uitdrukking gebracht. In sociale plannen is deze C-factor echter vrijwel altijd gefixeerd.

Dat de Kantonrechtersformule onderscheid naar leeftijd maakt, wordt door vrijwel niemand betwist. De vraag is of dit objectief gerechtvaardigd kan worden. De commissie is van oordeel dat dit doorgaans het geval zal zijn. Samengevat houdt het advies op dit punt het volgende in:

- Het hanteren van de Kantonrechtersformule ter verwezenlijking van doelen als het rekening houden met de kwetsbare arbeidsmarktpositie van oudere werknemers en het belonen van bedrijfstrouw is in beginsel niet in strijd met de WGBLA.
- In zaken die de CGB zijn voorgelegd, zijn genuanceerdere grenzen gehanteerd dan in de Kantonrechtersformule zijn getrokken (de leeftijd van 40 en 50); hiervoor is goede aanleiding aangezien een correctiefactor als opgenomen in de Kantonrechtersformule in sociale plannen in de regel ontbreekt.
- De CGB adviseert opstellers van een sociaal plan om voor het bepalen van leeftijdsgrenzen aansluiting te zoeken bij onderzoeken naar de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers of bij overheidsprogramma's, gericht op de inzet van ouderen.

- Hieruit kan worden afgeleid dat het toekennen van een vergoeding op basis van de Kantonrechtersformule waarbij de C-factor is toegepast, doorgaans niet op problemen zal stuiten. Is de C-factor gefixeerd, zoals in veel sociale plannen, dan zullen partijen zich moeten afvragen of er niet een genuanceerdere regel moet worden opgesteld. Ook is dan denkbaar dat er meer onderzoek wordt gedaan ter rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid.
- Overigens is nog de vraag of hiermee alle discussiepunten zijn opgelost. Zo hanteert een toenemend aantal kantonrechters de zogenaamde Groenvariant, waarbij levensjaren boven 50 niet extra zwaar tellen in het kader van de formule. Een aantal rechters heeft dit als leeftijdsdiscriminatie bestempeld.³⁷

OUDERENREGELINGEN

- Een ander punt van aandacht betreft de zogenaamde ouderenregelingen. Dit zijn regelingen waarbij ouderen (vaak 55-plussers) een bijzondere regeling krijgen die hen in staat stelt om de tijd tot hun pensioen te overbruggen. De zaken die aan de CGB worden voorgelegd, komen veelal van 55-plussers die meer hadden willen krijgen. De ontwikkelingen op dit gebied waren al in gang gezet voor het advies van de CGB. Aanvankelijk stond deze kritisch tegenover regelingen waarbij ouderen verplicht worden van de suppletierегeling gebruik te maken. Soms impliceert zo'n regeling zelfs dat de betrokken werknemer gedwongen achter de geraniums terechtkomt. Eind 2006 volgde een oordeel³⁸ waarin de CGB een dergelijke regeling wel billijkte, mede op grond van het beginsel van leeftijdssolidariteit. Daarna ging het hard. De CGB achtte argumenten van belang die in het verleden (weliswaar bij andere discriminatiegronden) uit den boze waren. Zo wordt in oordelen van de laatste tijd meer belang gehecht aan het feit dat de regeling tot stand is gekomen in samenwerking met de sociale partners en ook het aanwezige budget kan een rol spelen bij de toetsing. In het advies zet de CGB deze lijn door, door te stellen dat het 'denkbaar is' dat een ouderenregeling om die reden objectief kan worden gerechtvaardigd. De getrokken leeftijdsgrens dient wel teruggevoerd te kunnen worden tot de veronderstelde arbeidsmarktpositie van de met ontslag bedreigde werknemers en bovendien moeten partijen inzicht hebben in de concrete effecten van de regeling.
- Dit alles leidt tot de conclusie dat het onderwerp leeftijdsdiscriminatie nog altijd in ontwikkeling is en dat in toenemende mate de bijzondere aard van dit persoonskenmerk wordt onderkend. ■

35. Zie o.m. Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, RAR 2006/153 en Ktr. Arnhem 15 januari 2007, JAR 2007/57.

36. CGB-advies *Leeftijdsonderscheid in sociale plannen, te verschijnen in september 2007.*