



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het sociaal recht

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

Citation

Heerma van Voss, G. J. J., & Van Slooten, J. M. (2011). Kroniek van het sociaal recht. *Njb-Kronieken*, 34(1754), 2299-2306. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18039>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18039>

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

Kroniek van het sociaal recht

Guus Heerma van Voss en Jaap van Sloten¹

In het sociaal recht doet de vergrijzing van de bevolking nu langzamerhand duidelijk haar invloed gelden. Werknemers die willen doorwerken bestrijden hen opgelegde verplichte pensionering op grond van leeftijdsdiscriminatie, terwijl de regering het doorwerken tot op hogere leeftijd wil bevorderen door de AOW-gerechtigde leeftijd te verhogen. Dat vereist echter afstemming met de aanvullende pensioenen. De discussie over het pensioenakkoord met de sociale partners leidde tot heftige emoties. Een tweede opvallende tendens is de toenemende invloed van het EU-arbeidsrecht. Steeds meer bepaalt de Europese rechtspraak belangrijke tendensen in Nederland, of het nu gaat om overgang van onderneming, arbeidstijden, collectief ontslag of vakantieregelingen. Maar ook nog traditioneel sterk nationaal bepaalde gebieden, zoals het cao-recht, ondervinden de spanning van nieuwe ontwikkelingen. Zo was ook het afgelopen jaar weer een spannend jaar in het sociaal recht.

Leeftijdsdiscriminatie

Het Hof van Justitie wees een aantal interessante arresten op het gebied van leeftijdsdiscriminatie. Hierdoor weten we dat een cao-bepaling die automatisch leeftijdsontslag bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd inhoudt, niet in strijd is met de Kaderrichtlijn (de *Rosenblatt*-zaak;² Richtlijn 2000/78/EU). Niet is toegestaan een regeling waarbij de ontslagvergoeding voor een oudere werknemer wordt afgetopt tot het loon dat hij tot zijn vroegpensioen-datum had kunnen verdienen (de *Andersen*-zaak).³ Bulgaarse hoogleraren kregen ongelijk toen ze zich beklagden over het feit dat ze vanaf hun 65^{ste} slechts op contracten voor bepaalde tijd te werk werd gesteld door de Technische Universiteit van Sofia (het *Georgiev*-arrest).⁴ Ten slotte werd op de valreep van deze kroniek arrest gewezen door het Hof in de *Prigge*-zaak. Het Hof oordeelde hier een automatisch leeftijdsontslag van Lufthansa-piloten in strijd met de Kaderrichtlijn nu de daarvoor gegeven rechtvaardigingsgrond, te weten de vliegveiligheid, inmiddels was achterhaald.⁵ Een rode draad in een aantal arresten is de verhouding tussen het verbod op leeftijdsdiscriminatie en de vrijheid van collectief onderhandelen, zoals in art. 28 Handvest van de grondrechten van de EU vastgelegd.

Een opmerking vooraf. Het gaat in de meeste van deze arresten om oudere werknemers. Zaken van jongeren komen minder voor.⁶ De meeste zaken die door ouderen

zijn aangespannen, gaan over het moment waarop, de voorwaarden waaronder en de wijze waarop arbeidsovereenkomst eindigt dan wel kan worden voortgezet.⁷ In de meeste landen (Duitsland, Engeland, Spanje, Bulgarije en Nederland) is de pensioenontslagleeftijd 65. Op basis van eerdere jurisprudentie (*Palacios*⁸ en *Age Concern*⁹) had het Hof al de lijn ingezet dat de ontslagleeftijd van 65 in beginsel objectief gerechtvaardigd is. In het *Rosenblatt*-arrest wordt deze lijn bestendigd en verdiept.

Rosenblatt maakte gebouwen schoon. Als gevolg van het bereiken van de 65-jarige leeftijd eindigde haar arbeidsovereenkomst automatisch op grond van de algemeen verbindend verklaarde Duitse Schoonmaak-cao. Zij kreeg een wettelijk ouderdomspensioen van € 253 bruto per maand. De Duitse regering had de regeling met drie argumenten gerechtvaardigd:

- de doorstroming van het personeel;
- een objectieve selectiemethode (in plaats van een als vernederend gekenschetste individuele beoordelingsmethode); en
- het bestaan van een wettelijke vervangende inkomensvoorziening.

Dat het goed zou aflopen voor de werkgever was niet op voorhand duidelijk. Er waren bij de betreffende werkgever diverse 65-plussers werkzaam. Er was bovendien geen bijzonder risico van vergrijzing van de beroepsbevolking in

Auteurs

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

Noten

2. HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/279; NJ 2011/2, m.nt. Mok (*Rosenblatt*).
3. HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/296; NJ 2011/1, m.nt. Mok (*Andersen*).
4. HvJ EU 18 november 2010, JAR 2011/25, m.nt. Peters (*Georgiev*).

5. HvJ EU 13 september 2011, nr. C-447/09 (*Prigge*).

6. Zoals bekend voorziet art. 7:668a lid 6 BW sinds 1 januari 2010 erin dat jongeren tot 27 minder gunstig behandeld worden bij het aangaan van contracten voor bepaalde tijd. Zie daarover in kritische zin: D. de

Wolff, *ArbeidsRecht* 2010/50.

7. Bij uitzondering is het Zweden, HvJ EG 18 februari 2010, JAR 2010/53.
8. HvJ EG 16 oktober 2007, JAR 2007/288.
9. HvJ EG 5 maart 2009, JAR 2009/93.

In deze laatste overweging zit een waarschuwing voor werkgevers die erop rekenen om van een werknemer via een automatisch ontslagbeding af te zijn

deze branche. Bovendien was het pensioen van mevrouw Rosenblatt niet bijster hoog. Toch loopt het goed af voor de werkgever. Opvallend genoeg draagt daaraan bij dat er een mechanisme van *automatische* beëindiging is; kennelijk zou het anders kunnen liggen indien de arbeidsbetrekking eenzijdig door de werkgever kan worden beëindigd. Het Hof wijst erop dat een dergelijke automatische beëindigingsclausule een contractuele grondslag had. Zij is het resultaat van onderhandelingen tussen werknemers en werkgevers 'die aldus een recht op collectief onderhandelen, dat is erkend als een grondrecht, hebben uitgeoefend'. Vervolgens stelt het Hof vast dat doordat de clausule 'een zekere arbeidsstabiliteit verzekert' en op lange termijn een vooruitzicht op pensioen, maar tegelijkertijd de werkgevers een zekere flexibiliteit in het personeelsbeheer biedt, deze clausule dus de afspiegeling van een evenwicht is tussen de uiteenlopende, maar legitieme belangen binnen een complexe context van arbeidsverhoudingen, dat nauw verband houdt met politieke keuzen op het gebied van pensioen en werkgelegenheid. (r.o. 68) Vervolgens overweegt het Hof dat de sociale partners een ruime beoordelingsmarge hebben op dit vlak en dat de clausule die ze hebben gehanteerd 'niet onredelijk lijkt'.

Het probleem van het lage pensioen van mevrouw Rosenblatt lost het Hof op door te overwegen dat het Rosenblatt niet was verboden om verder te werken in de branche en dat zij de bescherming van de Kaderrichtlijn genoot indien haar 'op grond van haar leeftijd een arbeidsplaats wordt geweigerd door haar oude werkgever of door een derde'. In deze laatste overweging zit dus wel een waarschuwing voor werkgevers die erop rekenen om van een werknemer via een automatisch ontslagbeding af te zijn. Indien dezelfde arbeid weer opnieuw wordt aangeboden (extern) en de betrokken ex-werknemer weer solliciteert, zal het nog moeilijk zijn om uit te leggen dat geen onderscheid wordt gemaakt bij het aangaan van een arbeidsbetrekking. Men kan zich afvragen hoe realistisch het is dat 65-plussers in de praktijk nog worden aangenomen.

Inmiddels heeft minister Kamp aangekondigd een wetsvoorstel voor te bereiden dat het pensioenontslagbeding wettelijk regelt.¹⁰ Eerder had Heemskerk in zijn proefschrift daar al voor gepleit.¹¹ In de *Prigge*-zaak oordeelde het Hof dat een automatisch ontslagbeding van Duitse verkeersvliegers bij 60 jaar in strijd was met de richtlijn. Hoewel A-G Cruz Villalón had geadviseerd dat in beginsel alle leeftijdsontslagen bij 60 jaar disproportioneel waren en daarom in strijd met de richtlijn, heeft het Hof zich beperkt tot de Duitse casus. Daarin had Lufthansa de luchtverkeersveiligheid als rechtvaardiging genoemd voor het onderscheid. Het Hof kon daar gemakkelijk doorheen prikken, omdat de JAR-ICL-regels niet beletten dat een vlieger van 60 jaar of ouder een vliegtuig kan besturen. De enige beperking is dat er nog andere

piloten in het toestel moeten zijn die de leeftijd van 60 nog niet hebben bereikt.

De verhouding tussen gelijke behandeling en het recht op collectief onderhandelen kwam ook terug in een arrest van 8 september 2011.¹² Hierin keurde het Hof een salarissysteem af waarin men op basis van leeftijd een loonsverhoging kreeg. Twee werknemers van 31 kregen dus evenveel ook als de een al tien jaar werkte en de ander net was begonnen. Vervolgens zegt het Hof: 'Het feit dat het Unierecht zich verzet tegen die maatregel en dat deze is opgenomen in een cao. [doet] geen afbreuk aan het in artikel 28 van het Handvest opgenomen recht om collectief te onderhandelen en cao's te sluiten.' Dat klinkt wat stilliger dan de ruimte die het Hof in *Rosenblatt* toekent aan sociale partners.

In de *Andersen*-zaak ging het over onderscheid bij de toekenning van een ontslagvergoeding. De Deense wet kende een dergelijke vergoeding toe bij ontslag. Die vergoeding werd in het geval van Andersen niet toegekend, omdat hij aanspraak kon maken op pensioen. De gedachte daarachter is dat hij dan ook geen schade lijdt. Pensioentechnisch ligt dat echter ingewikkelder, zoals Andersen met succes bepleitte: door eerder met pensioen te gaan, werd het levenslang ouderdomspensioen verlaagd. Bovendien impliceerde de regeling dat een werknemer zo snel hij kan uit het arbeidsproces moet stappen. De maatregel bemoeilijkt dan ook in de woorden van het Hof: 'de verdere uitoefening van het recht te werken'. Om deze redenen was sprake van een 'excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken van werknemers' (r.o. 47). Het is de vraag wat dit betekent voor aanbeveling 3.5 van de kantonrechttersformule. Tot 2009 topte de betreffende aanbeveling de uitkomst van de formule af op de inkomensderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. In de praktijk kwam het echter wel eens voor dat een oudere werknemer die een mogelijkheid had om eerder met pensioen te gaan, in het kader van de formule stelde van plan te zijn geweest om tot 65-jarige leeftijd door te werken. Dit, terwijl veel van zijn collega's wel op (bijvoorbeeld) hun 62^{ste} plachten op te houden. Om dit tegen te gaan, werd aanbeveling 3.5 per 2009 aangepast in die zin dat de inkomensderving moest worden berekend tot aan de 'te verwachten pensioneringsdatum'. Gaan de collega's allemaal op 62-jarige leeftijd weg, dan zal, behoudens contra-indicaties in het betreffende geval, de kantonrechter kunnen oordelen dat de werknemer ook van plan was met 62 te gaan.

Het *Andersen*-arrest leert dat bij de berekening van die inkomensderving in ieder geval dan rekening moet worden gehouden met de pensioenschade die de werknemer oploopt doordat zijn ouderdomspensioen eerder ingaat. In de tweede plaats zou men kunnen stellen, wordt de werknemer zijn 'recht tot werken' ontzegd. Het is dan ook de vraag of aanbeveling 3.5 niet aan heroverweging toe is.

Het *Georgiev*-arrest laat zien dat het is toegestaan om te werken met overeenkomsten voor bepaalde tijd na beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 65-jarige leeftijd. Dat is goed nieuws voor minister Kamp die onlangs een wetsvoorstel ter zake van arbeidsrecht voor 65-plussers aankondigde.¹³

Het pensioenakkoord

65-plussers zijn zich juridisch steeds meer aan het organiseren. De Nederlandse vereniging van organisaties van gepensioneerden maakte deze zomer bekend dat gepensioneerden (gelijk vakbonden dat kunnen) toegang tot de onderhandelingstafel gaan eisen in verband met het naderende pensioenakkoord. Dat werd in 2010 afgesloten en in 2011 verder uitgewerkt. Of het onveranderd wordt ingevoerd, was ten tijde van het schrijven van deze kroniek nog niet duidelijk. Een van de grote twistpunten betreft de juridische vraag hoe met opgebouwde rechten zal moeten worden omgegaan. Er wordt immers een nieuw financieel toetsingskader voor pensioenen ontwikkeld in het pensioenakkoord. Dat biedt de mogelijkheid om minder voorzieningen aan te houden ten behoeve van de pensioenverplichtingen. Hierdoor is er meer financiële ruimte om tot indexatie over te gaan. Ondanks alle meningsverschillen, lijkt men het erover eens dat een dergelijk systeem alleen maar werkt indien de tot op heden opgebouwde rechten kunnen worden 'ingevoerd'. Kan dat tegen de zin van een individuele gepensioneerde worden gedaan? Met name de Straatsburgse jurisprudentie inzake het Eerste Protocol bij het EVRM baart sommigen zorgen. In de zaak *Goudswaard/Van der Lans* oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat een korting van 69% bij de omschakeling van de AWW naar de Anw niet in strijd was met het Eerste Protocol; bemoedigend voor degenen die het pensioenakkoord omarmd hebben.¹⁴

BBA

Zoals bekend is het ontslagrecht onaantastbaar verklaard in het gedoogakkoord met de PVV. Of het onlangs ingediende wetsvoorstel van het Kamerlid Koser Kaya daarin verandering gaat brengen, is de vraag: het preventief toezicht op ontslag op grond van art. 6 BBA komt daarin te vervallen. De mogelijkheid van ontbinding op grond van art. 7:685 BW wordt beperkt tot de gevallen waarin een opzegverbod bestaat. Duidelijk geënt op het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht (ADO)¹⁵ is de gedachte dat de werkgever zijn voornemen tot opzegging kenbaar moet maken en dat de werknemer binnen vijftien dagen daarop zijn zienswijze kan geven. Aldus vindt een korte voorprocedure plaats, op schending waarvan vernietigbaarheid van de opzegging staat. Aan het voorstel is meegeschreven door L. Verburg, die vorig jaar zijn

Nijmeegse oratie de titel *Het Nederlandse ontslagrecht en het BBA-carcinoom* meegaf.¹⁶

Hof Amsterdam heeft juist uitbreiding gegeven aan het BBA. Het ging om een Amerikaanse manager die bij NUON werkte en van wie vaststond dat hij na het ontslag terug zou keren naar de Verenigde Staten. NUON deed een beroep op het arrest *Sorensen/Aramco*.¹⁷ Daarin heeft de Hoge Raad de strekking van het BBA gezocht in de bescherming van de sociaal economische verhoudingen in Nederland, waaronder zowel het belang van de betrokken werknemers als dat van de Nederlandse arbeidsmarkt. Staat vast dat de werknemer niet terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt, dan is het BBA niet van toepassing, aldus luidde tot voor kort de uitleg van het arrest in de praktijk. Hof Amsterdam oordeelt dat het doel en de functie van het BBA sinds 1988 zijn veranderd. Door het toegenomen belang van de Europese Unie en het vrije verkeer

In de tweede plaats wordt de werknemer zijn 'recht tot werken' ontzegd

van werknemers daarbinnen is het achterhaald om nog te spreken over de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt, aldus het hof. Het hof oordeelt aldus dat alleen bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag van belang is (of op de eerste plaats komt) en dat niet valt in te zien waarom een werknemer die naar het buitenland vertrekt deze bescherming zou moeten worden onthouden. Naar verluidt is cassatie ingesteld.¹⁸

Wijzigingsontslag

Hoewel het BBA dus voorlopig nog overeind staat, wordt er in de praktijk met wisselend succes aan de fundamentele geknabbeld. Zo is de overeenkomst van opdracht nog altijd in opmars. Minister Kamp maakt daarbij onderscheid tussen de echte zelfstandigen (zzp'er met een VAR WUO) en de schijnzelfstandige. Het komt voor dat werkgevers hun personeel via het UWV ontslaan om ze vervolgens als zelfstandigen dan wel schijnzelfstandige in te huren of door voortaan met uitzend- of oproepkrachten te werken. Eerder dit jaar gaf minister Kamp in een uitvoerig document antwoord op vragen over deze maatschappelijke verschijnselen.¹⁹ Als een werkgever in staat is aan het UWV uit te leggen dat zijn bedrijfsmodel de structurele inzet van flexkrachten vergt, is niet uitgesloten, blijkens de brief van de minister, dat daarvoor een ontslagvergun-

10. Brief minister Kamp d.d. 12 augustus 2011, *Kamerstukken* 32 767, nr. 8.

11. M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 534.

12. HvJ EU 8 september 2011 (gevoegde

zaken nr. C-297/10 en C-298/10; n.n.g.).

13. Brief minister Kamp d.d. 12 augustus

2011, *Kamerstukken* 32 767, nr. 8.

14. EHRM 22 september 2005, AB 2006/1 (*Goudswaard/Van der Lans*).

15. Adviescommissie Duaal ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den

Haag: november 2000.

16. L. Verburg, *Het Nederlandse ontslagrecht en het BBA-carcinoom*, Deventer: Kluwer 2011.

17. HR 23 oktober 1987, NJ 1988/842.

18. Hof Amsterdam 27 april 2010, JAR 2010/160. Inmiddels oordeelde Ktr. Eindhoo-

ven 28 oktober 2010, JAR 2011/1 in gelijke zin.

19. Brief minister Kamp 1 maart 2011 (AVR/2011/1545).

ning wordt verleend. In een nieuwe brief heeft Kamp laten weten dat het UWV wordt geïnstrueerd conform het motto: 'interne flex gaat voor op externe flex.'²⁰ Andere voorbeelden van ondergraving van het BBA betreffen het wijzigingsontslag en het deeltijdontslag. Art. 4:3 Ontslagbesluit verbiedt het deeltijdontslag (verlaging van het aantal arbeidsuren tegen pro-rata-aanpassing van de arbeidsvoorwaarden), tenzij er bijzondere redenen voor zijn. Over het wijzigingsontslag (het in stand houden van de arbeidsduur, maar met wijziging van de arbeidsvoorwaarden) spreekt het Ontslagbesluit zich niet uit. In het arrest *De Vries/Woonzorg* heeft de Hoge Raad het wijzigingsontslag met zoveel woorden niet in strijd met het Ontslagbesluit geoordeeld. Minister Kamp heeft echter laten weten het Ontslagbesluit op dit punt aan te vullen, door vergunningverlening in dat geval te verbieden.²¹ Het is de vraag of dat een wijs besluit is, want het belemmert de flexibiliteit waarbij het UWV juist een toezichthoudende rol kan spelen.

Gaat dat voornemen door, dan is het praktisch nut van het arrest beperkt. Bij bestuurders, op wie het BBA niet van toepassing is, blijft het arrest overigens relevant. Maar er lijkt alle reden voor een dogmatische discussie over de wenselijkheid van het wijzigingsontslag. Daarbij speelt ook nog de vraag of een deeltijdontslag moet worden gezien als iets anders dan een wijzigingsontslag. De casus van het arrest heeft ook iets weg van een deeltijdontslag. Om cassatietechnische redenen moest de Hoge Raad ervan uitgaan dat er sprake was van een wijzigingsontslag. De Vries was beheerder van een wooncomplex. Gedurende de avond en het weekend vervulde hij bovendien beschikbaarheidsdiensten. Woonzorg Nederland had besloten dat die niet meer hoefden te worden vervuld en had over de gevolgen daarvan een sociaal plan met de vakbonden afgesproken. Dit voorzag in de toekenning van een vergoeding. Woonzorg Nederland kreeg een ontslagvergunning, waarbij als premisse werd vermeld dat een nieuwe arbeidsovereenkomst moest worden aangeboden voor 36 uur per week met overigens evenredig aangepaste arbeidsvoorwaarden. De Vries heeft die functie aanvaard en de ontslagvergoeding uit hoofde van het sociaal plan ontvangen. Vervolgens heeft hij geprocedeerd op de grond dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Het is daarbij volgens de Hoge Raad aan het UWV om te beoordelen of de gewijzigde arbeidsvoorwaarden redelijk zijn.

De Vries had ook aangevoerd dat het wijzigingsontslag streng zou moeten worden getoetst omdat anders bestaande wijzigingsmogelijkheden in het arbeidsrecht (art. 7:613 BW en de Taxi-Hofman-leer) zouden kunnen worden uitgehold. De Hoge Raad onderkent dat uitholingsgevaar en draagt de rechter die in het kader van kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW moet oordelen hiermee rekening te houden. In één adem door zegt de Hoge Raad echter ook dat 'de overige omstandigheden van het geval' moeten worden betrokken bij de beoordeling of de werkgever zich als goed werkgever heeft gedragen bij de keuze om tot wijzigingsontslag over te gaan. Dat is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad waarmee het kennelijk onredelijk ontslag een nieuwe richting is gegeven.²² Daarmee introduceert hij mogelijk via de achterdeur een, voor de werkgever gunstiger beoordelingscriterium dan in het kader van art. 7:613 BW aan de orde is. Art. 7:681 BW

werpt immers een drempel op voor de werknemer; hij moet aantonen dat het ontslag *kennelijk* onredelijk is. Bij art. 7:613 BW is het aan de werkgever om zijn zwaarwichtig belang bij de wijziging aan te tonen. De toetsen zijn in wezen elkaars spiegelbeeld. Hoe die met elkaar te verenigen zijn, legt de Hoge Raad niet uit. Men kan daarbij overigens denken aan de mogelijkheid dat in het geval van een wijzigingsontslag de toets van art. 7:681 BW een zwaardere is, en dat ook in dit geval het aan de werkgever is om zijn zwaarwichtig belang bij de wijziging aan te tonen.

Het hof had overigens ook geoordeeld dat aan de ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst geen afbreuk was gedaan; de Hoge Raad liet dat in stand. Het is de vraag of daarin een erkenning gelezen kan worden dat de theorie van de ondeelbaarheid in het arbeidsrecht wordt erkend. Het UWV gaat wel uit van deze theorie bij de preventieve toetsing van ontslag. Maar een dogmatische discussie is op dit punt nooit echt gevoerd, zeker niet door de wetgever. Diverse commentaren hebben erop gewezen

Hoewel het BBA nog overeind staat, wordt er in de praktijk met wisselend succes aan de fundamenten geknabbeld

dat de theorie van ondeelbaarheid op de helling is gegaan.²³ Is die inmiddels bijvoorbeeld niet achterhaald door introductie van de Wet aanpassing arbeidsduur? Men kan het wijzigingsontslag overigens ook juist zien als een bevestiging van de theorie van de ondeelbaarheid van de arbeidsovereenkomst. In het geval van een wijzigingsontslag kan de werknemer er immers voor kiezen om zich te verzetten tegen de wijziging van zijn contract en ontslag aanvaarden als consequentie daarvan. Het voordeel van de constructie van het wijzigingsontslag is dat de werknemer de keuze heeft om hetzij aan het contract vast te houden, hetzij in te stemmen met de wijziging. Het is uiteraard nog wel de vraag of hij zijn recht op WW nog wel geldend kan maken als hij niet instemt met de wijziging. Het leerstuk van de passende arbeid kan bij de beoordeling daarvan een rol spelen.

De Vries kreeg in drie instanties te horen dat het ontslag niet kennelijk onredelijk was. Daarbij zal het zeer redelijke sociaal plan een rol hebben gespeeld. Dat kende een vergoeding toe op basis van de kantonrechtformule (oeps!- maar hier mocht het dus), waarbij het salarisverschil de B-factor vormde. Zou de formule niet vaker kunnen worden gebruikt om de gevolgen van een eenzijdige wijziging mee te verzachten en daarmee door de 613-toets te loodsen?

Collectief ontslag

Een wetsvoorstel dat van regeringszijde is ingediend, betreft de wijziging van de Wet melding collectief ontslag ('WMCO').²⁴ Dit was nodig, omdat een ongewenste slui-

route was ontstaan. De op Richtlijn 98/59/EG gebaseerde WMCO gebiedt immers bij collectief ontslag de vakbonden en de ondernemingsraad te raadplegen. De huidige wet is beperkt tot de gevallen dat de werkgever opzegt of een ontbindingsverzoek indient. Door afschaffing van de verwijtbaarheidstoets in het kader van de WW is echter de beëindiging met wederzijds goedvinden als ontslagmethode sterk in opkomst. Door gebruikmaking van deze route kunnen werkgevers de meldingsplicht ontgaan. Nu wordt voorgesteld dat de meldingsplicht ook ontstaat indien de arbeidsovereenkomst door middel van wederzijds goedvinden eindigt op het initiatief van de werkgever. Bovendien wordt een ontslag met wederzijds goedvinden of opzegging vernietigbaar indien de meldingsplicht is geschonden. Zeker voor grote werkgevers die vaak op deze wijze tot beëindiging overgaan, wordt het zaak goed op te letten dan wel een continue melding te doen.

Kennelijk onredelijk ontslag en ontslag op staande voet

Na de arresten *Van de Grijp/Stam* en *Van Hooff Elektra* is de praktijk op zoek gegaan hoe men met de nieuwe richtlijnen van de Hoge Raad aan het werk kan gaan. Instructief is de analyse van een groep deskundigen onder wie kantonrechter De Laat.²⁵ De nieuwe leer herbevestigt dat eerst de vraag moet worden beantwoord of de opzegging kennelijk onredelijk is. Als het antwoord daarop 'ja' luidt, is de volgende vraag waarop die onredelijkheid dan is gebaseerd. 'Men kan het ook zo zeggen: nadat is geconstateerd dat sprake is van kennelijke onredelijkheid, moet beoordeeld worden hoe onredelijk de opzegging is en waarin de onredelijkheid is gelegen.' Bij de vraag naar het hoe maken De Laat c.s. onderscheid tussen twee situaties. Ten eerste is er de situatie dat de overeenkomst eigenlijk niet had mogen worden opgezegd; dan behoort de schadevergoeding te worden gebaseerd op het verschil tussen wat de werknemer zou hebben verdiend tot het verwachte einde van de arbeidsovereenkomst en hetgeen hij zou kunnen verdienen. In deze categorie is schadeberekening relatief eenvoudig te doen. Ten tweede is er de situatie dat de arbeidsovereenkomst best mocht eindigen, maar bepaalde omstandigheden dat niettemin kennelijk onredelijk maken; bijvoorbeeld wegens het onthouden van een herscholingscursus. In dat geval moet worden geschat wat de schade is die deze omstandigheid heeft veroorzaakt. Dat is soms een stuk lastiger.

Een arrest dat de Hoge Raad in het kader van het kennelijk onredelijk ontslag niet onvermeld mag blijven, is de zaak *Roetgerink/Stork*.²⁶ Roetgerink was na een periode van arbeidsongeschiktheid officieel weer volledig hersteld en werd toen het slachtoffer van een reorganisatie.

In het kader van het sociaal plan (met de bonden afgesproken) koos hij voor bemiddeling in plaats van een vergoeding. De bemiddeling faalde. De Hoge Raad herhaalde dat 'van een werkgever in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het vertrouwde concern te herplaatsen'. Hij had dit ook al eens in 2010 geoordeeld.²⁷ Ten slotte wijzen we op een arrest over het ontslag op staande voet.²⁸ ABN Amro had een werknemer met een zeer lang dienstverband op staande voet ontslagen. Deze was onherroepelijk veroordeeld tot drie jaar gevangenisstraf wegens ontucht met een neefje. De werknemer riep de nietigheid van het ontslag in. In cassatie betoogde de bank dat er een subregel is dat afwezigheid wegens detentie altijd een dringende reden oplevert. Daarin gaat de Hoge Raad niet mee. Hij wijst op zijn vaste rechtspraak dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegenomen.²⁹ De Hoge Raad noemt de omstandigheden die het hof terecht tot het oordeel konden brengen dat hier geen dringende reden was: hoge leeftijd, goed functioneren, misdrijf was in privésfeer en de bank had geen schade geleden.

Er gaat een verschil van visie achter dit arrest schuil. Koevoets, gepromoveerd op de arbeidsrechtelijke behandeling van strafrechtelijk veroordeelde of verdachte werknemers, is voorstander van een strafrechtelijke normering van het ontslag op staande voet.³⁰ Zij stelt echter ons inziens iets te snel dat 'met deze uitspraak van de Hoge Raad nu in ieder geval zeker [is] dat alleen een veroordeling en/of detentie onvoldoende is voor ontslag op staande voet. Er zullen bijkomende omstandigheden moeten zijn die het ontslag rechtvaardigen'.³¹ Dat staat er volgens ons niet. Het is opvallend dat Koevoets juist een algemene regel leest in het arrest, terwijl het nu juist iedere algemene (sub)regel verwerpt. Indien de werknemer geen omstandigheden kan aanvoeren (of aanvoert), is (goed) denkbaar dat de ongeoorloofde afwezigheid de dringende reden oplevert. Het lastige van de visie van Koevoets is dat de reden van de ongeoorloofde afwezigheid een grote rol gaat spelen met een onverwachte uitkomst; als de werknemer drie keer zich verslaapt dan kan dat genoeg zijn, maar als hij wegens verdenking van een ernstig delict gedetineerd is, zou hij de strafrechtelijke beginselen, zoals de onschuldpresumptie kunnen inroepen in zijn ontslagzaak. Wellicht toch beter om arbeidsrecht en strafrecht te scheiden?

Overgang van onderneming: Albron

Een belangrijke uitspraak van het Europese Hof was die inzake Albron. Het bedrijf Albron nam de catering over bij

20. Brief minister Kamp 5 september 2011 (AV/AR/2011/15883), p. 1.

21. Brief minister Kamp 5 september 2011 (AV/AR/2011/15883), p. 2.

22. HR 27 november 2009, L/JN BJ6596, JAR 2009/305 (*Van de Grijp/Stam*) en HR 12 februari 2010, L/JN BK4472, JAR 2010/72 (*Rutten/Breed*).

23. Zie onder meer P.L.M. Schneider, 'De

Vries/Stichting Woonzorg Nederland: de introductie van een nieuwe eenzijdige wijzigingsmodaliteit?', TAP 2011, p. 130 e.v.

24. Wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 718, nr. 1-5.

25. G.J.J. Heerma van Voss e.a., 'Begroot,

schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010', TRA 2010/47.

26. HR 11 april 2011, JAR 2011/91, m.nt. Nekeman.

27. HR 21 mei 2010, L/JN BL6075, NJ 2010/495.

28. HR 17 december 2010, JAR 2011/19.

29. HR 12 februari 1999, nr. C97/211, L/JN

ZC2849, NJ 1999/643.

30. M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers. De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctiëring* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

31. Noot Koevoets bij HR 17 december 2010, JAR 2011/19.

Heineken die voorheen werd verricht door een eigen werkmaatschappij van Heineken: Heineken Nederland. De werknemers die het werk verzorgden, waren niet in dienst van Heineken Nederland, maar van de PersoneelsBV van Heineken, genaamd Heineken Nederlands Beheer. De werknemers die de catering verzorgden, werden wel overgenomen door Albron, maar werden daar geconfronteerd met minder gunstige arbeidsvoorwaarden. Werknemer Roest stelde dat er sprake was van een overgang van alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:663 BW. Hij kreeg gelijk van de kantonrechter.³² Een spectaculaire uitspraak, omdat daarmee de vennootschapsstructuur werd doorbroken. Anderzijds zou het niet toewijzen van de vordering ertoe hebben geleid, dat de regeling van overgang van ondernemingen zou kunnen worden uitgehold. In hoger beroep vroeg Hof Amsterdam een prejudiciële beslissing van het Europese Hof. Op 21 oktober 2010 kwam dit met een uitspraak die in het algemeen in het voordeel van werknemer Roest wordt uitgelegd. Erg duidelijk was de uitspraak evenwel niet.

Het Hof overweegt dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de tot het concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld, zonder evenwel door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming te zijn gebonden, als een 'vervreemder' in de zin van Richtlijn 2001/23/EG kan worden beschouwd, hoewel er binnen dat concern een onderneming bestaat waaraan de betrokken werknemers wel door een dergelijke arbeidsovereenkomst zijn gebonden.³³

Het Hof komt tot deze redenering, doordat de richtlijn niet eist dat de vervreemder met de betrokken werknemer een arbeidsovereenkomst heeft gesloten. Het kan ook gaan om een arbeidsbetrekking. Het vereiste dat op het moment van de overgang sprake moet zijn van hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij, in plaats daarvan en dus als gelijkwaardig alternatief, een arbeidsbetrekking, leidt tot de gedachte dat in de opvatting van de Uniewetgever een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is om de werknemers aanspraak te geven op de bescherming van Richtlijn 2001/23/EG, aldus het Hof.

In dit geval kan Heineken Beheer worden gezien als de vervreemder, hoewel de arbeidsovereenkomsten waren gesloten met de PersoneelsBV. De redenering van het Hof roept nieuwe vragen op. In de eerste plaats werd de arbeidsbetrekking, zoals genoemd in de richtlijn, tot nu toe meestal niet gezien als een arbeidsverhouding met een andere rechtspersoon dan die van de onderneming die wordt vervreemd. In het algemeen werd aangenomen dat met het gebruik van de term 'arbeidsbetrekking' werd gezien op flexibele arbeidsrelaties, zoals oproepwerk, waarbij twijfel kan bestaan over de vraag of er sprake is

van een arbeidsovereenkomst. In dit geval gebruikt het hof de term 'arbeidsbetrekking' om een soort materieel werkgeverschap te introduceren. Dit roept echter weer nieuwe vragen op.

Het Hof overweegt dat, om te kunnen bepalen wie de vervreemder van activiteiten is, de positie van een contractuele werkgever, ofschoon deze niet verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen economische eenheid, niet systematisch prevaleert boven de positie van een niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor die activiteiten. In deze omstandigheden kan, indien binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, waarvan de één contractuele betrekkingen en de ander niet-contractuele betrekkingen heeft met de werknemers van dat concern, als een 'vervreemder' in de zin van Richtlijn 2001/23/EG ook worden beschouwd de werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van die eenheid, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers, aldus het Hof.

Dit zou kunnen betekenen dat werknemers die tewerkgesteld zijn bij de werkmaatschappij die wordt overgedragen van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger. Het probleem kan dan zijn om te bepalen wie er wel en wie er niet mee overgaat. Het kan bijvoorbeeld zijn dat een werknemer actief is voor verschillende werkmaatschappijen. Daarnaast moet de formele band met de formele werkgever ook worden verbroken. Strikt genomen zijn het niet de verplichtingen van de inlenende onderneming die overgaan, maar juist die van de formele werkgever. Het Hof zegt dat niet expliciet, maar bedoelt dit waarschijnlijk wel. In elk geval moet het Amsterdamse hof nog de vraag beantwoorden in hoeverre de Nederlandse wetgeving – die het begrip 'arbeidsbetrekking' niet heeft geïmplementeerd – richtlijnconform kan worden uitgelegd in de geest van het arrest. In toekomstige gevallen kan de vraag aan de orde komen of de hier vastgelegde uitgangspunten niet ook moeten gaan gelden voor tewerkstelling door ondernemingen van buiten, bijv. bij payrollbedrijven.³⁴

Overigens verdient vermelding dat volgens oudere jurisprudentie van het Europese Hof voor cateringactiviteiten arbeidskrachten niet de bepalende factor vormen. Overdracht van ruimten en uitrusting is dus belangrijker om van overgang van onderneming te kunnen spreken.³⁵ In de schoonmaaksector vormt het personeel wel de bepalende factor. Dit verklaart waarom het Europese Hof in een ander arrest bepaalde dat de richtlijn niet van toepassing is op een situatie waarin een gemeente die haar gebouwen door een particuliere onderneming deed schoonmaken, besluit de overeenkomst met deze onderneming op te zeggen en deze schoonmaak met daartoe

'nadat is geconstateerd dat sprake is van kennelijke onredelijkheid, moet beoordeeld worden hoe onredelijk de opzegging is en waarin de onredelijkheid is gelegen'

nieuw aangeworven personeel zelf te verzorgen.³⁶ Dit zou mijns inziens anders liggen indien er wel een belangrijk deel van het personeel zou worden overgenomen.

Nieuwe vakantieregeling

Als gevolg van jurisprudentie van het Europese Hof moet ook de vakantieregeling in het Burgerlijk Wetboek worden aangepast. Het recht op vier weken vakantie per jaar is immers gewaarborgd in de arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG. De verwerving van vakantiedagen tijdens ziekte wordt door de huidige Nederlandse regeling beperkt tot zes maanden, overeenkomend met twee weken vakantie. Uit

Ook zieke werknemers moeten een vakantierecht kunnen verwerven van vier weken per jaar

de *Schultz-Hoff*-jurisprudentie blijkt echter dat ook zieke werknemers een volledig vakantierecht moeten kunnen verwerven van vier weken per jaar. Daarnaast moet de werknemer volgens het Europese Hof tijdens ziekte vakantie kunnen opnemen en dient hij bij vertrek zijn resterende vakantiedagen in geld gecompenseerd te krijgen, ook als deze tijdens ziekte zijn verworven.³⁷ De wetgever heeft daarom besloten de wettelijke regeling te verruimen.

In de nieuwe regeling, die van kracht wordt op 1 januari 2012, wordt niet alleen de te korte termijn verlengd. Daarnaast wordt het verwerven van stuwmeren aan vakantietegoeden tegengegaan, door het invoeren van een vervaltermijn voor het opnemen van vakantiedagen. Het officiële argument daarvoor is de recuperatiefunctie van de vakantieregeling. Een werknemer die zijn vakantierechten enkele jaren spaart teneinde bijvoorbeeld een langdurige reis te kunnen maken, mist gedurende die jaren die herstelfunctie van het vakantierecht. Om te stimuleren dat wel jaarlijks vakantierechten worden opgenomen vervallen de eenmaal verworven wettelijke vakantierechten in de nieuwe wet reeds zes maanden na afloop van het jaar waarin de rechten zijn verworven. De werknemer kan voortaan tijdens ziekte desgewenst vakantie opnemen. De wet formuleert dit aldus dat de werknemer daarmee 'in voorkomend geval' moet hebben ingestemd. Dit betekent dat de werknemer niet bij voorbaat kan instemmen met het opmaken van vakantiedagen tijdens ziekte in het algemeen. Per opname moet hij apart instemming geven. Dit

valt zo te begrijpen dat indien de werknemer tijdens zijn ziekte met vakantie gaat, de werkgever kan eisen dat hij hiervoor vakantiedagen gebruikt.³⁸ Het kan zo zijn dat de werknemer zijn vakantie tijdens ziekte redelijkerwijs niet kan gebruiken. In dat geval wordt de vervaltermijn opgeschort. In elk geval verjaart het vakantierecht echter ook dan na vijf jaar.³⁹

De vraag is of de nieuwe vervaltermijn van zes maanden niet te kort is. Deze geldt ook voor de gezonde werknemer die niet wordt gehinderd door ziekte. Vakantierechten worden immers verworven gedurende het gehele jaar. Stel dat de werknemer steeds in augustus zijn vier weken jaarlijkse vakantie opneemt. Dan begint hij in september weer nieuwe vakantie dagen te verwerven. De in het najaar verworven vakantiedagen vervallen echter weer allemaal op 1 juli van het volgende jaar. Zij kunnen dus in augustus niet meer worden benut. Op die manier wordt de werknemer gedwongen om al gedurende het jaar snipperdagen en korte vakanties op te nemen. Nog lastiger wordt het wanneer de werknemer wel ziek is en in verband daarmee zijn vakantie uitstelt totdat hij weer beter is. Los hiervan wordt het gebruik van vakantierechten met deze korte vervaltermijn voor beide partijen een heel gereken met alle mogelijke misverstanden en discussies van dien. Voortdurend dreigt een verval van rechten voor de werknemer die niet alert is. Men dient vervolgens te bedenken dat deze vervaltermijnen niet gelden voor de bovenwettelijke vakantiedagen, die bijvoorbeeld in de cao zijn toegekend. Deze kan men rustig tot vijf jaar laten staan en sparen. Men mag aannemen dat de werknemer wanneer hij vakantiedagen opneemt, eerst de wettelijke vakantiedagen wil verbruiken en pas in laatste instantie de bovenwettelijke. De werkgever wordt met deze regeling ook gedwongen om een aparte boekhouding bij te houden voor de wettelijke en de bovenwettelijke vakantiedagen.

Met de nieuwe regeling kan de werkgever wat doen tegen het verschijnsel van de 'stuwmeren' aan vakantiedagen die werknemers nu soms als hamsters verzamelen. Het probleem daarbij is dat de tegenwaarde van deze dagen volgens boekhoudregels op de balans moet staan en niet kan worden benut. Bovendien moet bij vertrek van de werknemer of bij pensionering vaak nog een aanzienlijk bedrag aan afkoop van vakantierechten worden betaald. Dat dit bezwaarlijk is, is duidelijk en het is begrijpelijk dat de wetgever de werkgever daarin tegemoet wil komen. Of met de nieuwe regeling niet wordt doorgeslagen naar het andere uiterste zal bij de toepassing moeten blijken. Een verlies van de nieuwe regeling is ook dat het moeilijker wordt om te sparen voor sabbatsverlof, een wat langdurig verblijf in het land van herkomst voor buitenlandse werknemers enzovoorts.

32. Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80

33. HvJ EU 21 oktober 2010, nr. C-242/09, NJ 2010/576, JAR 2010/298, RAR 2011/3 (Albron/FNV & Roest).

34. Zie voor commentaren op het Albron-arrest Bouwens & Witteveen, TAP 2011, nr. 1, p. 10; Grapperhaus, Ondernemingsrecht 2011/7; Henneman, V&O 2011, nr. 1, p.

18; Holtzer, *ArbeidsRecht* 2011-19; Knipschild & Van Fenema, *ArbeidsRecht*

2011/1; Mok, noot bij NJ 2010/576; Rutgers & Noordoven, Bb 2010/53; Schaink, Tvl 2011/16; Veldman, TRA 2011/9; Zwemmer, TRA 2011/4.

35. Zie HvJ EG 20 november 2003, nr. C-340/01, Jur. 2003, p. I-14023, NJ 2004, 265, JAR 2003/298 (Abler/Sodexho).

36. HvJ EU 20 januari 2011, nr. C-463/09, JAR 2011/57, RAR 2011/49 (CLECE/Valor).

37. HvJ EG 20 januari 2009, nr. C-350/06, JAR 2009/58 (Schultz-Hoff).

38. P.C. Vas Nunes 'Luxemburg is niet ver van ons bed', *ArbeidsRecht* 2010/51, meent dat dit niet geldt, omdat de werknemer zelf bepaalt of hij vakantie opneemt. In

onze interpretatie kan de werkgever hem echter – op grond van het ziektereglement en met het oog op controle – verplichten thuis te blijven zolang hij ziek is en niet bereid is vakantiedagen op te nemen.

39. Wet van 26 mei 2011, Stb. 2011, 318 jo. 319, Aanpassing Boek 7 BW onder meer in verband met afschaffen beperkte opbouw minimum vakantierechten tijdens ziekte.

Met de nieuwe regeling kan de werkgever wat doen tegen het verschijnsel van de 'stuwmeren' aan vakantiedagen die werknemers nu soms als hamsters verzamelen

Collectief arbeidsrecht

Ten slotte kent ons arbeidsrecht veel problemen op het gebied van de verhouding tussen individuele en collectieve regelingen. Dat komt door achterstallig onderhoud in de regelgeving, die op een aantal punten niet met de tijd is meegegroeid. Dat zal ook wel niet snel gebeuren, omdat wetgeving op dit gebied gevoelig ligt bij de sociale partners. Twee uitspraken trokken de afgelopen periode het meest de aandacht.

De eerste uitspraak had betrekking op de nawerking van cao's. Unieke Kinderopvang in Amsterdam was overgestapt naar een andere brancheorganisatie en kwam daarvoor onder een andere cao te vallen. Zij ging ervan uit voortaan onder de cao van de nieuwe organisatie te vallen en daarmee niet meer te zijn gebonden aan de cao van de oude branchevereniging. Hof Amsterdam nam aan dat de oude cao geen nawerking meer had vanaf het moment dat de nieuwe cao van kracht was geworden. In cassatie werd aangevoerd dat de nieuwe cao een minimumkarakter had en dat de oude cao nog nawerkte voor zover de bepalingen gunstiger waren dan die van de nieuwe. De Hoge Raad volgde die redenering. De bepalingen van de oude cao bleven gelden, behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken. Een minimum-cao laat de werkgever vrij om voor de werknemer gunstiger individuele afspraken te maken. Daarmee strookt niet behoudens andersluidende bepalingen in die cao, dat die cao reeds voordien geldende, voor de werknemer gunstiger arbeidsvoorwaarden buiten werking zou stellen.⁴⁰

Deze uitspraak zal menig werkgever voor problemen stellen. In het geval van een minimum-cao moet hij steeds nagaan of de oude cao bepaalde bepalingen bevatte die gunstiger waren voor de werknemer en zo ja, dan moeten die worden toegepast op die werknemers die destijds al in dienst waren. Dit maakt het erg lastig om bepalingen minder gunstig te maken. De werknemer kan doen aan 'cherry-picking' of 'shoppen' tussen de oude en de nieuwe cao. Deze uitspraak sluit aan bij de eerdere rechtspraak dat pakketvergelijking niet mogelijk is, maar steeds de voor de werknemer gunstigste bepaling geldt. Wel maakt het arrest het mogelijk om in de nieuwe cao de oude bepalingen uitdrukkelijk buiten toepassing te verklaren. Gezien de complicaties lijkt het voor de hand te liggen om zo'n bepaling standaard op te nemen. Als dan

na verloop van tijd dergelijke bepalingen standaard zijn, rijst de vraag of we dit niet als algemeen gebruik zouden moeten zien.

Het tweede arrest had betrekking op een wijzigingsbeding in een collectieve winstdelingsregeling. Het betrof hier niet een cao. Wel was in de regeling vastgelegd dat in de regeling voorkomende arbeidsvoorwaarden door de werkgever konden worden gewijzigd met instemming van de centrale ondernemingsraad. De vraag was of een dergelijk beding een wijzigingsbeding was in de zin van art. 7:613 BW. Dit artikel eist niet dat een wijzigingsbeding moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst. De bescherming van de rechten en belangen van de werknemer is voldoende verdisconteerd in de maatstaf van art. 7:613 BW en het instemmingsrecht van de centrale ondernemingsraad.⁴¹

In de wetsgeschiedenis zijn wel aanwijzingen te vinden dat de indieners van het amendement dat de tekst van art. 7:613 BW uiteindelijk zou doen vaststellen het idee hadden dat een wijzigingsbeding in de individuele arbeidsovereenkomst zou worden opgenomen. Toch staat het niet in de wet en is dat ook niet altijd erg praktisch. Het opnemen in de desbetreffende regeling lijkt evenmin logisch. De indieners van het amendement hadden waarschijnlijk voor ogen dat de werknemer moest instemmen met het wijzigingsbeding en zich bewust moest zijn dat hij dit ondertekende. Bij het opnemen in een collectieve regeling zal dat veelal niet het geval zijn. Anderzijds kan de werknemer die erg veel waarde hecht aan de collectieve regeling, deze ook wel even doornemen voordat hij zijn contract tekent. De Hoge Raad acht een belangrijke reden om de lichtere toets aan te houden, dat in art. 7:613 BW reeds voldoende bescherming besloten ligt.

Tot slot verdient nog vermelding dat de Tilburgse hoogleraar sociaal recht en sociale politiek en oud-NJB-medewerker Antoine Jacobs deze zomer met emeritaat ging wegens het bereiken van de 'pensioengerechtigde' en in dit geval ook 'pensioenverplichtende' leeftijd. Bij zijn vertrek kreeg Jacobs twee bundels aangeboden: een Nederlandse en een Engelstalige van respectievelijk de binnenlandse en buitenlandse vrienden, waarbij de Belgische in beide publiceerden (uitgegeven bij Uitgeverij Paris respectievelijk Kluwer Law International). De bijdragen in deze bundels sluiten nauw aan bij de thema's die ook in deze rubriek aan de orde zijn gekomen: de pensioengerechtigde leeftijd als actueel thema van het sociaal recht, de toenemende invloed van het Europese arbeidsrecht, het collectieve arbeidsrecht. Thema's die de vertrekkende hoogleraar nauw aan het hart lagen en blijkens de afgelopen kroniekperiode ons nog net zo bezighouden als hem gedurende zijn gehele loopbaan. •

40. HR 8 april 2011, RvdW 2011/499, JAR 2011/135, RAR 2011/86 (ABVAKABO FNV/Unieke Kinderopvang).

41. HR 18 maart 2011, RvdW 2011/368, JAR 2011/108, m.nt. Zondag, RAR 2011/76 (Monsieurs e.a./Wegener).