Redactie:
mr. dr. L.C.J. Sprengers
mr. dr. G.W. van der Voet



Arbeidsrechtelijke reflecties 2014

Bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA

Arbeidsrechtelijke reflecties 2014

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

Nr. 42

Arbeidsrechtelijke reflecties 2014

Bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA

Redactie

Mr. dr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet

Met bijdragen van

R.A.A. Duk, J.L.A. Helmer, L.C.J. Sprengers, N. Jansen, E. Koot-van der Putte, E. Verhulp, I. Schraffordt, P.Th. Sick, A.T.J.M. Jacobs, W.G.M. Plessen, D.F. Berkhout, A.Ph.C.M. Jaspers, M.A. de Blécourt, M. Diepenbach. R. Hampsink, A.B. van Els, C.E. Dingemans, C. Nekeman, I. Zaal, K. Hakvoort, K. Wiersma, S.W. Geelkerken, P.C. Vas Nunes, A.G. Veldman, M.B. de Witte-van den Haak, R. van Arkel, K. Boonstra, M.S. Houwerzijl

Kluwer – Deventer – 2014

Aanbevolen citeertitel
Arbeidsrechtelijke reflecties 2014, Reeks VvA 42

Secretariaat VvA
De Eem 15
3448 DS Woerden
Fax: 0348-422635

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Gehring

ISBN 978 90 13 12516 0
ISBN 978 90 13 12517 7 (E-book)
NUR 825-502

© 2014, Vereniging voor Arbeidsrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij de klantenservice.

Inhoudsopgave

1 INLEIDING 1
L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet

Bijdragen vanuit Werkgroep CAO-recht

2 VAN PAKKETVERGELIJKING, AFWIJKINGEN VAN DRIEKWARTDWINGEND RECHT, TOELATING TOT CAO-OVERLEG EN VOORAL VEEL, HÉÉL VEEL UITLEG
R.A.A. Duk

2.1 Inleiding 7
2.2 Toelating tot cao-overleg 9
2.3 Nawerking 10
2.4 Artikel 14-werknemers en driekwartdwingend recht 12
2.5 Vragen van cao-uitleg 14
2.6 Conclusie 21

3 CALEIDOSCOPISCHE BLIK OP HET CAO-RECHT 2012-2013
J.L.A. Helmer, L.C.J. Sprengers, N. Jansen, E. Koot-van der Putte, E. Verhulp

3.1 Ontwikkelingen in 2012-2013 23
3.2 Verbreding draagvlak cao-afspraken 29
3.3 Werkingssfeer 35
3.4 Uitleg van de cao 40
3.5 Pakketvergelijking na Teunissen/Welter 48
3.6 Terugwerkende kracht cao's 56
3.6.1 De grondslag van de werking van de cao: contractuele theorie 57
3.6.2 In werking treden van de cao 59
3.6.3 Terugwerking van cao bepalingen 60

3.6.4 Terugwerking van bepalingen die het toestaan af te wijken van driekwartdwingend recht 61
3.6.5 Terugwerking van bepalingen die het toestaan af te wijken van driekwartdwingend recht en de reeds beëindigde arbeidsovereenkomst 64
3.6.6 Conclusie 65
3.7 Conclusie 65

4 DRIEKWARTDWINGEND RECHT IN WETSVOORSTEL WERK EN ZEKERHEID
W.G.M. Plessen, A.T.J.M. Jacobs, P.Th. Sick, I. Schraffordt

4.1 Inleiding 69
4.2 Driekwartdwingend recht: een terugblik 70
4.3 Ontwikkelingen op het terrein van driekwartdwingend recht in Europa: enkele observaties 74
4.4 Het Sociaal Akkoord 2013: een algemeen overzicht 76
4.5 Driekwartdwingend ontslagrecht in het wetsvoorstel nader bezien 78
4.5.1 Ontslagrecht algemeen 78
4.5.2 Draagvlak en representativiteit 80
4.5.3 Binding aan de cao 83
4.5.4 Nawerking en terugwerking 86
4.5.5 Nog een enkele technische opmerking 87
4.5.6 Samenvattend 89
4.6 Overige driekwartdwingende bepalingen en voorgenomen wijzigingen 89
4.6.1 Loondoorbetaling, artikel 7:627 BW en artikel 7:628 BW 90
4.6.2 Het proeftijdbeding ex artikel 7:652 BW 93
4.6.3 Europese Richtlijn, Flexwet en artikel 7:668a (nieuw) BW 93
4.6.4 Opzegverbod tijdens ziekte, artikel 7:670 (nieuw) BW 104
4.6.5 Uitzendovereenkomsten ex artikel 7:691 (nieuw) BW 104
4.6.6 Samenvattend 105
4.7 Conclusie 105

5 GESCHILLENCOMMISSIES BIJ CAO: HET VOORSTEL TOT PRIVATISERING VAN HET ONTSLAGRECHT
D.F. Berkhout en A.Ph.C.M. Jaspers

5.1 Inleiding 111
5.2 De systematiek van het wetsvoorstel en de alternatieve route 112
5.3 Een korte (historische) schets van geschillencommissies 115
5.4 Recente sociale plannen en geschillencommissies: een summier onderzoek 118
5.4.1 Inleiding 118
5.4.2 Bevoegdheden/taken 119
5.4.3 Samenstelling en onafhankelijkheid 126
5.4.4 Procedureregels 129
5.4.5 Deskundigheidseisen 132
5.4.6 Tussentijdse conclusie: diversiteit & openheid 132
5.5 Rechtskarakter en kwaliteit 133
5.6 Ervaringen met commissies van beroep in het bijzonder onderwijs 136
5.7 Verhouding tussen de praktijk en het wetsvoorstel 139
5.7.1 De grenzen gesteld door de wetgever en de huidige praktijk 139
5.7.2 Onafhankelijks- en deskundigheidswaarborgen 139
5.7.3 De procedurele eisen gesteld door het wetsvoorstel 141
5.7.4 Het instrument en de contracterende partijen 145
5.8 Over bijzondere vragen die het wetsvoorstel opwekt 146
5.8.1 Inleiding 146
5.8.2 Het bindingsprobleem van de artikel-14-werknemer 147
5.8.3 De geldingsduur 151
5.8.4 De inhoudelijke toets 153
5.8.5 De toetsing door de rechter 154
5.9 Conclusie 155

Bijdragen vanuit de Werkgroep Medezeggenschapsrecht

6 MAATWERK BIJ HET BEPALEN VAN DE ONTSLAGVOLGORDE: NU EN NA DE WET WERK EN ZEKERHEID
M.A. de Blécourt, M. Diepenbach en R. Hampsink

6.1 Inleiding 157
6.2 Het afspiegelingsbeginsel 159
6.2.1 Inleiding 159
6.2.2 De status van het Ontslagbesluit 159
6.2.3 Korte geschiedenis van het afspiegelingsbeginsel 162
6.3 Basisbegrippen afspiegelingsbeginsel 167
6.3.1 Inleiding 167
6.3.2 Uitwisselbare functies 168
6.3.3 Bedrijfsvestiging 171
6.3.4 Leeftijdsgroepen 178
6.3.5 Kortste dienstverband 178
6.3.6 Afwijkingsmogelijkheden 184
6.3.7 Tot slot 188
6.4 Maatwerk binnen en buiten het Ontslagbesluit 190
6.4.1 Inleiding 190
6.4.2 Binnen het Ontslagbesluit 190
6.4.3 Buiten het Ontslagbesluit om 191
6.4.4 Conclusie 197
6.5 Toekomstige afwijkingsmogelijkheden 198
6.5.1 Inleiding 198
6.5.2 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid 198
6.5.3 Mogelijkheden tot het creëren van meer ruimte voor maatwerk binnen het Ontslagbesluit 204
6.5.4 Mogelijkheden tot het creëren van meer ruimte voor maatwerk buiten het Ontslagbesluit om 205
6.5.5 Randvoorwaarden (waarborgen) 206
6.6 Conclusie 209

7 DE ONDERNEMINGSOVEREENKOMST EX ARTIKEL 32 LID 2 WOR – SUGGESTIES VOOR VERHELDERING
A.B. van Els, C.E. Dingemans, C. Nekeman, I. Zaal, K. Hakvoort, K. Wiersma, S.W. Geelkerken

7.1 Inleiding 211
7.2 Algemeen 212
7.3 Schriftelijkheidsvereiste 215
7.3.1 Inleiding 215
7.3.2 Schriftelijke overeenkomst 216
7.3.3 Toezending aan de bedrijfscommissie 217
7.3.4 Mondelinge afspraken 218
7.3.5 Conclusie 219
7.4 De mogelijkheid tot opzegging van de ondernemingsovereenkomst 219
7.4.1 Inleiding 219
7.4.2 Duur van de overeenkomst 220
7.4.3 Wettelijke bepaling? 221
7.4.4 Opzegging van de ondernemingsovereenkomst 223
7.4.5 Conclusies 229
7.5 De (on)mogelijkheid van inperking van medezeggenschapsrechten via de ondernemingsovereenkomst 229
7.5.1 Inleiding 229
7.5.2 Ontwikkelingen ten aanzien van het beperken van de bevoegdheden van de OR bij ondernemingsovereenkomst 230
7.5.3 Beperkende interpretatieovereenkomsten rechtsgeldig? 233
7.5.4 Afwijking van de competentieverdeling ex artikel 33-35 WOR rechtsgeldig? 234
7.5.5 Beperking bevoegdheden OR tot een wettelijk minimum toestaan? 236
7.5.6 Conclusie 239
7.6 Ondernemingsovereenkomst bij fusie 240
7.6.1 Inleiding 240
7.6.2 Het bestaan van de onderneming en de OR na fusie 240
7.6.3 De ondernemingsovereenkomst na fusie 246
7.6.4 Conclusie 250
7.7 Conclusie 251

Bijdragen vanuit de Werkgroep Gelijke Behandeling

8 VERSCHIL MOET ER ZIJN
P.C. Vas Nunes

8.1 Inleiding 253
8.2 De ontwikkeling van het leerstuk gelijke behandeling 253
8.3 De maatmanproblematiek 256
8.4 Rechtspraak 259
8.4.1 Burton (1982) 259
8.4.2 Barber (1990) 260
8.4.3 Roberts (1993) 261
8.4.4 Abdoulaye (1999) 263
8.4.5 Griesmar (2001) 265
8.4.6 Hlozek (2004) 267
8.4.7 Arcelor (2008) 269
8.4.8 Kleist (2010) 271
8.4.9 Kuso (2013) 274
8.5 Conclusie 276

9 LEEFTIJDSDISCRIMINATIE, ONTSLAGVERGOEDINGEN EN PENSIOENPLAFONDS
A.G. Veldman

9.1 Inleiding 279
9.2 De Europese rechtspraak 280
9.2.1 Inleiding 280
9.2.2 Rosenbladt en Andersen 282
9.2.3 Odar en Toftgaard 283
9.2.4 Analyse 286
9.3 De Nederlandse rechtspraktijk 287
9.3.1 Inleiding 287
9.3.2 De Kantonrechter Groningen 289
9.3.3 De Kantonrechter Amsterdam 290
9.3.4 De Kantonrechter Maastricht 291
9.3.5 Analyse 292
9.4 Conclusie 295

10 PENSIOENONTSLAG: DE STAND VAN ZAKEN
M.B. de Witte-van den Haak en R. van Arkel

10.1 Inleiding 297
10.2 De Kaderrichtlijn en de WGBL 298
10.3 Ontslag op AOW-leeftijd 299
10.3.1 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL 299
10.3.2 Verhoging AOW-leeftijd 300
10.3.3 Rechtspraak Europese Hof over het pensioenontslag op 65 jaar 300
10.3.4 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL niet in strijd met Kaderrichtlijn 303
10.3.5 Het Toftgaard-arrest heeft geen gevolgen voor het pensioenontslag 304
10.4 Ontslag na AOW-leeftijd 307
10.4.1 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b en c WGBL 307
10.4.2 Rechtspraak 307
10.4.3 Geen strijdigheid met de Kaderrichtlijn 308
10.5 Ontslag vóór AOW-leeftijd 309
10.5.1 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL 309
10.5.2 Rechtspraak 309
10.5.3 Leeftijdsontslag onder 65 jaar slechts in zeer bijzondere situaties gerechtvaardigd 311
10.5.4 Leeftijdsontslag bij 65 jaar of ouder, maar onder AOW-leeftijd verboden leeftijdsonderscheid? 312
10.6 Blik op de toekomst: pensioenontslag leeftijdsonderscheid? 313
10.7 Conclusie 314

Bijdrage vanuit de werkgroep Internationale rechtsvergelijking

11 KRONIEK VAN ONTWIKKELINGEN NA 'VIKING/LAVAL' IN HET (STAKINGS)RECHT VAN DE EU, DE ILO EN DE RAAD VAN EUROPA
K. Boonstra, J.L.A. Helmer, M.S. Houwerzijl

11.1 Inleiding 317
11.2 Ontwikkelingen binnen de EU naar aanleiding van Viking/Laval 319

11.2.1 Discussie over de noodzaak tot reparatie: 2008-2009 319
11.2.2 Relevante aspecten in de inhoudelijke afweging van stakingsrecht tegenover EU-vrijheden in Viking/Laval 321
11.2.3 Voorstellen voor herstel van de balans: 2010 - 2012 324
11.2.4 Belang van Viking/Laval voor de interpretatie van het (Nederlandse) stakingsrecht 328
11.3 Reacties vanuit de ILO op Viking/Laval 330
11.3.1 Rapportage aan de ILO van de vakbonden 330
11.3.2 De Britse Balpa-case 330
11.3.3 Zweden na Laval 333
11.3.4 Toepassing van het ILO commentaar op de Nederlandse situatie 334
11.4 Ontwikkelingen binnen de Raad van Europa na Viking/Laval 335
11.4.1 Ontwikkelingen inzake artikel 6 ESH na Viking/Laval 335
11.4.2 Beschouwing van het oordeel van het ECSR 338
11.4.3 Eigenstandige ontwikkelingen inzake artikel 11 EVRM 340
11.4.4 Oordeel van het ECSR in verhouding tot artikel 11 EVRM 344
11.5 Conclusie 347

Bijlage: Overzicht samenstelling werkgroepen 351

1 Inleiding

*L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet**

De Vereniging voor Arbeidsrecht (hierna: 'VvA') is op 25 mei 1946 opgericht. De vereniging vormt een ontmoetingspunt voor hen die in verschillende functies met de theorie en praktijk van het arbeidsrecht te maken hebben. Arbeidsrecht wordt daarbij in ruime zin opgevat, daaronder valt onder meer het arbeidsovereenkomstenrecht, sociale zekerheidsrecht, ambtenarenrecht en medezeggenschapsrecht.

Voor sommige van deze deelgebieden heeft de VvA werkgroepen ingesteld, bestaande uit een (beperkt) aantal leden dat van tijd tot tijd samenkomt om met elkaar over het betreffende deelgebied te discussiëren. Deze werkgroepen hebben in de loop der tijd een belangrijke rol gespeeld bij het vormgeven van de activiteiten van de vereniging.

De Werkgroep Ontslagrecht is de oudste werkgroep van de vereniging. Deze is opgericht in 1988. Vaak in reactie op voorstellen tot wijziging van het ontslagrecht kwam de werkgroep naar buiten met een publicatie.[1] Het recente wetsvoorstel over de wijziging van het ontslagrecht, het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid, is aanleiding geweest voor de Werkgroep Ontslagrecht om in een (gedeeltelijk) nieuwe samenstelling in een korte tijd een uitgebreid

* *Loe Sprengers is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht en gastmedewerker bij de Universiteit Leiden en Gerdien van der Voet is advocaat bij AKD te Rotterdam en daarnaast als universitair docent verbonden aan de sectie arbeidsrecht van de Erasmus School of Law te Rotterdam.*

1 Zie de publicatie van de Werkgroep Ontslagrecht, *Commentaar op SER advies 88/12*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 16, Alphen aan den Rijn: Samsom 1989; C.G. Scholtens (red.), *Ontslagrecht volgens ADO*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 31, Deventer: Kluwer, 2001, R. Hansma (red.), *De ontbinding in de arbeidsovereenkomst in tienvoud, werkgroep ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 35, Deventer: Kluwer, 2005.

commentaar te leveren op dit wetsvoorstel. Dit commentaar is in maart 2014 verschenen in de VvA-reeks.[2]

Ook de Werkgroep Medezeggenschapsrecht bestaat reeds lange tijd. In 1998 heeft de werkgroep naar aanleiding van een wijzigingsvoorstel van de Wet op de Ondernemingsraden een bijeenkomst voor de VvA georganiseerd en zijn de bewerkte inleidingen verschenen in een juridisch tijdschrift.[3] In 2008 is de werkgroep nieuw leven ingeblazen, wat leidde tot een aantal bijeenkomsten van een groot aantal deelnemers die plenair en in subgroepen bijeen kwamen. Dit resulteerde uiteindelijk in een bijeenkomst van de VvA en een publicatie over de toekomst van de medezeggenschap.[4]

Mede door de grote belangstelling die er bestond om deel te nemen aan de Werkgroep Medezeggenschapsrecht heeft de vereniging besloten tot het instellen van meer werkgroepen. Zo heeft de Werkgroep CAO-recht zich in het jaar 2010-2011 tijdens de plenaire nodige bijeenkomsten en bijeenkomsten in subgroepen en expertmeetings gebogen over de toekomst van het cao-recht. Dit heeft geleid tot de publicatie over de toekomst van het cao-recht en een plenaire bijeenkomst hierover van de VvA.[5] In hetzelfde jaar is ook de eerste publicatie van de Werkgroep Gelijke behandeling verschenen. Ook deze werkgroep is geregeld bij elkaar gekomen om onderling van actief van gedachten te wisselen, uitmondend in een publicatie onder de naam eenheid in verscheidenheid.[6]

Het goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht is eveneens een onderwerp dat binnen de VvA de nodige keren aandacht heeft gekregen. Inleidingen en publicaties

2 E.F.A. van Buitenen, C.J. Frikkee, M.V. Ulrici, L.G. Verburg en J.P.H. Zwemmer (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en Zekerheid (33 818), Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 41, Deventer: Kluwer 2014.

3 L.G. Verburg, 'Art. 24 lid 1 WOR: voorwetenschap maakt niet altijd gelukkig'; L.C.J. Sprengers, 'Wijziging art. 24 WOR: wordt de ondernemingsraad nu daadwerkelijk een denktank van de ondernemer?'; B. Otten, 'De combinatie cao-ondernemingsovereenkomst nader bezien'; R. Hansma, 'Met art. 7:613 BW op weg naar volwassen arbeidsverhoudingen', *SR* 1998-12, p. 364-375.

4 L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), *De toekomst van de medezeggenschap, aanbevelingen aan de wetgever*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 37, Deventer: Kluwer 2009.

5 A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 39, Deventer: Kluwer, 2011.

6 A.W. van Leeuwen, M. Westerbeek, L. Nekeman-IJdema (red.), *Eenheid in verscheidenheid, gelijkheid in het arbeidsrecht*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 40, Deventer: Kluwer, 2011.

van Heerma van Voss hebben ervoor gezorgd dat dit onderwerp geregeld is besproken.[7] Nadat Heerma van Voss aangegeven had dat het een goed idee zou zijn als meer mensen zich bezig zouden houden met het volgen van dit thema, is de Werkgroep Artikel 611 opgericht. Deze werkgroep is op dit moment druk bezig met het afronden van een publicatie over dit thema, die op korte termijn eveneens in de reeks van de VvA zal verschijnen.

Verder kent de vereniging nog de Werkgroep Statutair directeur die begin 2010 is opgericht en in 2011 een lezing heeft verzorgd op een bijeenkomst van de vereniging. Deze werkgroep heeft in 2010 ook een brief aan de fracties van de Eerste Kamer verzonden naar aanleiding van het Wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 van het BW in verband met de aanpassing van de regels over bestuur en toezicht in NV's en BV's (31 763).

De laatste en meest recent ingestelde werkgroep is de Werkgroep Internationale rechtsvergelijking. Deze werkgroep bestaat ook uit leden van de Nederlandse afdeling van International Society of Labour and Social Security Law (ISLSSL), die zich in internationaal verband bezighouden met rechtsvergelijking in het arbeidsrecht.

Tot op heden was de aanpak van de werkgroepen er veelal op gericht om in gezamenlijkheid tot een publicatie te komen in de reeks van de VvA, zoals uit bovenstaand overzicht blijkt. In een kort tijdsbestek kwamen de leden van een werkgroep – meestal naar aanleiding van een wetsvoorstel of een andere concrete gebeurtenis – gezamenlijk en/of in subgroepen bij elkaar om toe te werken naar een publicatie in deze reeks. Nadat de publicatie was verschenen, vielen de werkzaamheden binnen een werkgroep vaak stil. Maar binnen verscheidene werkgroepen bestond toch behoefte om bij elkaar te komen, ook als er geen wetswijzigingsvoorstel of ander concreet plan voorlag. Deze laatste ontwikkeling ligt ten grondslag aan het verschijnen van deze publicatie. Vanuit verscheidene werkgroepen is te kennen gegeven dat zij het op prijs zouden stellen, indien de mogelijkheid daartoe geboden zou worden, om in een gezamenlijke VvA-bundel één of meer publicaties per deelnemende werkgroep op te nemen, die een weerslag vormen van de discussies die de afgelopen periode binnen deze werkgroepen hebben plaatsgevonden.

7 G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 17, Alphen aan den Rijn: Samsom 1993; een herziene uitgave is later verschenen in de reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 29, Deventer: Kluwer, 1999.

Dat heeft geleid tot deze uitgave, die bestaat uit een breed scala aan beschouwingen over actuele arbeidsrechtelijke onderwerpen (vandaar ook de gekozen titel: *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*).

De Werkgroep CAO-recht heeft aan deze bundel vier bijdragen geleverd. De jonge hoogleraar Duk heeft zich, in het verlengde van zijn proefschrift,[8] gebogen over de ontwikkeling in de cassatierechtspraak over het cao-recht in de 21ste eeuw. De meest kenmerkende ontwikkelingen in de Hoge Raad jurisprudentie in de afgelopen 13 jaar komen aan de orde, zoals: de pakketvergelijking, afwijkingen van driekwartdwingend recht, toelating tot het cao-overleg en uitleg van cao-bepalingen (hoofdstuk 2). In het volgende hoofdstuk wordt ingegaan op de belangrijkste ontwikkelingen in het cao-recht in de jaren 2012 en 2013 (hoofdstuk 3). Helmer, Sprengers, Janssen, Koot, Van der Putten en Verhulp gaan in op de ontwikkelingen in het cao-overleg van de afgelopen jaren en het verbreden van het draagvlak voor cao-afspraken naar aanleiding van een SER-advies hierover. Vervolgens worden een aantal concrete onderwerpen, die ook in de bijdrage van Duk bij de analyse van de Hoge-Raad-rechtspraak aan de orde zijn gekomen, nader beschouwd. Nagegaan wordt welke ontwikkelingen met name in de lagere rechtspraak zijn waar te nemen op het terrein van de werkingssfeer, de uitleg van de cao en de pakketvergelijking. Deze caleidoscopische blik op het cao-recht wordt afgerond met een verhandeling over de terugwerkende kracht van cao's, waarbij wordt ingegaan op de situatie dat er na het verstrijken van een cao niet meteen een nieuwe cao is afgesloten, maar pas op een later moment met terugwerkende kracht wordt ingevoerd. Welke gevolgen heeft dat bijvoorbeeld voor besluiten die in die tussenliggende periode genomen zijn genomen in afwijking van driekwartdwingend recht?

Vervolgens zijn er twee bijdrages opgenomen over het cao-recht in relatie tot het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid. Plessen, Jacobs, Sick en Schraffordt gaan in op de verschillende nieuwe driekwartdwingend-recht-bepalingen in dit wetsvoorstel (hoofdstuk 4). Berkhout en Jaspers hebben onderzoek verricht naar de nieuw gecreëerde mogelijkheid om geschillencommissies bij cao in het leven te roepen, ter overname van de preventieve ontslagtoets van het UWV bij bedrijfseconomische ontslagen (hoofdstuk 5).

8 R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en de rechtsvinding in het arbeidsrecht*, (diss. EUR), Den Haag: Boom, 2013.

De Werkgroep Medezeggenschapsrecht heeft twee bijdragen aan deze bundel geleverd. De eerste bijdrage van De Blécourt, Diepenbach en Hampsink heeft eveneens te maken met het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid (hoofdstuk 6). Zij gaan in op de vraag welke maatwerkmogelijkheden er op dit moment bestaan bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij een reorganisatie en welke mogelijkheden nog aanwezig zullen zijn na invoering van de Wet Werk en Zekerheid. In dat kader besteden zij in het bijzonder aandacht aan de wijze waarop in de rechtspraak momenteel wordt omgegaan met in een sociaal plan met de ondernemingsraad gemaakte afspraken over het afwijken van de ontslagvolgorde. Vervolgens gaan zij in op de mogelijke veranderingen die inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid daar in eens zou kunnen aanbrengen. Van Els, Dingemans, Nekeman, Zaal, Hakvoort, Wiersma en Geelkerken hebben zich gebogen over een geheel ander thema op het gebied van het medezeggenschapsrecht, namelijk over de verschillende vragen rondom de ondernemingsovereenkomst, zoals die geregeld is in artikel 32 lid 2 WOR (hoofdstuk 7). Zij gaan in op vragen die zijn gerezen in de praktijk en die deels ook in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen en doen enkele suggesties tot verheldering.

De bijdragen vanuit de Werkgroep Gelijke behandeling zijn gevarieerd en behandelen allen een verschillend aspect van het gelijke behandelingsrecht. De bijdragen geven een mooie tour d'horizon van de actualiteit rondom de gelijke behandeling in het arbeidsrecht. Zo gaat Vas Nunes in op de maatmanproblematiek: de vraag of er al dan niet sprake is van gelijke gevallen (hoofdstuk 8) en wordt in de overige twee bijdragen ingegaan op leeftijdsdiscriminatie. Veldman gaat daarbij in op de leeftijdsdiscriminatie bij ontslagvergoedingen en pensioenplafonds (hoofdstuk 9) en De Witte-van den Haak en Van Arkel staan nader stil bij de stand van zaken rondom het pensioenontslag in de Europese en nationale rechtspraak (hoofdstuk 10). De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is niet altijd gemakkelijk te doorgronden. Dat leidt ertoe dat het toch al niet zo toegankelijke rechtsgebied van de gelijke behandeling er niet overzichtelijker op wordt. De arresten zijn niet los te zien van de feiten van de zaak waar ze betrekking op hebben en de door de partijen ingebrachte stellingen. Dat maakt een vergelijking niet altijd even gemakkelijk. Om de weg te vinden in het gelijke behandelingsrecht is een goede gids nodig. De Werkgroep Gelijke behandeling hoopt met deze bijdragen deze gidsrol te vervullen en de lezer te inspireren.

Als laatste is de eerste bijdrage opgenomen van de Werkgroep Internationale rechtsvergelijking van de VvA (hoofdstuk 11). Boonstra, Helmer en Houwerzijl hebben een kroniek geschreven over de ontwikkelingen na de Viking en Laval-arresten in het (stakings)recht van de EU, de ILO en de Raad van Europa. Ook zij geven een tour d'horizon over de verschillende beoordeling door verschillende internationale gremia over de casussituatie die aan Viking en Laval ten grondslag heeft gelegen. Zij gaan ook in op de vraag wat de betekenis hiervan is voor de Nederlandse praktijk.

De bijdragen van de vier werkgroepen van de VvA in dit boek, als ook het recente advies van de Werkgroep Ontslagrecht en het binnenkort te verschijnen boek van de Werkgroep Artikel 611, maken duidelijk dat de VvA er anno 2014 nog steeds in slaagt om haar doelstelling om een ontmoetingspunt te zijn voor hen die in verschillende functies met de theorie en praktijk van het arbeidsrecht te maken hebben, te verwezenlijken. We hopen dat van deze bijdragen zowel binnen als buiten de VvA met veel interesse kennis zal worden genomen en dat de inhoud daarvan en het debat daarover bij zal dragen aan de verdere ontwikkeling van het arbeidsrecht.

2 Van pakketvergelijking, afwijkingen van driekwartdwingend recht, toelating tot cao-overleg en vooral veel, héél veel uitleg

Cassatierechtspraak over cao-recht in de eenentwintigste eeuw

*R.A.A. Duk**

2.1 Inleiding

Het meest geciteerde en meest besproken arrest van de Hoge Raad van belang voor het cao-recht dat, tot nu toe in de eenentwintigste eeuw is gewezen, betrof niet een geschil over of zelfs maar in verband met een collectieve arbeidsovereenkomst. In dat arrest ging het om de uitleg van een voor de werknemers van DSM geldende, door die werkgever eenzijdig vastgestelde AOV-regeling, een wat zuinige variant op pensioen, en vernietigde de Hoge Raad het vonnis in hoger beroep van de Rechtbank Maastricht waarin voor een strikt grammaticale uitleg van die regeling was gekozen.[1] Het arrest is wereldberoemd in arbeidsrechtelijk Nederland, omdat daarin het begrip 'CAO-norm' is geïntroduceerd. Die norm is omschreven niet als tegenovergesteld aan het Haviltex-criterium dat normaliter voor de uitleg van overeenkomsten geldt. In plaats daarvan zou – wat dat ook precies mag betekenen – tussen die beide normen 'een vloeiende overgang' bestaan.[2]

In deze kroniek wordt de cassatierechtspraak uit de eenentwintigste eeuw tot eind 2013 bezien, en niet (alleen) omdat het eerste arrest in die periode op mijn verjaardag gewezen werd.[3] Op zichzelf

* *Prof. Mr. R.A.A. Duk is advocaat bij BarentsKrans in Den Haag en daarnaast als bijzonder hoogleraar verbonden aan de Sectie Arbeidsrecht van de Erasmus School of Law in Rotterdam.*

1 HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/83, *NJ* 2005, 493, m.nt A.E. du Perron.

2 Zie voor beschouwingen over het arrest, naast de annotatie van Du Perron, vooral T.H. Tanja-van den Broek, *De Hoge Raad, CAO's en uitleg*, in S.F. Sagel en E. Verhulp. *Voor De Laat: de Hoge Raad* (reeks VvA no. 34, 2005), p. 133-153.

3 HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43.

vormt de eeuwwisseling geen keerpunt in de rechtspraak. Niet alleen was al sinds 1993 duidelijk dat met de uitleg van collectieve arbeidsovereenkomsten iets bijzonders aan de hand is,[4] maar tal van leerstukken zijn in de twintigste eeuw in de cassatierechtspraak tot wasdom gekomen. Zo is de vraag aan de orde geweest (**a**) wat nu wel en niet een collectieve arbeidsovereenkomst is,[5] (**b**) hoe (subtiel) het zit met de nawerking van (al dan niet algemeen verbindend verklaarde) normatieve cao-bepalingen[6] en (**c**) hoe met problemen van samenloop van cao's moet worden omgegaan.[7] De in deze kroniek te behandelen rechtspraak vanaf het jaar 2000 tot eind 2013 (hierna aangeduid als: *'de verslagperiode'*) vormt deels een vervolg op de eerder gewezen uitspraken, maar daarin zijn ook onderwerpen aan de orde gekomen die eerder niet, of slechts in de literatuur en de lagere rechtspraak, waren bezien.

In de verslagperiode heeft de Hoge Raad een kleine 60 arresten gewezen die betrekking hebben op vragen van cao-recht. Een duidelijke meerderheid van die arresten betreft vragen van uitleg van specifieke cao-bepalingen, waarover de Hoge Raad ten principale kan oordelen, indien die bepalingen algemeen verbindend verklaard (geweest) zijn.[8] Dat leeuwendeel van de cassatierechtspraak op het hier besproken gebied komt tegen het slot van deze kroniek, in paragraaf 2.5, aan de orde, waarbij wordt bezien in hoeverre min of meer algemene conclusies aan die rechtspraak kunnen worden verbonden. Daaraan gaan beschouwingen vooraf over drie meer algemene onderwerpen van cao-recht die in die periode de aandacht kregen van de Hoge Raad. Daarbij gaat het om achtereenvolgens het recht op toelating tot cao-overleg (par. 2.2), problemen van nawerking (par. 2.3), in het bijzonder bij overgang van onderneming, en de positie van niet of anders georganiseerden,

4 HR 17 september 1993, *JAR* 1993/234, *NJ* 1994, 173 en HR 24 september 1993, *JAR* 1993/236, *NJ* 1994, 174.

5 HR 19 maart 1976, *NJ* 1976, 407 en HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 926; zie voor het onderwerp bijvoorbeeld Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, no. 509 e.v. In dat verband kan uit de verslagperiode HR 30 november 2011, *JAR* 2002/16 worden genoemd. Daaruit blijkt dat ook een vaststellingsovereenkomst een cao kan zijn (maar die moet dan wel conform de Wet op de loonvorming worden aangemeld).

6 HR 19 juni 1987, *NJ* 1988, 70.

7 HR 6 januari 1995, *JAR* 1995/24, *NJ* 1995, 549 m.nt. PAS.

8 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), no. 74; vgl. bijvoorbeeld ook HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72 en HR 26 oktober 2007, *JAR* 2007/286. Is niet ge-avv-d, dan geldt HR 8 februari 2002, *JAR* 2002/46 en wordt op niet veel meer dan onbegrijpelijkheid getoetst.

de zogenoemde artikel 14-werknemers, bij in een cao neergelegde afwijkingen van driekwartdwingend recht (par. 2.4).

2.2 Toelating tot cao-overleg

Zoals bekend, regelt de Wet op de CAO de toelating tot het overleg over en de deelname aan een collectieve arbeidsovereenkomst niet, maar is er veel lagere rechtspraak en ook de nodige literatuur over dat onderwerp, waarbij het vaak met name gaat om de bepaling van de representativiteit van een vakbond vereist om recht te hebben op die deelname.[9] Rechtspraak van de Hoge Raad was er over dat onderwerp tot voor kort niet, maar is er thans wel: medio 2007 oordeelde de Hoge Raad namelijk over die problematiek.[10] Hij deed dat echter in een nogal bijzondere situatie, die zich als volgt laat samenvatten.

AbvaKabo FNV was en is partij bij de CAO Kinderopvang. Een werkgeversvereniging die bij het overleg over die cao betrokken was, haakte op een gegeven moment af en sloot met één vakbond, de Unie, een aparte cao voor een deel van de branche. Voor die cao gold een dispensatie van de algemeen verbindend verklaarde CAO Kinderopvang, zoals toen nog mogelijk was onder het zogeheten Toetsingskader.[11] Toen over die aparte cao tijdens de looptijd daarvan op punten heronderhandeld moest worden, vorderde AbvaKabo FNV, hoewel derhalve geen cao-partij, toch toelating tot dat overleg. De voorzieningenrechter wees die eis af, en diens oordeel werd in een zogeheten 'sprongcassatie' door de Hoge Raad bevestigd. De stelling dat een representatieve vakbond als AbvaKabo FNV in de zorg is, steeds recht heeft op toelating tot zulk overleg, werd afgewezen met overwegingen die duidelijk maken dat zo'n bond zeker in beginsel wél recht op toelating tot het normale cao-overleg heeft. Dat het oordeel van de voorzieningenrechter in cassatie toch stand hield, was dan ook op de 'smalle' overweging gebaseerd dat in zo'n geval de bond die toelating tot het tussentijdse overleg vordert,

9 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 14 maart 1995, *JAR* 1995/96; zie verder bijvoorbeeld Asser/Heerma van Voss 7-V 2012, no. 504, met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur, en J. van Drongelen, *De collectieve arbeidsovereenkomst en het algemeen verbindend verklaren van bepalingen daarvan*, Zutphen Uitgeverij Paris 2011, hoofdstuk 5.

10 HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/162.

11 Sinds per 1 januari 2007 doorgevoerde wijzigingen van het Toetsingskader gelden voor dispensatie van een avv zwaardere eisen. Zie voor de meest recente tekst van dat Toetsingskader, *Stcrt.* 6 december 2013, No. 34009.

niet alleen voldoende representatief moet zijn, maar ook aannemelijk moet maken waarom haar deelname aan zulk overleg zinvol kan zijn. Een vuistregel formuleert de Hoge Raad niet, omdat in zijn visie de drempel voor toelating lager ligt naarmate de belangen die de 'outsider' in het overleg behartigen wil, 'groter of urgenter' zijn. De zaak lijkt wellicht op het eerste gezicht een uitzonderingssituatie te betreffen, maar die veronderstelling is niet geheel juist. Afhaken – om 'schone handen' te behouden – is immers een tactische benadering die goed past in de tactiek van min of meer radicale bonden. Over de vraag in welke mate de rechter voor die aanpak ruimte moet laten, kan men blijkens de reacties op het arrest in de literatuur van mening verschillen.[12] De kritiek dat uit het arrest volgt dat de Hoge Raad niet goed begrijpt hoe het bij cao-onderhandelingen in de echte wereld toegaat, deel ik niet, nu zijn benadering alle ruimte laat om dat aspect mee te wegen.

2.3 Nawerking

De Wet op de CAO regelt nawerking niet, maar in de literatuur is dat leerstuk ontwikkeld, en de rechtspraak heeft het aldus uitgezette spoor gevolgd. Voor de cao zelf heeft de Hoge Raad dat leerstuk aanvaard, maar voor algemeen-verbindend-verklaarde bepalingen van een cao niet, zij het dat in sommige gevallen wel 'een beetje nawerking' mogelijk is.[13] Dit leerstuk heeft sinds 2000 nog tweemaal de aandacht van de Hoge Raad gehad.

In een arrest van begin 2003 deed zich de bijzondere situatie voor dat een deel van een onderneming was overgedragen aan een ziekenhuis dat, anders dan die onderneming (Hoogovens), niet een eigen ondernemings-cao had, maar gebonden was aan een bedrijfstak-cao, die voor de ziekenhuizen. De betrokkenen waren, met name op basis van een incorporatiebeding, door Hoogovens aan de ondernemings-cao gebonden, maar werden na de overgang van tijd tot tijd aan de ziekenhuis-cao gebonden krachtens de a.v.v. daarvan. Die cao

12 Zie bijvoorbeeld J. van Drongelen, a.w. (noot 9), p. 119 en 120 (§5.6), met verwijzingen. Kritisch is met name A.Ph.C.M. Jaspers, 'Toegang tot het cao-overleg', *TAP* 2010/2, p. 68-74.

13 Uitdrukking ontleend aan A.J. Swelheim, 'Een beetje nawerking', *ArbeidsRecht* 1994, p. 7-9. Nawerking van ge-avv-de cao-bepalingen is ten principale verworpen in HR 18 januari 1980, *NJ* 1980, 348.

had echter (niet het gebruikelijke minimum-, maar) een standaardkarakter. Omdat de ten tijde van de overgang geldende Hoogovens-cao op punten gunstiger was, trad in de visie van de Hoge Raad een soort jojo-effect op: tijdens de periode van avv gold de ziekenhuis-cao, maar in de periode dat dat niet het geval was, was een beroep op de gunstigere bepalingen van de Hoogovens-cao mogelijk.[14] De Hoge Raad handhaafde aldus zijn leer dat bij avv geen nawerking optreedt en las art 14a Wet CAO, ingevoerd ter implementatie van de Europese Richtlijn over overgang van ondernemingen, niet zo dat op grond daarvan een uitzondering op die hoofdregel moest worden gemaakt.[15]

Een uitzondering op de hoofdregel is aanvaard in een arrest waarin een werknemer tijdens de looptijd van de avv ziek geworden was en bij de afloop daarvan nog ziek was, en de vraag rees of hij het in de cao in kwestie neergelegde bovenwettelijke recht op doorbetaling tijdens ziekte (zie voor het wettelijke regime artikel 7:629 BW) behield. Die vraag beantwoordde de Hoge Raad bevestigend.[16] Dat lag in de rede omdat hij ook al eerder, in 1994, in die zin had geoordeeld.[17] De overwegingen van de Hoge Raad in beide arresten geven geen verdere duidelijkheid over wat nu wel en wat nu niet dient te gelden als een op grond van de avv 'verkregen recht'.

Een wat andere vraag was aan de orde in een geval waarin afwijking van (minimum)bepalingen van een geldende cao werd geclaimd op grond van nawerking van de voordien geldende cao-afspraken. Te betogen viel dat nawerking beperkt is tot de periode waarin nog geen opvolgende cao geldt. Zo'n betoog werd door de Hoge Raad verworpen,[18] maar wel in de bijzondere situatie waarin de vraag was of werknemers de nieuwe cao tegen zich moeten laten

14 HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/28, *NJ* 2006, 516.

15 In het licht van HvJ EU 18 juli 2013, *JAR* 2013/216 – waarover A. Stege, 'Arrest Parkwood (HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11)', *Arbeid&Onderneming* 2013/4, p. 121-123 – kan men zich afvragen of de Hoge Raad op het in de tekst bedoelde punt prejudiciële vragen had behoren te stellen. Dat arrest van het Hof van Justitie maakt immers duidelijk dat er zekere beperkingen tegen de na een overgang voortdurende toepasselijkheid van de cao van de vervreemder zijn. Dat zou zeker gelden als een beroep zou worden gedaan op wijzigingen in de Hoogovens-cao van na de overgang in kwestie, zoals in beginsel zou kunnen bij een 'dynamisch' beding.

16 HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154.

17 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420.

18 HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135; de conclusie van A-G Spier voor het arrest geeft een goed overzicht van de overvloedige literatuur en maakt duidelijk dat de opvattingen daarin in meerderheid in andere richting wezen.

gelden alhoewel hun vakorganisatie, AbvaKabo FNV, daarbij geen partij was. De motivering van de Hoge Raad beperkt zich echter niet tot die situatie, maar betreft mede het geval waarin de verdergaande aanspraken uit eerdere individuele afspraken voortvloeien. Dat betekent dat open ligt wat rechtens is als de nieuwe cao een standaardkarakter heeft. In dat geval zal de vraag vooral zijn of een met niet of anders georganiseerde werknemers overeengekomen incorporatiebeding zo mag worden uitgelegd dat het een instemming-op-voorhand met dergelijke verplichtingen omvat. De in het beding gekozen formulering is dan belangrijk. Wordt in dat beding verwezen naar toekomstige cao's die voor de werkgever van tijd tot tijd gaan gelden, dan zijn veranderingen verdisconteerd, maar kan nog een verweer van de werknemer zijn dat zo'n beding niet zo behoeft te worden uitgelegd dat het mede zou verwijzen naar een cao, al dan niet met dezelfde naam, waarbij geen of slechts één van de oorspronkelijke vakbonden partij is, maar 'de zijne' in elk geval niet, evenzeer als in een voorkomend geval de vraag kan rijzen wat geldt als de oorspronkelijke cao opgaat in één meeromvattende cao of juist in deel cao's uiteenvalt. Hoe belangrijk die uitleg ook is, de Hoge Raad zal op dat punt niet ten principale kunnen ingrijpen, tenzij de cao voorschrijft hoe het incorporatiebeding moet worden geformuleerd én ook die bepaling ge-avv-d wordt.

2.4 Artikel 14-werknemers en driekwartdwingend recht

Werkgevers dienen de normatieve bepalingen van een voor hen geldende cao in het algemeen ook toe te passen op de in artikel 14 Wet CAO bedoelde, 'niet of anders georganiseerde' werknemers, maar die werknemers kunnen aan die cao niet rechtstreeks aanspraken ontlenen.[19] Het middel voor een gebonden werkgever om de uit dat artikel voortvloeiende toepassingsverplichting na te komen is het opnemen in de arbeidsovereenkomsten met zijn personeelsleden van een zogeheten incorporatiebeding. Een in de verslagperiode gewezen arrest betreft de vraag hoe ruim zo'n beding mag worden uitgelegd. Dat was aan de orde in een situatie waarin oorspronkelijk een ondernemings-cao gold, maar na verloop van tijd een bedrijfstak-cao was gaan gelden. De werkgever betoogde dat weliswaar uitdrukkelijk naar (de benaming van) de oorspronkelijke cao werd

19 HR 7 juni 1957, *NJ* 1957, 527.

verwezen, maar dat dat ruim uitgelegd moest worden en ook de inmiddels geldende bedrijfstak-cao betrof ('Lees maar, er staat niet wat er staat.'). Het arrest van de Hoge Raad gaat niet op deze vraag in, omdat er bij de motivering in het arrest van het hof iets was misgegaan.[20]

De Hoge Raad is (nog) niet toegekomen aan de vraag of een incorporatiebeding al dan niet moet worden gezien als een (aan de beperkingen van artikel 7:613 BW onderworpen) eenzijdig wijzigingsbeding,[21] maar heeft wel beslist dat voor de uitleg van zo'n beding in beginsel niet de cao-norm, maar het Haviltex-criterium moet worden gehanteerd.[22] Dat is 'logisch' – het beding is immers een afspraak tussen werkgever en werknemer –, maar laat de mogelijkheid open dat in de verhouding tussen werkgever en werknemer een aldus van toepassing verklaarde cao-bepaling anders moet worden uitgelegd dan wanneer die bepaling ex artikel 9, 12 en 13 Wet cao (en ex artikel 2 Wet AVV) rechtstreeks van toepassing is, een weinig wenselijk, maar in het geldende wettelijke systeem moeilijk te vermijden resultaat.[23] Overigens zal er alleen in bijzondere omstandigheden aanleiding zijn om tot een afwijkende uitleg te komen.

Het in de vorige alinea bedoelde probleem is bijzonder pregnant wanneer via incorporatie een cao-bepaling van toepassing is waarin van driekwartdwingend recht wordt afgeweken. In zo'n geval zijn twee benaderingen mogelijk. De ene is dat sprake is van een strikt individuele en dus niet verbindende afspraak, de andere dat de afwijking bij cao de daarop voortbouwende individuele afspraak in

20 HR 25 januari 2008, *JAR* 2008/55. Wat was misgegaan: de moderne techniek faalde, en een zin brak onderaan de pagina middenin af, terwijl niet duidelijk was hoe die zin en daarmee het argument voortging. Het arrest heeft wellicht enige meerwaarde doordat de Hoge Raad vernietigde na een conclusie van A-G Spier tot verwerping van het beroep met toepassing van artikel 81 RO.

21 Zie op dat punt mijn discussie met R.M. Beltzer in *SMA* 2006, p. 328-311 resp. p. 312-314.

22 Vgl. HR 9 juli 2004, *JAR* 2004/189 en HR 3 november 2006, *JAR* 2006/304.

23 Vgl. HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 196 en J.L.R.A. Huydecoper, *Goed Fout*, in S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Deventer: Kluwer 2011, p. 163-172. In dat geval was aan de orde de stelling dat weliswaar in een vertrekregeling een Sociaal Plan van (overeenkomstige) toepassing was verklaard, maar dan wel zonder de daarin vervatte maximering van aanvullende betalingen. Dat scheelde in dat geval aanzienlijk meer dan een slok op een borrel. Voor het Sociaal Plan als zodanig geldt op zichzelf de cao-norm; zie HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/151.

voldoende mate legitimeert.[24] De eerste benadering zou meebrengen dat een werkgever zonder medewerking van de betrokken werknemers niet kan voldoen aan zijn verplichting om de cao ook toe te passen buiten de kring van georganiseerde werknemers. Het is dan ook begrijpelijk dat de Hoge Raad voor de tweede opvatting heeft gekozen. Die keuze is alleen van belang als de werkgever aan de cao een recht tot afwijking van een in beginsel voor hem dwingende wetsbepaling kan ontlenen, zoals bij een uitschakeling of beperking van de ketenregeling van artikel 7:668a BW als in het hierboven aangeduide geval aan de orde. Die ratio brengt mee dat de werkgever dat resultaat niet behoort te kunnen bereiken door te kiezen voor toepassing van een niet voor hem geldende cao. Dat is dan niet alleen een cao geldend voor een andere bedrijfstak dan waarvan de werkgever deel uitmaakt, maar mijns inziens óók een cao die weliswaar voor de eigen bedrijfstak geldt, maar waaraan de werkgever niet is gebonden, bij voorbeeld omdat hij geen lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij die cao. Daarbij zij bedacht dat soms avv niet mogelijk is, maar soms ook bewust niet wordt verzocht. Open is dan nog wat rechtens is als de werkgever weliswaar de betrokken bepaling in de arbeidsovereenkomst overneemt, maar anderszins geheel of gedeeltelijk op een of meer punten afspraken in strijd met de cao in kwestie maakt, bij voorbeeld – opzettelijk of door een of ander misverstand – een te laag loon toekent. Duidelijk lijkt dat het niet voor de hand ligt dat langs die weg van een afwijking van driekwartdwingend recht in de CAO kan worden geprofiteerd.

2.5 Vragen van cao-uitleg

In de cassatierechtspraak komen, zoals al vermeld, vragen van uitleg van cao-bepalingen zeer regelmatig aan de orde. Is een cao niet algemeen verbindend, dan is de toetsing beperkt en behoeft slechts te worden bezien of de in de inleiding van deze bijdrage al genoemde cao-norm in acht genomen is.[25] Is de betrokken bepaling algemeen verbindend verklaard, dan is een 'volle' toetsing van de in appel

24 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19, *NJ* 2003, 153, waarover mijn bijdrage met de titel: 'Art. 14 Wet CAO, incorporatie en driekwart dwingend recht', *TAP* 2010, p. 162-166.

25 Zie naast het in noot 1 genoemde arrest in de verslagperiode bijvoorbeeld HR 24 februari 2012, *JAR* 2012/94 (r.o. 3.5.2.) en HR 15 april 2011, *JAR* 2011/136 (r.o. 3.5).

gekozen uitleg door de Hoge Raad mogelijk. De Hoge Raad beperkt zich er dan niet toe te onderzoeken of de CAO-norm wel is toegepast, maar kan zijn interpretatie aldus, zo hij daartoe aanleiding ziet, in de plaats stellen van die van de feitelijke rechter. Dat geldt niet alleen voor bepalingen die algemeen verbindend waren ten tijde van het ter discussie staande feitencomplex, maar ook voor bepalingen die dat niet langer zijn, maar wel eerder waren, omdat (in hoofdzaak) gelijkluidende bepalingen geacht mogen worden dezelfde betekenis te hebben.[26] In de verslagperiode heeft de Hoge Raad die leer uitgebreid tot het 'bijzondere' geval, waarin weliswaar voor de cao in kwestie geen avv gold, maar de bepalingen waarom het ging, letterlijk overgenomen waren in een publiekrechtelijke rechtspositieregeling, recht in de zin van artikel 79 RO.[27]

Sommige vragen van uitleg liggen op het grensvlak tussen algemene vragen van cao-recht en uitleg van de specifieke bepalingen in kwestie. Dat geldt bij voorbeeld over vragen van pakketvergelijking. Die zijn aan de orde als afspraken per saldo niet in strijd zijn met, beter: tezamen genomen niet minder gunstig voor de werknemer zijn dan, het door de cao voorgeschreven pakket, maar op specifieke onderdelen wel tegenover afwijkingen in het voordeel van de werknemer ook afwijkingen in diens nadeel staan. Dat is een kwestie van uitleg, omdat een cao nu eenmaal pakketvergelijking met zoveel woorden kan toestaan of verbieden, maar het is ook een vraag van cao-recht, omdat zo'n bepaling veelal ontbreekt en dan de (rechts)vraag is wat bij die interpretatie uitgangspunt moet zijn.

Vragen van pakketvergelijking zijn in de verslagperiode in twee arresten van de Hoge Raad aan de orde geweest, en wel in 2000 en in 2009.[28] In beide gevallen speelde dat, tegenover een hoger basisloon dan in de cao voorzien, op het punt van de overwerkvergoeding de cao-bepalingen niet werden nageleefd. Bij eerste lezing geven die arresten de indruk van tegenstrijdige beslissingen, omdat in het ene geval het overwerk geheel conform de cao moest worden vergoed en

26 Zie de literatuur en rechtspraak genoemd in noot 8.

27 HR 20 oktober 2006, *JAR* 2006/286.

28 HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43 en HR 24 april 2009, *JAR* 2009/139, waarover A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Nietigheid van elk beding ex artikel 12 WCAO na Theunissen/Wolter: iets nieuws onder de zon?', *TAP* 2009, p. 212-218, M. de Bink, 'Artikel 12 Wet-CAO: pakketvergelijking en partiële nietigheid', *ArbeidsRecht* 2009/11, p. 17-21 en mijn '"Van rekkelijken en preciezen": het ingevolge art. 12 Wet CAO en art. 3 Wet Avv nietig beding', in J.H. Even c.s. (red.), *Arbeidsrechtelijke bedingen*, Den Haag: Sdu 2012, p. 91-97. Zie voor de ontwikkelingen in de lagere rechtspraak sinds deze Hoge Raad arresten de bijdrage van E. Koot- van der Putte in par. 3.5 van dit boek.

in het andere de claim door de Hoge Raad beperkt werd tot wat van maand tot maand in totaal (mogelijk) te weinig was betaald. Dat heeft tot discussie over de vraag of met het tweede arrest is teruggekomen op het eerste, aanleiding gegeven. Mij lijkt dat niet het geval, omdat de feitelijke rechter in het ene geval oordeelde dat overwerk niet was vergoed, en in het andere geval de Hoge Raad de uitspraak a quo zo duidde dat de totale maandelijkse vergoeding uiteen viel in het cao-loon en een vaste toeslag voor overwerk. Men kan het zo zeggen dat in het ene geval alleen het eigenlijke loon was overeengekomen en in het andere het maandbedrag het loon en een vaste, als het ware gegarandeerde overwerktoeslag bevatte.

Veel van de arresten over uitleg van de cao-bepalingen betreffen de vraag of een bedrijf al dan niet binnen de (algemeen verbindend verklaarde) werkingssfeerbepaling van de door de wederpartij ingeroepen cao in kwestie valt. Uitgangspunt bij de beantwoording van die vraag moet zijn dat cao-partijen zelf die werkingssfeer van 'hun' cao bepalen, en dat in het kader van een verzoek om avv slechts relevant is of op het aldus afgebakende territoir aan de eis van een belangrijke meerderheid (van artikel 2 Wet AVV) wordt voldaan. Vaak zal een geschil over de precieze werkingssfeer leiden tot een heel specifieke vraag zoals die of voorverpakte belegde broodjes als 'gemaksvoeding' mogen worden gekwalificeerd.[29]

Een probleem bij de uitleg van werkingssfeerbepalingen wordt veroorzaakt doordat in toenemende mate gebruikelijk is dat een onderneming verschillende activiteiten ontplooit, waarvan sommige wel, maar andere niet onder de werkingssfeer van een cao vallen. Zo is frequent sprake van een combinatie van activiteiten waarin een bedrijf deels zelf fabriceert en deels als (groot)handel met het eigen fabricaat vergelijkbare producten betrekt, bijvoorbeeld bij een onderneming die tot hetzelfde concern behoort. In veel gevallen rijst dan onder vigeur van een cao de vraag wat die onderneming 'in hoofdzaak' doet. Dat is een term die in veel gevallen wordt gebruikt, vaak zonder dat wordt aangegeven aan de hand van welke criteria moet worden beslist. In een aan de Hoge Raad voorgelegde zaak was de vraag hoe dat criterium moet worden toegepast. De Hoge Raad

29 HR 4 januari 2013, *JAR* 2013/38. De Hoge Raad verwierp het beroep met toepassing van artikel 81 RO, wat vermelding verdient omdat, welhaast per definitie, een open rechtsvraag aan de orde was gesteld. Verklaring voor die simpele afdoening is wellicht dat in het arrest waarvan beroep, dezelfde klachten als in cassatie aan de orde waren, welke door het hof met voorbeeldige grondigheid waren behandeld. Zie hierover ook N. Jansen in par. 3.3 van dit boek.

vernietigde een uitspraak van de appelrechter waarin was geoordeeld dat niet aan het hoofdzaakcriterium was voldaan, omdat slechts een minderheid van het totale personeel de voor de betrokken cao (de CAO Metalektro) karakteristieke 'handelingen met metaal' verrichtte. Er moest volgens de Hoge Raad ook rekening worden gehouden met het personeel dat ten dienste stond van de metaalbewerking, zoals dat van het magazijn en de verkoop, maar bij voorbeeld ook de koffiejuffrouw.[30] Die uitspraak is in zekere zin 'logisch': zulk ondersteunend personeel zal ook onder de cao vallen als alle activiteiten tot de betrokken bedrijfstak behoren (want alleen zelf gefabriceerde producten worden verkocht).

Een andere vraag is wanneer een onderneming tot een bepaalde bedrijfstak behoort. Op dat punt valt een aantal vernietigende arresten te noemen. Zo vernietigde de Hoge Raad een uitspraak waarin voor een ondersteunend bedrijf beslissend werd geacht welke activiteiten de door haar ondersteunde bedrijven zelf verrichtten. Het gaat er volgens de Hoge Raad niet om binnen het kader van welke onderneming de werknemers feitelijk werkzaam zijn, maar om wat hun werkgever zelf in hoofdzaak doet, waarbij 'in hoofdzaak' staat voor de meerderheid van de arbeidsuren.[31] Een vergelijkbaar probleem van afbakening van de branche kwam aan de orde in een zaak waarin moest worden beslist of sprake was van een (groot)handelsonderneming of van een tuinbouwbedrijf. De Hoge Raad was het in dat geval niet eens met het oordeel van het hof waarin de zorg voor potplanten ondergeschikt werd geacht aan de verkoop daarvan.[32] Dat is op zichzelf goed te volgen, omdat het doel van elke productieonderneming uiteindelijk de afzet van de in die onderneming gefabriceerde producten is. Een probleem kan echter ontstaan als een onderneming een product, zoals planten, inkoopt, gedurende zekere tijd bewaart en verzorgt en vervolgens verkoopt. Het is dan een vraag van (feitelijke?) waardering waarop het accent ligt. Hoe meer de planten in dit voorbeeld nog groeien, hoe sterker het accent op de kwekerij ligt. Een vergelijkbaar, maar omgekeerd probleem doet zich voor bij zogeheten loonbedrijven. De Hoge Raad oordeelde in een aan hem voorgelegd geval dat een loonbedrijf dat zich structureel en specifiek richt op het landbouwbedrijf, niet een 'soort' uitzendonderneming is, maar zelf óók een landbouwbedrijf.[33] Cao-partijen kunnen uiteraard in de werkingssfeerbepaling zelf kiezen of de cao

30 HR 24 februari 2012, *JAR* 2012/94.
31 HR 15 april 2011, *JAR* 2011/136.
32 HR 26 oktober 2007, *JAR* 2011/286.
33 HR 20 mei 2005, *JAR* 2005/154.

mede dergelijke verwante bedrijven betreft. Voor een ruime uitleg pleit dat anders met behulp van de werknemers ter beschikking stellende personeel-b.v.'s wel erg gemakkelijk aan een normaliter toepasselijke cao kan worden ontkomen. Een ruime uitleg ligt ook in de rede omdat anders al snel verdringing door goedkopere krachten kan optreden.[34]

Verder is van zaakoverstijgend belang het arrest waarin werd beslist dat bij de interpretatie van in beginsel overlappende werkingssfeerbepalingen van algemeen verbindend verklaarde cao's zo enigszins mogelijk dient te worden gekozen voor een interpretatie waarin die overlap wordt vermeden.[35] Dat gebeurde in dat geval door een uitzondering in de ene cao ruim uit te leggen, ook zonder dat er aanwijzingen waren dat die uitzondering nu juist was opgenomen om overlap (in dat geval tussen de 'Bouw' en 'Metaal en Techniek') te vermijden. De bepalingen dateerden overigens van voordat in het avv-beleid het vermijden van overlap uitgangspunt werd.[36]

De tot hier toe in deze kroniek nog niet besproken cassatierechtspraak betreft in hoofdzaak gevallen waarin het ging om de uitleg van specifieke cao-bepalingen. Veelal gaat het daarbij om wat evident ius in causa positum is en waarbij, derhalve, het arrest van de Hoge Raad geen meerwaarde heeft. Het heeft dan ook weinig zin om ten aanzien van dat deel van de jurisprudentie in dit overzicht volledigheid na te streven. Toch zijn er zaken waarin er iets bijzonders aan de hand was. Daarin speelden de volgende kwesties aan de orde.

Een cao gaf aanspraak op vakantiegeld. Vraag was of bij de berekening daarvan rekening moest worden gehouden met incidentele bijverdiensten, zoals tijdelijke toeslagen. Een ontkennend antwoord op die vraag werd door de Hoge Raad hiermee gerechtvaardigd dat aldus een uitleg werd gevolgd conform die van de corresponderende bepaling in de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag (WMM).[37] Uitleg op basis van concordantie met wetgeving is niet genoemd in het DSM-arrest, wat op

34 Direct na de verslagperiode valt HR 31 januari 2014, *ECLI:*NL:HR:2014:215, waarin werd beslist, kort gezegd, dat niet tot de Metalektro behoort een bedrijf dat weliswaar zijn omzet (slechts) behaalt met de afzet van zelf geassembleerde camera's, maar waarin 'het zwaartepunt op onderzoek en ontwikkeling' ten behoeve van die camera's ligt.

35 HR 27 mei 2011, *JAR* 2011/172.

36 HR 10 september 2010, *JAR* 2010/254.

37 HR 5 maart 2010, *JAR* 2010/91.

zichzelf al duidelijk maakt dat de daarin wel genoemde aandachtspunten niet limitatief zijn opgesomd.

In geschil was in een andere zaak wat het effect was van een tewerkstelling van een officier in de koopvaart in dezelfde rang (die van stuurman) op een groter schip gedurende zekere tijd. Na verloop van tijd ontstond dan een recht op een structurele salarisverhoging. Verdedigd werd van werknemerszijde dat het hogere salaris met behoud van anciënniteit moest worden bepaald. Dat leidde tot een fikse salarissprong. Bij een 'officiële' promotie kreeg de officier recht op het naast hogere salaris in zijn nieuwe functie, en was het effect op het inkomen daardoor beperkt (zij het dat daardoor dan wel een langere uitloop mogelijk werd. Het werd door de Hoge Raad redelijk geacht voor die plaatsing – formeel géén promotie in de zin van de cao: de rang van de officier bleef hetzelfde – de regels voor promotie overeenkomstig toe te passen. Dat was een redelijker resultaat dan de salarissprong die bij behoud van anciënniteit in de nieuwe schaal zou optreden.[38]

Ook in andere gevallen betoonde de Hoge Raad zich geen voorstander van een uitleg van een cao-bepaling die tot een grote salarisstijging zou leiden. Onder die noemer – 'het moet niet gekker worden' – vallen de volgende arresten te brengen: dat waarin een 'tijd-voor-tijd'-regeling zo werd uitgelegd dat met verrekening met halve dagen in plaats van met hele dagen kon worden volstaan (omdat verrekend kon worden en niet 'daadwerkelijk teruggegeven' werd, waarbij wél een recht op toekenning van 'volle dagen' bestond),[39] dat waarin een inkomensgarantie voor medische specialisten beperkt werd uitgelegd[40] en dat waarin bij gebreke van een norm voor de loopafstand van huis naar het opstappunt voor openbaar vervoer (en vice versa), voor het door de werkgever te vergoeden woonwerkverkeer alleen met de reistijd per openbaar vervoer rekening werd gehouden.[41]

Uit die laatste rechtspraak mag zeker niet worden afgeleid dat de Hoge Raad min of meer consequent voor een werkgeversvriendelijke uitleg zou kiezen. Zo is door hem verworpen dat bij een rechterlijke toewijzing van een salarisverhoging met terugwerkende

38 HR 12 juni 2009, *JAR* 2009/181.

39 HR 20 oktober 2006, *JAR* 2006/286.

40 HR 10 december 2004, *JAR* 2005/31. Vergoeding van reistijd is vaker bron van geschil. Vgl. voor vergelijkbare ge-avv-de cao-bepalingen met een verschillende uitkomst HR 23 maart 2012, *JAR* 2012/112 en HR 22 november 2013, *JAR* 2014/14.

41 HR 8 oktober 2010, *JAR* 2010/273.

kracht die beslissing geen gevolgen zou hebben voor de pensioengrondslag op de dag dat die verhoging zou moeten zijn, maar niet was toegekend. Dan zou immers (in een situatie kort voor de ingang van het pensioen) de werknemer schade in de vorm van een lager pensioen ten gevolge van die fout van de werkgever lijden.[42] Evenzeer naar uitkomst werknemersvriendelijk was de rechterlijke keuze om, bij een op gereden kilometers gebaseerde en in zoverre virtuele reisurenvergoeding, te kiezen niet voor de kortste, maar voor de (langere, maar) snelste – en dus gebruikelijke – route. Ook valt binnen dat bestek het arrest waarin de cao eiste dat een arbeidsovereenkomst slechts voor bepaalde tijd verlengd mocht worden als het werk van 'kennelijk tijdelijke aard' was en de werkgever zonder uiteindelijk succes verdedigde dat voldoende was dat de overeenkomst zo was gekwalificeerd. De naar zijn aard zeer geduldige letter was terecht onvoldoende.[43]

In dit soort gevallen berust de keuze van de Hoge Raad er vaak op dat de ene opvatting niet en de andere opvatting wel tot 'onaannemelijke gevolgen' leidt. Dat is een omstandigheid die bij de CAO-norm een belangrijke rol speelt. Voorbeeld van die invalshoek is ook een uitspraak waarin een resultaat werd verworpen waarin een werkgever er slechter aan toe zou zijn als hij een door hem opgemerkte foutieve indeling van een werknemer 'spontaan' corrigeerde dan wanneer hij zou afwachten totdat de werknemer over die fout klaagde.[44] In die lijn ligt ook de uitspraak waarin de uitdrukking 'ontslag verlenen' niet werd beperkt tot opzegging, maar ook werd betrokken op een ontbinding op verzoek van de werkgever ex artikel 7:685 BW en waarin verder nog de formele eis van de cao-bepaling dat het ontslag 'eervol' was, werd weggepraat.[45] Een ander voorbeeld van een in de visie van de Hoge Raad redelijke uitkomst is het volgende. De CAO voor de Horeca definieerde 'vakkracht' zo dat dat slechts iemand was die tussen bepaalde uren in het weekend werkte. Medewerkers claimden een hoger loon omdat zij van tijd tot tijd ook kort voor het relevante aanvangstijdstip waren ingezet Dat was echter slechts incidenteel, en niet structureel gebeurd. Daarom aanvaardde de Hoge Raad beloning als vakkracht.[46]

42 HR 21 december 2007, *JAR* 2008/17.
43 HR 11 november 2005, *JAR* 2005/286.
44 HR 8 april 2005, *JAR* 2005/116.
45 HR 25 juni 2004, *JAR* 2004/169. Of zo'n ruime uitleg ook geldt voor de term 'wordt ontslagen', werd in het midden gelaten in HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72.
46 HR 28 juni 2002, *JAR* 2002/168.

Tracht men een zekere noemer voor de hier samengevatte rechtspraak te vinden, dan is die dat de ratio boven de letter gaat en dat derhalve de Hoge Raad bereid is corrigerend op te treden zowel als bij letterlijk uitleg de bepaling te ver als wanneer deze, aldus uitgelegd, niet ver genoeg gaat.

2.6 Conclusie

Het bovenstaande overzicht maakt duidelijk dat er vanaf het begin van deze eeuw relatief veel arresten inzake het cao-recht zijn gewezen, maar dat dat aantal van in totaal bijna zestig – overigens in 2002 acht en in 2004 zeven arresten, maar in de afgelopen tijd vaak ook niet meer dan twee of drie per jaar – niet heeft geleid tot een groot aantal standaardarresten. Voor zover in de verslagperiode al sprake is van uitspraken van principieel belang, zijn dat er niet veel meer dan op de vingers van één hand te tellen. De 'bulk' van de productie van de cassatierechter op dit bijzondere gebied betreft in de verslagperiode uitspraken waarin het gaat om de uitleg van specifieke cao-bepalingen, uitspraken die slechts bij uitzondering een betekenis hebben die boven het betrokken geval uitgaat, beter: ook buiten de kring waarvoor de cao-bepaling in kwestie geldt, van belang zijn. Zo'n uitzondering doet zich met name voor als uit de redenen voor de Hoge Raad om voor de ene of de andere uitleg te kiezen, wat beter dan met de vrij abstracte cao-norm kan gebeuren, blijkt welk type argumenten in de uitlegdiscussie aandacht verdient. Sommige bestanddelen van die norm, zoals aandacht voor het gebruik van een uitdrukking elders in de cao, spelen in de hier besproken periode in de rechtspraak nauwelijks een rol.

Daarom is het riskant aan het hiervoor deels in vogelvlucht behandelde materiaal al te uitgesproken conclusies te verbinden. Met het daaraan inherente voorbehoud, en dus tentatief, merk ik afrondend het volgende op.

De in paragrafen 2.2, 2.3 en 2.4 behandelde rechtspraak ondersteunt de werking van het cao-stelsel. Dat geldt in de eerste plaats voor het arrest waarin, zij het met enig voorbehoud, het recht van een representatieve vakbond tot deelname aan cao-overleg is erkend. Dat geldt ook voor de ruimte die door de Hoge Raad voor nawerking wordt gelaten. Tenslotte geldt het ook voor de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid om op de werkgever toepasselijke cao's te incorporeren, ook als daarin van driekwartdwingend recht wordt afgeweken.

De in paragraaf 2.5 deels schetsmatig aangeduide rechtspraak maakt duidelijk dat de Hoge Raad zijn (ook zichzelf gegeven) opdracht tot hantering van de cao-norm bij algemeen verbindend verklaard cao-bepalingen serieus neemt. Daarbij wordt van de criteria die voor de toepassing van die norm gelden, in de praktijk van de afgelopen veertien jaar een belangrijke plaats ingeruimd voor de zoektocht naar een redelijke uitkomst en – wat hetzelfde is – het vermijden van onaannemelijke resultaten. Met behulp daarvan is in voorkomende gevallen een halt toegeroepen aan werknemers die al te veel wensten evenzeer als aan werkgevers die zich met een beroep op 'de letter' van de cao al te schraperig opstelden. Het 'dura lex sed lex' moet aldus, van tijd tot tijd, wijken voor de – in de cassatierechtspraak niet met zoveel woorden uitgesproken, maar wel juiste – gedachte dat cao-bepalingen vaak niet al te zorgvuldig worden geformuleerd.

Het cao-recht in de recente cassatiepraktijk moge dan weinig revolutionaire ontwikkelingen doormaken, het is zeker geen rustig bezit.

3 Caleidoscopische blik op het cao-recht 2012-2013

J.L.A. Helmer, L.C.J. Sprengers, N. Jansen, E. Koot-van der Putte, E. Verhulp[*]

3.1 Ontwikkelingen in 2012-2013[1]

De cao heeft in Nederland nog steeds een hoge en redelijk stabiele dekkingsgraad. Anno 2012 valt ongeveer 80% van de werknemers in Nederland onder het bereik van een bedrijfstak of ondernemings-cao. In absolute aantallen komt dit overeen met ongeveer zes miljoen werknemers.[2] Het overgrote deel van die werknemers valt onder een bedrijfstak-cao (5,4 miljoen ten opzichte van 0,5 miljoen voor de ondernemings-cao) waarbij de economische sectoren 'handel en horeca' en 'overige dienstverlening' het sterkst vertegenwoordigd zijn. Tot deze laatste categorie behoren vooral instellingen die een publieke taak uitvoeren. Van de werknemers die aan een bedrijfstak-cao zijn gebonden, zijn 4,9 miljoen rechtstreeks en 0,5 miljoen werknemers via een algemeenverbindendverklaring gebonden.[3]

Hoewel de dekkingsgraad van de cao dus redelijk stabiel is gebleven, nam het ledenaantal van de vakverenigingen steeds verder af. Sinds 1999 is dat aantal met ongeveer 100.000 leden afgenomen tot 1,8 miljoen. Deze daling wordt vrijwel volledig veroorzaakt door een afname van het aantal mannen dat lid is van een vakbond.[4]

* *James Helmer is advocaat bij Dijkgraaf Advocaten te Den Haag. Loe Sprengers advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht en gastmedewerker bij de Universiteit Leiden, Niels Jansen is docent-onderzoeker labour law aan de Universiteit van Amsterdam, Esther Koot-van der Putte oprichter Cao-recht Advies en Opleiding te Haarlem en Evert Verhulp is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.*

1 Auteur: James Helmer.

2 *Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2011* (rapport van juni 2011, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), p. 69 ev.

3 *Voorjaarsrapportage cao-afspraken 2011* (rapport van juni 2011, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), p. 69 ev.

4 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', *Sociaal-economische trends*, 2012/4.

Voorts neemt het aantal jongeren dat lid wordt van een vakbond steeds verder af. Ten opzichte van 2012 nam het aantal leden in de leeftijdscategorie tot 25 jaar met twaalf procent af. Het aantal leden dat ouder is dan 65 jaar nam juist toe. In de middenmoot, de categorie 25 tot 45 jaar, vond de grootste daling plaats. Meer dan de helft van de totale daling in het ledenaantal ten opzichte van 2012 vond in deze categorie plaats.[5] Deze gegevens lijken te bevestigen dat de vakvereniging nog steeds moeite heeft om jongere werknemers aan zich te binden en dat de vakvereniging zelf steeds verder vergrijst.

Behalve een afname in het ledenaantal nam ook de organisatiegraad verder af tot 20% in 2011.[6] Die dalende tendens is, met uitzondering van een opleving in de periode 1991-1995, sinds 1980 zichtbaar en zet zich dus voort. Als verklaring voor deze afname wordt zowel een toename van de beroepsbevolking als het aantal (ex-)werknemers dat ouder is dan 65 en nog steeds vakbondslid is, genoemd. Oudere werknemers, in de leeftijdscategorie 45 tot 65 jaar, zijn nog steeds de meest georganiseerde werknemers. Bijna 30% van hen is lid van een vakbond. Van de werknemers in de leeftijdscategorie 25 tot 45 jaar is slechts 16% georganiseerd en werknemers onder de 25 jaar 'presteren' nog slechter. Van hen is slechts 6% lid van een vakbond.[7] Dat zijn op het oog verontrustende cijfers, maar daarbij moeten wel de volgende kanttekeningen worden gemaakt: (i) jonge werknemers treden heden ten dage later toe tot de arbeidsmarkt, (ii) hun eerste baan is veelal van tijdelijke aard, (iii) zij zijn veel flexibeler en (iv) het aantal banen in de industrie en bouw is met ruim een derde afgenomen sinds 1999.[8] Niettemin blijft de organisatiegraad van jonge werknemers een punt van zorg voor de vakorganisaties.

Cao-partijen ondervonden duidelijk de gevolgen van de economische recessie. De aanhoudende onduidelijkheid over de vormgeving van nieuwe bezuinigingen van de kabinetten Rutte, de stijgende pensioenkosten, het 'springen' van het pensioenakkoord, de onrust

5 Centraal Bureau voor de Statistiek 31 oktober 2013, *Aantal vakbondsleden daalt verder*, www.cbs.nl (zoek op 'vakbondsleden').

6 Ten tijde van het voltooien van deze bijdrage waren helaas nog geen gegevens over 2012 bekend zodat gekeken is naar het jaar 2011.

7 D. ter Steege e.a., 'Vakbeweging en organisatiegraad van werknemers', *Sociaal-economische trends*, 2012/4, p. 17-18.

8 D. ter Steege e.a., a.w. (noot 7), p. 17-18.

binnen de vakcentrales, de kloof tussen looneis en -bod en het uitblijven van een sociaal akkoord, waren enkele factoren die ervoor zorgden dat een beduidend lager aantal cao's werd gesloten. Werkgevers durfden onder dat gesternte geen cao's meer te sluiten en vakbonden hadden daar in overwegende mate, al dan niet stilzwijgend, begrip voor. Begin 2012 was voor ruim 1,5 miljoen werknemers, zijnde 18% van alle werknemers, de geldigheidsduur van de cao verlopen.[9] De onderhandelingen voor een nieuwe cao gingen gepaard met enige sociale onrust. In dat jaar vertienvoudigde het aantal werkstakingen ten opzichte van het voorgaande jaar. Waar in 2011 bij elf stakingen in totaal 22.000 stakingsdagen geteld, waarbij 47.100 werknemers waren betrokken, werden in 2012 bij achttien stakingen maar liefst 219.400 stakingsdagen geteld, waarbij 89.600 werknemers waren betrokken.[10] De sociale onrust vond in grotere sectoren plaats: niet alleen werd in de schoonmaakbranche (meer respect) en in het onderwijs (lesurennorm en bezuinigingen op passend onderwijs) langdurig gestaakt, ook onderhandelingen over een nieuwe cao in deze twee sectoren, alsmede in de metaalnijverheid (de Metalektro), de overheidssectoren (Gemeente en Rijk), en de supermarktbranche, liepen op de klippen. In totaal vertegenwoordigden deze bedrijfstakken meer dan 1,2 miljoen werknemers.[11]

In 2013 begonnen langzamerhand enige tekenen van sociale rust zichtbaar te worden. Het aantal werknemers voor wie de geldigheidsduur van de cao verlopen was, werd teruggebracht tot 0,8 miljoen.[12] Voorts slaagden de sociale partners erin om in april 2013 een sociaal akkoord te sluiten. Dat akkoord is in het begrotingsakkoord 2014 grotendeels intact gebleven. Het naar voren halen met een half jaar van (bijvoorbeeld) de beoogde inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht, heeft niet geleid tot noemenswaardig protest van de

9 NRC Handelsblad 26 januari 2012, *1,5 miljoen Nederlanders wachten op nieuwe cao - 'uitzonderlijk veel'*, www.nrc.nl (zoek op titel).

10 Centraal Bureau voor de Statistiek, *Werkstakingen: diverse kenmerken: 22 mei 2013*, www.cbs.nl (zoek op 'werkstakingen').

11 Vergelijkbare cijfers konden anno oktober 2013 alleen voor het jaar 2011 gevonden worden. *De Metalektro en Metaalnijverheid: sectorbeschrijving* (rapport van 31 januari 2013, UWV), *Werken in de publieke sector: feiten en cijfers 2012* (rapport van juni 2012, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, B-14466), *Arbeidsmarktrapportage Detailhandel Nederland 2007-2030* (rapport geraadpleegd op 22 september 2013, Hoofdbedrijfschap Detailhandel), *Arbeidsmarktrapportage Hoofdbranche supermarkten 2007-2030* (rapport geraadpleegd op 22 september 2013, Hoofdbedrijfschap Detailhandel).

12 NRC Handelsblad 9 januari 2013, *Veel cao's zijn verlopen*, www.nrc.nl (zoek op titel).

zijde van de vakorganisaties. Dit betekent echter niet dat er niet genoeg zorgenkindjes overblijven. Zo is de werkloosheid nog steeds hoog (8,2% van de beroepsbevolking anno december 2013) en duurt de economische recessie voort.

Thematisch stond in het cao-overleg vooral het loon centraal. Werkgevers konden als gevolg van de economische neergang al sinds het derde kwartaal van 2010 niet meer tegemoetkomen aan de looneisen van de vakbonden. Mede daardoor bleef de ontwikkeling van de cao-lonen achter op de inflatie. In 2012 bedroeg de gemiddelde cao-loonstijging 1,6% terwijl de inflatie 2,5% bedroeg. In 2013 bedroeg de gemiddelde cao-loonstijging 1,8% terwijl de inflatie op 3% werd geraamd. In de bedrijfstak horeca liep het verschil tussen de inflatie en het cao-loon het hoogste op. In 2012 steeg het loon 0,9 en in 2013 slechts 0,8%.[13] De economische neergang zorgde er ook voor dat werkgevers in de onderhandelingen over een cao vaker voorstelden om een structurele loonsverhoging te wijzigen in een eenmalige uitkering. Daarnaast was de ontwikkeling zichtbaar, dat werkgevers aan hun werknemers om loonoffers vroegen. Gemiddeld 4% van de Nederlandse bedrijven verlangde zo'n loonoffer, waarbij bedrijven in de bouwnijverheid een duidelijke deviant waren met 17%.[14] Het bekendste voorbeeld van het loonoffer was het loonvoorstel van Capgemini. Zij stelde onder enige druk aan 150 duur(der) betaalde werknemers voor om tot 20% van het loon in te leveren.

De invloed van de economische recessie was niet alleen zichtbaar bij de onderhandelingen over het loon, ook regelingen ter financiële vergoeding van ongemak werden versoberd, zoals regelingen voor onregelmatig werk. Met name in de metaalnijverheid, de Metalelektro, de ouderenzorg en in beperktere mate bij de sector Gemeente was een versobering van dit type regelingen inzet van onderhandelingen. Actuele maatschappelijke ontwikkelingen zoals een grotere keuzevrijheid van de werknemer bij het indelen van zijn arbeidstijden en het algemeen aanvaardbaarder worden van het werken op zondag, werden aangegrepen om de wens kenbaar te maken in te grijpen in vergoedingen voor onregelmatig werk. De Vereniging van Nederlandse Gemeenten heeft bijvoorbeeld als inzet aan de onderhandelingstafel dat diegene die zelf kan bepalen wanneer hij werkt, geen recht op een

13 Centraal Bureau voor de Statistiek 10 januari 2013,*Cao-lonen stijgen in 2012 met 1,6 procent*, www.cbs.nl (zoek op titel), en Centraal Bureau voor de Statistiek 9 april 2013, *Hoogste cao-loonstijging sinds eind 2009*, www.cbs.nl (zoek op titel).

14 *HR-Trends onderzoek: personeelsregelingen en –voorzieningen fors versoberd; demotie populair; nieuwe reorganisaties op stapel* (rapport van 30 september 2013, Berenschot).

toelage heeft.[15] Ook vergoedingen, vakantie- en verlofregelingen die uitstegen boven het wettelijk gegarandeerde minimum werden versoberd. Jubileumuitkeringen, leeftijdsafhankelijke vakantiedagen, bovenwettelijke vakantiedagen, adv-dagen en bijzondere verlofregelingen waren veelal het kind van de rekening. Na het Unieke Kinderopvangarrest[16] kwam de potentie van de standaard-cao in beeld om het stapelen van gunstige arbeidsvoorwaarden uit eerdere, geëxpireerde cao's te beperken.[17] Er zijn echter geen statistische data bekend die inzicht bieden in de mate waarin dat instrument in die hoedanigheid is gebruikt. Bijvoorbeeld in de CAO ABN Amro 2013 en de laatste IKEA CAO is dit aan de orde.

Behalve voorgaande ontwikkelingen was in 2013 sprake van een verminderde aandacht voor de duurzame inzetbaarheid van werknemers. In cao's werden minder regelingen over de scholing van oudere werknemers, werk- en stageplaatsen voor jongeren en van-werk-naar-werk-voorzieningen opgenomen. Ten aanzien van 'Wajongeren' hadden cao-partijen met de totstandkoming van het sociaal akkoord 2013 echter wel oog voor hun duurzame inzetbaarheid. Op 5 augustus 2013 was in 31% van de cao's die na het akkoord werden gesloten, een afspraak over Wajongeren gemaakt. Vóór het sluiten van het sociaal akkoord was dat slechts in ongeveer 20% van de cao's het geval.[18] Tot slot werden in 2013 meer afspraken gemaakt over een verduurzaming van de externe flex, waaronder uitzendkrachten en zzp'ers worden begrepen, waarmee beoogd werd om de verschillen tussen hen en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor (on)bepaalde tijd te verkleinen. In het jaar daarvoor werd 'slechts' in één op de acht cao's afspraken over dit onderwerp gemaakt.[19]

Tot slot nog twee thema's uit de rechtspraak die aandacht verdienen. Het eerste thema ziet op de rol van artikel 6 EVO[20] in

15 Vereniging van Nederlandse Gemeenten 24 oktober 2013, *Ledenbrief CAO Gemeenten*, www.vng.nl (zoek op titel en datum).

16 HR 8 april 2011, *JAR* 2011/135, m.nt. J.J.M. de Laat en *NJ* 2011/137 m.nt. E. Verhulp.

17 Koot-van der Putte wijst er terecht op dat dit niet het enige instrument is. Rb. Zeeland-West-Brabant 15 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5907 en *JAR* 2013/259 m.nt. E. Koot-van der Putte. Zie ook C. Nekeman, 'De standaard-cao als veranderingsinstrument', *ArbeidsRecht* 2012/19.

18 Algemene Werkgeversvereniging Nederland 5 augustus 2013, *Meer cao-afspraken wajongeren door sociaal akkoord*, www.awvn.nl (zoek op titel).

19 Algemene Werkgeversvereniging Nederland 30 mei 2013, *Recessie drukt op cao-overleg*, www.awvn.nl (zoek op titel).

20 Voor arbeidsovereenkomsten gesloten op of na 17 december 2009 is art. 8 van EU-Verordening 593/2008 van toepassing (Rome I).

internationale arbeidsverhoudingen. In de arresten Koelzsch[21] en Voogsgeerd[22] had het Hof van Justitie van de EU reeds bepaald dat voor de bepaling van het objectief toepasselijk recht, het criterium *'waar of van waaruit gewoonlijk de arbeid werd verricht'* voorrang had op het vestigingscriterium. In Schlecker/Boedeker[23] bepaalde het Hof dat een ander criterium, het nauwste-band-criterium, de vorige twee criteria buitenspel kan zetten indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land. In dat geval moet het recht worden toegepast van het land waarmee de overeenkomst nauwer is verbonden. Of aan dat criterium wordt voldaan, dient beoordeeld te worden aan de hand van alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken; het is aan de nationale rechter om te bepalen welke factor(en) het zwaarste wegen. Als belangrijke factor geldt allereerst het land waar de werknemer belastingen betaalt en sociaal verzekerd is. Het Hof overweegt dat 'bovendien' de nationale rechter dient te kijken naar de omstandigheden van het geval, zoals met name criteria betreffende de vaststelling van het salaris en andere arbeidsvoorwaarden. Leest men de conclusie van A-G Wahl dan kan van belang zijn of de arbeidsovereenkomst beheerst wordt door een cao van een bepaald land.[24] In het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in een zaak die door FNV Bondgenoten was aangespannen tegen de Nederlandse werkgever Oost Europa Services B.V., werd niet ingegaan op de verhouding tussen het criterium 'waar of van waaruit gewoonlijk de arbeid werd verricht' en het nauwste-band-criterium.[25] Uit het arrest blijkt niet dat de werkgever dit criterium in hoger beroep aan de orde had gesteld.

Het tweede thema heeft betrekking op de rol van decentrale afspraken in een cao. In de cao voor de Grafimedia is bepaald dat de werkgever over een aantal onderwerpen decentrale afspraken kan maken met de ondernemingsraad. Indien aan de in de cao vermelde vereisten is voldaan, zijn deze afspraken bindend voor zowel werkgever als werknemer. Een werkgever sprak (uiteindelijk) met zijn centrale ondernemingsraad af dat de jubileumuitkering werd ingetrokken. Een aantal werknemers was het daar niet mee eens.

21 HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10 (Koelzsch).

22 HvJ EU 15 december 2011, C-384/10(Voogsgeerd).

23 HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 (Schlecker/Boedeker) en HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/90.

24 Conclusie A-G N. Wahl 16 april 2013, C-64/12, par. 69.

25 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1457 en *JAR* 2013/19 m.nt. E.J.A. Franssen (Oost Europa Services/FNV Bondgenoten).

Omdat de werkgever conform de afspraken in de cao had gehandeld en het maken van afspraken over een jubileumuitkering door cao-partijen aan de ondernemingsraad was gedelegeerd, hield het besluit van de werkgever volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch stand.[26] In zijn annotatie bij dat arrest stelt De Laat de vraag aan de orde of de protesterende werknemers al dan niet gebonden waren aan de cao en gaat hij in op de binding van werknemers aan een ondernemingsovereenkomst.

Na deze algemene inleiding aangaande de ontwikkelingen in het cao-landschap in de periode 2012 -2013 zal in de hiernavolgende paragrafen in het bijzonder aandacht worden besteed aan de Nederlandse rechtspraak op het terrein van het cao-recht. Allereerst zal een beschouwing worden gegeven op het advies van de SER over het draagvlak van de cao en op de kabinetsreactie (par. 3.2). In de daarop volgende paragraaf zal worden ingegaan op rechterlijke uitspraken op het gebied van de werkingssfeer en de uitleg van de cao (par. 3.3). Gekeken zal met name worden hoe de cao-norm in de lagere rechtspraak wordt toegepast. Voorts zal worden ingegaan op de vraag hoe sinds het arrest Teunissen/Welter in de lagere rechtspraak met pakketvergelijking wordt omgegaan (par. 3.4) en de vraag of aan een afwijking van driekwartdwingend recht terugwerkende kracht kan worden verleend (par. 3.5).

3.2 Verbreding draagvlak cao-afspraken[27]

In de afgelopen periode heeft het onderwerp draagvlak voor cao-afspraken veel aandacht gekregen.[28] Het verloop van het debat weerspiegelt ook de wijziging in de politieke verhoudingen die in 2012 heeft plaatsgevonden.

Het kabinet Rutte I voelde zich genoodzaakt, mede naar aanleiding van moties van PVV en VVD over representativiteit en draagvlak voor de cao om een tweetal brieven aan de Tweede Kamer te sturen. De eerste brief van 5 april 2012 ging over de waarde van het Nederlandse overlegmodel en de belangrijkste instituties, de SER en de Stichting van de Arbeid.[29] De tweede brief van 18 april 2012

26 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5247 en *JAR* 2014/13 m.nt. J.J.M. de Laat (Roto BV-werknemers).

27 Auteur: Loe Sprengers.

28 Zie K. van der Veldt en M. Wirtz (red.), *Draagvlak van de cao*, Den Haag, AWVN, 2013. In twaalf hoofdstukken wordt vanuit verschillende onderwerpen op dit thema ingegaan.

29 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 000 XV, nr. 70.

ging over het draagvlak voor de cao.[30] In deze brief van toenmalig minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Kamp, wordt een schets gegeven van het draagvlak voor de cao en de formele representativiteit. De conclusie is dat het feitelijk draagvlak voor de cao nog steeds groot is. Aangekondigd wordt een adviesaanvraag aan de SER waarbij de vraag centraal staat of de draagvlak vergrotende initiatieven die we nu zien voldoende zullen zijn, of dat (ook) nagedacht moet worden over een herstructurering van het CAO- en AVV-stelsel, mede in het licht van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt. Op 29 juni 2012 heeft de (toenmalig) minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid daarover advies ingewonnen bij de SER.

Daar tussendoor liep ook nog een brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: *'de minister'*) aan de Stichting van de Arbeid over de aanpassing van het dispensatiebeleid.[31] Hierop is door de Stichting van de Arbeid (STAR) bij brief van 8 juni 2012 gereageerd. Er worden twee problemen gesignaleerd, zowel door de minister als ook door de STAR. Dit betreft ten eerste dat dispensatiebepalingen in cao's een zeer algemeen karakter hebben en weinig uitgewerkt zijn. Ten tweede dat decentrale caopartijen in geval van een dispuut over de werkingssfeer elkaar kunnen gijzelen bij de AVV-aanvraag. Ten aanzien van het eerste punt stelt de STAR voor om te waarborgen dat dispensatiebepalingen in de cao transparant en controleerbaar moeten zijn, de eerdere aanbevelingen uit 1996 aan te vullen met een voor ieder duidelijke set van criteria waaraan een dispensatieprocedure moet voldoen. Ten aanzien van het tweede punt is de STAR van mening dat cao-partijen die een dispuut hebben over de werkingssfeer dit tijdig dienen op te lossen, zodat geen sprake kan zijn van eindeloze geschillen met als gevolg dat AVV (te lang) uitblijft. Om dit proces te bevorderen beveelt de STAR aan om in geval van werkingssfeer disputen voorafgaand aan het overleg af te spreken binnen welke periode in het overleg tot een oplossing moet zijn gekomen. Mochten partijen niet tot een oplossing komen dan wordt aanbevolen dat zij na afloop van deze periode gezamenlijk een derde deskundige aantrekken om tot een oplossing te komen.[32] Ook deze procedure dient transparant te zijn. De STAR vraagt de minister om in ieder geval een termijn tot

30 *Kamerstukken II* 2011-2012, 29 544, nr. 391.

31 Brief 18 april 2012.

32 Voor de marktsector dient dit apart geregeld te worden. Binnen de overheidssectoren is voor patstellingen in het overleg hierin al voorzien door de instellingen van twee advies- en arbitragecommissies. Er is veel voor te zeggen om ook voor de marktsector in een permanente commissie te voorzien, en niet zoals de

1 juli 2013 te geven om cao-partijen de gelegenheid te geven aanpassingen in de cao op dit punt door te voeren. Na dit STAR-advies heeft de minister het toetsingskader per 1 april 2014 aangepast: wanneer een cao geen transparante dispensatieregeling bevat, dan wordt deze niet algemeen verbindend verklaard.[33]

Op 23 augustus 2013 heeft de SER het advies uitgebracht over de verbreding van het draagvlak cao-afspraken.[34] Een advies, afgaand op de inhoud, dat duidelijk maakt dat binnen de SER geen grote behoefte bestaat om met nieuwe ideeën te komen. In de eerste 25 pagina's wordt de adviesaanvraag geschetst, de problematiek rondom de cao en het draagvlak weergegeven en inzicht gegeven wat er op dit moment in de cao-praktijk al allemaal gebeurt om te werken aan het vergroten van draagvlak. De samenvatting van dat deel van het advies is eigenlijk terug te vinden in de adviesaanvraag van de minister, waarin de stand van zaken en de achtergrond van de adviesaanvraag wordt geschetst. Vervolgens wordt in vier pagina's inzicht gegeven in de opvattingen van de SER over de verbreding van het draagvlak.

Ten eerste geeft de SER aan dat draagvlak voor cao-afspraken tegelijkertijd draagvlak voor de arbeidsverhoudingen in ons land inhoudt. Een goed functionerende overlegeconomie draagt bij aan versterking van het aanpassingsvermogen van de Nederlandse economie en daarmee aan het realiseren van de sociaal economische doelstellingen.

Ten tweede wordt aangegeven dat cao-partijen ervoor moeten zorgen dat de cao relevant blijft voor de betrokkenen en zodoende op hun steun kan blijven rekenen. Dit is de meest kenmerkende constatering uit het advies. Zelfregulering is wenselijk, maar ook noodzakelijk. Indien de cao zich uit de markt zou prijzen omdat er onvoldoende draagvlak meer voor zou zijn, is dat het grootste probleem voor cao-partijen zelf. Daarom ziet de SER daarin dan ook geen taak weggelegd voor de wetgever, maar wel voor cao-partijen zelf.

Ten derde wordt aangegeven dat de cao het meest flexibele instrument is dat ons collectief arbeidsrecht kent. De cao wordt

STAR nu voorstelt dat voorafgaand aan het overleg zodra bekend is dat er sprake is van een dispuut, een ad hoc afspraak te maken. Dit zou ook beter aansluiten bij de verdragsverplichting van artikel 6 lid 3 ESH, waaraan in Nederland alleen voor de overheidssectoren inhoud is gegeven.

33 *Stcrt.* 2013, nr.340009.

34 SER-advies 2013/03.

gekenschetst als het arbeidsrechtelijk laboratorium waarin betrokkenen experimenteren met afspraken over nieuwe onderwerpen die vaak, als ze in de praktijk hun waarde hebben bewezen, in wetgeving worden vastgelegd. Een boeiende stelling waar een grote kern van waarheid in zit, maar waar tegenover staat dat soms de wetgever corrigerend moet optreden indien cao-partijen met gebruikmaking van de ruimte die het driekwartdwingend recht hen biedt, te ver gaan. Zie bijvoorbeeld de problematiek rondom de flexibele arbeidskrachten en de uitbreiding van de keten van tijdelijke contracten. Zelfregulering alleen lijkt onvoldoende te zijn om mede door dergelijke cao-afspraken toegenomen onzekerheid in de rechtspositie van flexkrachten terug te dringen. De wetgever heeft het dan ook nodig gevonden om de ruimte voor cao-partijen op dit vlak in te perken.[35]

Ten vierde constateert de SER, evenals de minister in de adviesaanvraag, dat er op dit moment nog voldoende feitelijk draagvlak is voor de cao en cao-afspraken. Een constatering die in het advies ook onderbouwd wordt met gegevens uit onderzoek naar het draagvlak bij zowel werknemers als werkgevers voor de cao. Uit deze gegevens blijkt bijvoorbeeld dat ook de werkgevers die via de AVV aan een cao worden gebonden gemiddeld genomen tevreden zijn. Zij waarderen de cao in 2003 en 2007 met een 6,8 en een 6,7. In een meting van TNO in 2010 is hetzelfde niveau vastgesteld.[36]

Ten vijfde wijst de SER op een aantal actuele veranderingen in de arbeidsmarkt, zoals de toenemende rol van ZZP-ers en de oneigenlijke concurrentie door zowel ZZP-ers als buitenlandse werknemers op basis van schijnconstructies. Aangegeven wordt dat cao-partijen op deze veranderingen vanuit de arbeidsmarkt zullen moeten inspelen door bijvoorbeeld opleidingsvoorzieningen breder open te stellen, zoals bijvoorbeeld al in de GrafiMedia en Bouw CAO is gedaan. Ook in het sociaal akkoord wordt dit probleem onderkend en zijn (procedurele) afspraken gemaakt om dit onderwerp verder aan te pakken.

Daar wijst de SER ten zesde ook naar. In het Sociaal Akkoord dat op 11 april 2013 is afgesloten tussen sociale partners en het inmiddels aangetreden kabinet Rutte II met een andere politieke

35 Zie de wijzigingsvoorstellen met betrekking tot artikel 7:668a BW (*Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nrs. 2.

36 SER-advies, p. 9.

kleur, zijn goede aanzetten opgenomen die een spoedige en zorgvuldige uitwerking verdienen om het draagvlak voor de cao te vergroten. Het gaat daarbij onder meer om:

- de uitbreiding van de ketenaansprakelijkheid naar cao-loon, wat zeker in economisch zware tijden van belang is om onderbieding op arbeidsvoorwaarden tegen te gaan;
- het samen met de overheid verbeteren van de controle op de naleving van de cao;
- het maken van cao-afspraken en concrete plannen op sectorniveau gericht op inzetbaarheid;
- het versterken van 'de polder'.

Het maken van cao-afspraken en concrete plannen op sectorniveau gericht op inzetbaarheid, is van groot belang. Bestaande mechanismes zullen moeten worden aangepast, zodat ze het vinden en houden van werk ondersteunen, een goede balans tussen flexibiliteit en zekerheid en meedoen voor iedereen bevorderen. Vanuit deze basis hebben kabinet en sociale partners gesproken over hervormingen, gericht op een goed functionerend en duurzame arbeidsmarkt.

De overeengekomen grote betrokkenheid van sociale partners in de infrastructuur voor werk en inkomen en de grotere nadruk op de taak van sociale partners in de preventie van werkloosheid en bemiddeling en re-integratie van werkzoekende werknemers, wat kan bijdragen aan de ledengroei van de vakorganisaties. De oplossing van het probleem met betrekking tot het draagvlak wordt vooral gezocht in het versterken van de polder. De inzet van het nieuwe kabinet tot vergroting van participatie op verschillende vlakken sluit daarbij aan. Een andere inzet dan kabinet Rutte I voor ogen stond.

Ten zevende wordt ingegaan op het vergroten van de directe betrokkenheid, dat wil zeggen vergroting van het ledenaantal van werkgevers en werknemersorganisaties en vergroting van de betrokkenheid van hun leden bij de cao. Op dit punt geeft de Raad aan dat dit de belangrijkste opdracht aan partijen zelf is om het draagvlak voor de cao-afspraken te vergroten. Over de wijze waarop partijen dit zouden kunnen realiseren, spreekt de Raad zich echter niet uit. Hij meent dat ledenwerving en het betrekken van leden bij een cao een zaak is van partijen zelf.

Dit is misschien wel het meest teleurstellende deel van het advies van de SER. Niet omdat de SER het als een aandachtspunt bij cao-partijen zelf neerlegt. Het is immers een existentiële randvoorwaarde voor cao-partijen dat zij aan hun ledenbestand zullen moeten werken. Maar wel omdat ook op dit vlak de nodige vragen en oplossingen

zijn opgeworpen in de afgelopen periode om bij te dragen aan het vergroten van het draagvlak voor de cao.[37] Met name de vraag of de uitkomst van een stemming of referendum over het cao-principe-akkoord niet bij wet het effect moet krijgen dat dan ook de ongebonden werknemers gebonden zijn aan deze cao-uitkomst, is blijven liggen. Door de werkgroep cao-recht van de VvA zijn hier voorstellen voor ontwikkeld, waarbij de status van de cao voor gebonden partijen gehandhaafd blijft, maar waarbij, wanneer een meerderheid van alle werknemers voor een cao-akkoord stemt, de vrijblijvende positie van de artikel-14-werknemer wordt aangepakt. Cherry-picking en in mindere mate het probleem van de free-riders wordt daarmee voor een deel aangepakt. Het zal leiden tot een nog sterkere juridische betekenis van de cao voor alle werknemers. Dit kan bijdragen aan het draagvlak van de cao en in ieder geval tegenwicht bieden aan een verdergaande erosie van dit draagvlak door een afname van de organisatiegraad. Een belang dat niet alleen sociale partners regardeert, maar ook de wetgever.

De Tweede Kamer heeft begin 2014 het initiatief wetsontwerp over de Normalisatie van de rechtspositie van de ambtenaren aangenomen.[38] Gevolg van het aannemen van dit wetsontwerp is dat het collectief overleg bij de overheid onder de werking van het cao-recht gebracht zal gaan worden. De problemen rond de artikel-14-werknemers spelen voor overheidswerkgevers op dit moment niet, vanwege de eenzijdige ambtelijke aanstelling die de werkgever de mogelijkheid biedt met een eenzijdige rechtshandeling de rechtspositieregeling aan te passen. Op het moment dat er plannen zijn om de (meeste) overheidssectoren onder de werking van het cao-recht te brengen, ligt het eens te meer voor de hand om wel aan deze problematiek aandacht te besteden.

Als achtste en laatste punt wordt aangegeven dat het belangrijk is dat sociale partners blijven werken aan de relevantie van de cao. Maatwerk en flexibiliteit zijn daarvoor van belang. Voor degene die kennis neemt van de inhoud van cao's in het afgelopen decennium en de ontwikkelingen die op het vlak van veranderingen van de cao waarneembaar zijn, zal het duidelijk zijn dat de cao van nu niet meer in alle gevallen te vergelijken is met de cao van 10 jaar geleden. De toekomst van de cao en het veranderen van de cao om deze aan te passen aan de eisen van de huidige tijd is een ontwikkeling die hoog

37 Zie de bundel van de VvA-werkgroep cao-recht onder redactie van A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer 2011, hoofdstuk 8, m.n. p. 168-170, hoofdstukken 11 en 12, m.n. p. 243-249.

38 *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 550.

op de agenda van het cao-overleg staat. Dit is echter geen eenvoudig proces omdat een belangrijk deel van de rechtspositie van de werkenden ook door de cao wordt vormgegeven en dat daar niet makkelijk aan voorbij gegaan kan worden.

In reactie op dit advies heeft de Minister van SZW de Tweede Kamer inmiddels laten weten dat het kabinet dit unanieme SER-advies verwelkomt.[39] Het kabinet ziet als meerwaarde van het advies dat sociale partners de noodzaak onderkennen dat er permanent onderhoud gepleegd moet worden aan het cao-stelsel en dit ook als hun taak zien. Het kabinet ondersteunt dit met bijvoorbeeld de subsidieregeling Kwaliteit Arbeidsverhoudingen waarmee vernieuwende initiatieven ondersteund worden. Ook wordt onderkend dat voor het behoud van draagvlak van de cao naleving van de inhoud daarvan van groot belang is. Bestrijding van oneigenlijke concurrentie via schijnconstructies en andere malafide praktijken krijgt extra aandacht van de overheid. De minister eindigt met de conclusie dat het toekomstige draagvlak voor cao-afspraken vraagt om een gedurfde aanpak en creatieve ideeën. Voornamelijk door sociale partners zelf en daarnaast met gerichte inspanningen van het kabinet, vooral op het terrein van zzp'ers en handhaving. Binnen de bestaande overleg kaders zal de vernieuwing vormgegeven gaan worden. De nabije toekomst zal moeten gaan uitwijzen of er sprake is van een gevoel van urgentie bij sociale partners om te komen tot gedurfde en creatieve ideeën. Het belang van het onderwerp verdient het.

3.3 Werkingssfeer[40]

De contractuele grondslag van de cao brengt mee dat cao-partijen zelf de werkingssfeer van de cao bepalen. Op basis van de werkingssfeerbepalingen van een cao moet worden vastgesteld op welke sector en/of ondernemingen de cao betrekking heeft en welke groepen werknemers al dan niet onder de werking van de cao vallen, anders gezegd, daarbij 'zijn betrokken'. Werkingssfeerbepalingen passen niet in de onderverdeling die in de literatuur wordt gemaakt met betrekking tot cao-bepalingen, te weten het onderscheid in obligatoire, diagonale of horizontale cao-bepalingen. Werkingssfeerbepalingen bevatten namelijk zowel obligatoire, diagonale en

39 Brief Min. SZW 18 november 2013, 2013-0000159833.
40 Auteur: Niels Jansen.

horizontale aspecten. Diagonale en horizontale cao-bepalingen worden uitgelegd op basis van de zogenoemde cao-norm,[41] terwijl bij obligatoire cao-bepalingen het contractuele karakter van deze bepalingen meebrengt dat uitleg dient plaats te vinden op basis van de Haviltex-norm. Gelet op het samengestelde karakter van werkingssfeerbepalingen is dan de vraag of deze bepalingen moeten worden uitgelegd op basis van de Haviltex-norm of de cao-norm. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de cao-norm het aangewezen uitlegcriterium is als het gaat om de uitleg van werkingssfeerbepalingen. Dit volgt onder meer uit:

- het arrest van de Hoge Raad van 24 februari 2012 (PME/Vector Aandrijftechniek);[42]
- het arrest van de Hoge Raad van 4 januari 2013 (Qizini/FNV)[43];
- het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden van 25 september 2012 (Friesland Foods)[44].

PME/Vector Aandrijftechniek

Deze zaak betrof de uitleg van de term 'hoofdzakelijkheidscriterium' in de werkingssfeerbepalingen van de cao voor de Metalektro. Partijen, enerzijds onder meer de stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Metalektro (PME) en anderzijds de werkgever Vector Aandrijftechniek, verschilden van mening over de vraag of bij toepassing van het hoofdzakelijkheidscriterium, te weten dat in de betrokken onderneming 'in hoofdzaak het bedrijf van be- en/of verwerken van metalen wordt uitgeoefend', de arbeidsuren van de werknemers die dienstbaar zijn aan de fysieke handelingen, zoals de koffiejuffrouw en de telefoniste, alsmede - naar rato - de overhead meetellen. De Hoge Raad overwoog dat voor de uitleg van werkingssfeerbepalingen als uitgangspunt geldt dat de cao-norm is aangewezen in de verhouding tussen PME en Vector, aangezien voor Vector de partijbedoelingen niet kenbaar zijn en Vector op de formulering geen invloed heeft gehad. Volgens de Hoge Raad brengt een redelijke uitleg mee dat bij toepassing van het hoofdzakelijkheidscriterium alle in de onderneming gewerkte arbeidsuren dienen te worden betrokken die redelijkerwijze vallen toe te rekenen aan de uitoefening van het bedrijf van be- en/of verwerken van metalen. Dit betreft dus naast

41 Zie meer hierover in paragraaf 3.4.
42 HR 24 februari 2012, *JAR* 2012/94.
43 HR 4 januari 2013, *JAR* 2013/38 en Gerechtshof 's-Gravenhage 19 april 2011, ECLN:NL:GHSGR:2011: BQ1664.
44 Gerechtshof Leeuwarden 25 september 2012, *RAR* 2012/160.

arbeidsuren van werknemers die direct metaal be- en/of verwerken ook arbeidsuren van werknemers die dit werk mogelijk maken, ondersteunen, faciliteren of ervoor zorgen dat de producten afzet vinden.

In het licht van het arrest AKZO Nobel/FNV,[45] waarin de Hoge Raad een partij-afhankelijke uitleg verwierp, is het overigens opmerkelijk dat de Hoge Raad expliciet heeft overwogen dat 'in de verhouding tussen PME en Vector' uitleg van de cao-norm is aangewezen. Deze overweging geeft immers ruimte voor een a contrario redenering die meebrengt dat de Haviltex-norm is aangewezen in de verhouding tussen cao-partijen en dus voor een partij-afhankelijke uitleg, terwijl de Hoge Raad die uitleg in AKZO Nobel/FNV juist heeft verworpen.

Qizini/FNV

In deze zaak stond tussen Qizini en FNV Bondgenoten centraal of de door Qizini vervaardigde producten onder de werkingssfeer van de cao voor de gemaksvoedingsindustrie vielen. Bepalingen van de cao zijn algemeen verbindend verklaard van 2 oktober 2007 tot en met 30 juni 2009. Qizini heeft de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen niet toegepast omdat zij van mening was dat de door haar vervaardigde producten niet onder het begrip 'gemaksvoeding' in de werkingssfeerbepalingen van de cao vielen. In de cao werden een groot aantal producten opgesomd die als gemaksvoeding konden worden aangeduid. De door Qizini vervaardigde producten, te weten: dagverse broodjes, werden niet genoemd in de opsomming. Het geschil betrof een uitleggeschil en het hof stelde voorop dat krachtens vaste rechtspraak van de Hoge Raad cao-bepalingen (lees: werkingssfeerbepalingen) dienen te worden uitgelegd op grond van de cao-norm. Uitleg van de term 'gemaksvoeding' op basis van de cao-norm door het hof leidde tot een voor Qizini nadelige uitspraak. In het licht van de gehele tekst van de cao bezien is het volgens het hof aannemelijk dat sandwiches en belegde broodjes als gemaksvoeding worden aangemerkt en derhalve onder de reikwijdte van de cao vallen. Het gaat volgens het hof niet om dermate afwijkende producten van de producten die in de cao zijn opgenomen, dat deze uitleg naar objectieve maatstaven onredelijk zou zijn en de rechtszekerheid in gevaar zou komen. De Hoge Raad heeft in cassatie de klachten van Qizini verworpen met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

45 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473.

Friesland Foods

In deze zaak ging het onder meer over de reikwijdte van een werkingssfeerbepaling in de pensioen-cao 2006 voor de zuivelindustrie (hierna: *'pensioen-cao'*). Werknemer was tot 1 mei 2005 in dienst van Friesland Foods en heeft per 1 mei 2005 gebruikgemaakt van de mogelijkheid vervroegd uit te treden. Werknemer heeft vanaf 1 mei 2005 tot 1 mei 2008 (de datum waarop hij 65 is geworden en aanspraak is gaan maken op ouderdomspensioen) een uitkering ontvangen op basis van de cao inzake vervroegd uittreden in de zuivelindustrie (Flexuz-CAO). Werknemer was niet aan deze cao gebonden via een lidmaatschap van een van de contracterende werknemersverenigingen. Toepasselijkheid van de cao volgde uit de individuele arbeidsovereenkomst van werknemer. De pensioenaanspraken van werknemer waren tot 1 januari 2008 ondergebracht bij Avero Pensioen. Met ingang van 1 januari 2008 zijn de pensioenaanspraken van werknemer ondergebracht bij Achmea-Avero, welke pensioenuitvoerder de rechtsopvolger is van Avero Pensioen. Op basis van de Flexuz-CAO had werknemer recht op een onvoorwaardelijke indexering van zijn pensioenaanspraken. De pensioen-cao 2006, geldend vanaf 1 januari 2006, kende in afwijking daarvan een voorwaardelijke indexering. Friesland Foods beriep zich op de toepasselijkheid van de pensioen-cao 2006 en de voorwaardelijke indexering. Werknemer stelde zich op het standpunt dat hij niet viel onder het werknemersbegrip van de pensioen-cao 2006 omdat zijn arbeidsovereenkomst eerder was geëindigd dan de datum waarop de cao inwerking was getreden. Het werknemersbegrip in de pensioen-cao 2006 was als volgt omschreven:

> *'Werknemer: ieder die jonger is dan 65 jaar en krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht in dienst is van een onderneming die als werkgever in de zin van deze overeenkomst moet worden aangemerkt.'*

Het hof overwoog in deze zaak dat de pensioen-cao 2006 geen wijziging kon brengen in de rechten en verplichtingen van werknemer ten opzichte van Friesland Foods omdat de arbeidsovereenkomst tussen Friesland Foods en werknemer eerder was geëindigd dan de datum waarop de pensioen-cao 2006 in werking was getreden. Het hof verwees daarbij niet naar het werknemersbegrip van de cao, maar naar de definitie van cao in artikel 1 lid 1 Wet CAO. Volgens het hof konden cao-partijen na beëindiging van het dienstverband van

werknemer geen afspraken meer maken die hem zouden binden. Werknemer werd door het hof in het gelijk gesteld.

De vraag of bij cao wijziging kan worden gebracht in aanspraken van ex-werknemers ten opzichte van hun ex-werkgevers, is in de literatuur niet eenduidig beantwoord. Tegenover elkaar staan enerzijds degene die van menig zijn dat het toepassingsgebied van de cao is beperkt tot zittende werknemers en anderzijds degenen die menen dat de strekking van de Wet CAO ruimte laat voor een ruimer toepassingsgebied.[46] Een ruimere toepassing sluit aan bij de gedachte dat op grond van de definitie van cao in artikel 1 lid 1 Wet CAO bij cao onderwerpen moeten kunnen worden geregeld die liggen op het terrein waarop sociale partners elkaar ontmoeten in hun belangenbehartigende taak. Anders gezegd, het is aan sociale partners een cao inhoud te geven, zolang de onderwerpen maar verband houden met arbeidsvoorwaarden. Voorstanders van een ruime opvatting wijzen er voorts op dat ook na beëindiging van de arbeidsrelatie een rechtsverhouding tussen de ex-werknemer en zijn werkgever kan blijven bestaan en dat die rechtsverhouding kan worden gemodelleerd door een cao. In dit verband wijs ik op een arrest van de Hoge Raad van 6 september 2013[47] met betrekking tot wijziging van pensioenaanspraken, waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien sprake is van pensioenaanspraken, het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer als uitgewerkt moet worden aangemerkt. In dat geval, wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Ter ondersteuning van een ruime opvatting wijs ik er nog op dat de Hoge Raad bij arrest van 16 maart 1962[48] heeft geoordeeld dat op grond van artikel 9 Wet CAO moet worden vastgesteld dat een cao ook verplichtingen kan opleggen aan leden die bij een cao zijn betrokken zonder het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Dat artikel 12 en 13 Wet CAO in een andere richting wijzen en het bestaan van een arbeidsovereenkomst lijken te impliceren, sluit volgens de Hoge Raad niet uit dat ook zonder arbeidsovereenkomst binding aan de cao kan bestaan.

Het Gerechtshof Leeuwarden heeft zich aanhanger getoond van de beperkt toepassingsleer betreffende het toepassingsgebied van de cao. De vraag is evenwel of de beslissing van het hof anders zou

46 Zie M.F. Baltussen, 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?' in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer 2011, hoofdstuk 8, m.n. p. 168-170; hoofdstukken 11 en 12, m.n. p. 243-249.

47 HR 6 september 2013, *RvdW* 2013, 1034 (ECN/OMEN).

48 HR 16 maart 1962, *NJ* 1963/222.

hebben geluid indien het de ruimere toepassingsleer had aangehangen. Uit het ECN/OMEN-arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat na het eindigen van de arbeidsovereenkomst de rechtsverhouding tussen werknemers en werkgevers niet is uitgewerkt voor zover het pensioenaanspraken betreft. Volgens de ruime toepassingsleer kan deze rechtsverhouding worden gemodelleerd door een cao, maar daarvoor is nog wel noodzakelijk dat de cao van toepassing is tussen partijen.

In de Friesland Foods-zaak is relevant dat de gewezen werknemer niet via lidmaatschap gebonden was aan de pensioen-cao 2006. Van toepasselijkheid van de pensioen-cao 2006 kon in de Friesland Foods-zaak dus alleen sprake zijn indien dat zou volgen uit de reeds beëindigde individuele arbeidsovereenkomst. De vraag of daarvan sprake was, bijvoorbeeld via een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding, heeft het hof niet beantwoord. Voor het hof was dat immers geen relevante omstandigheid. Indien toepasselijkheid van de pensioen-cao 2006 zou volgen uit een in de arbeidsovereenkomst opgenomen dynamisch incorporatiebeding, had de pensioen-cao 2006 mogelijk wel degelijk wijziging kunnen brengen in de nog bestaande rechtsverhouding. De ruime toepassingsleer lijkt zich daartegen niet te verzetten. Hierbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat de gewezen werknemer via de werkingssfeerbepalingen door cao-partijen niet onder de werking van de cao is gebracht, maar daarvan is uitgesloten via het werknemersbegrip. Hij was daar niet meer bij betrokken. Ik ben van mening dat juist deze beperking in het werknemersbegrip in de werkingssfeerbepalingen van de pensioen-cao 2006 meebrengt dat ook op grond van de ruime toepassingsleer de pensioen-cao 2006 geen wijziging kan brengen in de rechtsverhouding die is ontstaan na het eindigen van de arbeidsovereenkomst.

3.4 Uitleg van de cao[49]

CAO-bepalingen blinken vaak niet uit in duidelijkheid. Dat komt in de eerste plaats doordat het redigeren van cao-bepalingen niet eenvoudig is en door niet iedereen even goed wordt beheerst. Partijbedoelingen worden gewoonweg niet altijd juist weergegeven. Daarnaast is het zo dat cao-bepalingen na (lange) onderhandelingen tot stand komen, sporen van compromissen bevatten en soms

49 Auteur: Niels Jansen.

berusten op een wankel akkoord. Verhulp heeft er terecht op gewezen dat cao-teksten bovendien goed moeten vallen bij de achterban teneinde een zo groot mogelijk draagvlak te creëren.[50] Het gevolg daarvan kan zijn dat cao-bepalingen soms bewust zodanig worden opgesteld dat zij voor meerdere interpretaties vatbaar zijn.[51] Tot slot kan de tijdsdruk als oorzaak worden genoemd van onduidelijke cao-teksten. Het voorgaande leidt ertoe dat de uitleg van cao-bepalingen niet eenvoudig maar wel vaak nodig is.

De Hoge Raad heeft in het Haviltex-arrest[52] een norm geformuleerd met betrekking tot de uitleg van schriftelijke overeenkomsten. Bij die uitleg staan de bedoelingen en verwachtingen van partijen voorop. Hoewel artikel 1 lid 1 Wet CAO buiten twijfel stelt dat de cao een overeenkomst is, waardoor de algemene bepalingen van Boek 3 en 6 van het BW van toepassing zijn op de cao, is de cao een bijzondere overeenkomst doordat zij bepalingen bevat die normen scheppen voor individuele werkgevers en werknemers (die aan de cao zijn gebonden) terwijl zij bij de cao geen partij zijn. Het uitgangspunt van het overeenkomstenrecht – dat een overeenkomst in beginsel slechts partijen bindt en voor derden derhalve geen rechten en plichten kan doen ontstaan – geldt bij cao's niet op grond van artikel 9, 12 en 13 Wet CAO. In het licht daarvan staat bij normerende cao-bepalingen dan ook niet zozeer het contractuele karakter voorop, maar veeleer het normerende karakter ten aanzien van arbeidsovereenkomsten die onder haar bereik vallen. Dat de cao naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van de cao, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor derden niet kenbaar is, brengt volgens de Hoge Raad mee dat horizontale en diagonale cao-bepalingen niet op basis van het Haviltex-criterium moeten worden uitgelegd. Het uitleg-criterium dat de Hoge Raad voor de uitleg van horizontale en diagonale cao-bepalingen heeft ontwikkeld wordt in de literatuur aangeduid als 'de cao-norm'.

De cao-norm brengt mee dat voor de uitleg van horizontale en diagonale cao-bepalingen de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.[53] Deze uitlegregel heeft de Hoge Raad gepreciseerd door aan deze regel toe te voegen dat het bij de uitleg van voornoemde cao-bepalingen aankomt op de betekenis die

50 E. Verhulp, 'De uitleg van cao-bepalingen, *ArA* 2003/1, p. 23.
51 Noot M.M. Olbers bij HR 17 september 1993, *SMA* 1994-1, p. 46.
52 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Ermex c.s./Haviltex).
53 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (Gerritse/HAS).

naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao en de toelichting zijn gesteld.[54] Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.[55] De partijbedoelingen zijn uitgeschakeld voor zover die niet kenbaar zijn uit de cao-bepalingen en de toelichting of naar objectieve maatstaven daaruit kunnen worden vastgesteld. Na deze precisering hebben Van Slooten en Heerma van Voss geconcludeerd dat bij de uitleg van een cao-bepaling ieder argument in stelling kan worden gebracht, behalve wanneer dat argument uitsluitend gestoeld kan worden op een niet voor beide partijen kenbare partijbedoeling.[56] De Hoge Raad lijkt deze conclusie te onderschrijven. In het arrest DSM/Fox[57] heeft de Hoge Raad immers overwogen dat bij de uitleg conform de cao-norm aandacht moet worden besteed aan alle omstandigheden van het geval, met uitzondering van de niet-kenbare bedoeling van degenen die de litigieuze bepaling hebben geredigeerd.

De cao-norm heeft in het algemene overeenkomstenrecht naast het Haviltex-criterium zelfstandige betekenis gekregen, nu de cao-norm als uitlegcriterium ook buiten het cao-recht is toegepast op geschriften die naar hun aard bestemd zijn de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van de cao, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor derden niet kenbaar is, zoals een sociaal plan dat geen cao is, een trustakte bij een obligatielening en het Bindend Besluit Regres 1984. De cao-norm is volgens de Hoge Raad evenwel niet van toepassing op de uitleg van algemene voorwaarden.[58] Overigens bestaat volgens de Hoge Raad tussen de Haviltex-norm en de cao-norm geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang. Aan de ene kant winnen bij toepassing van de Haviltex-norm de argumenten voor een uitleg naar objectieve maatstaven aan gewicht, indien het aantal derden wiens rechtspositie door het uit te leggen geschrift

54 HR 28 juni 2002, *JAR* 2002, 168 (Buijsman/Motel Akersloot).
55 HR 31 mei 2002, *JAR* 2002, 153 (De Heel/Huisman c.s.).
56 J.M. van Slooten en G.J.J. Heerma van Voss, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2002, p. 1518 en 1519. Zie over het kenbaarheidsvereiste onder meer A.Ph.C.M. Jaspers, 'De permanente vraagstukken in het cao-recht', *SR* 2008-12, p. 335 – 343.
57 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox).
58 HR 30 november 2001, *JOR* 2002, 43.

beïnvloed wordt, groter is en aan de andere kant leidt toepassing van de cao-norm niet tot een louter taalkundige uitleg.[59]

In deze paragraaf bespreek ik recente jurisprudentie met betrekking tot de uitleg van cao-bepalingen en daaraan verwante bepalingen.

- arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013 (Prepensioenfonds Vervoer/Dekker c.s.);[60]
- arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 18 september 2012 (indexatieclausule in een pensioenreglement);[61]
- arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 december 2010 (reiskostenvergoedingen);[62]
- arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 25 september 2012 (Zuiderzeemuseum) en 26 februari 2013;[63]
- vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland 10 april 2013, (CSU/Kompas)[64]

Prepensioenfonds Vervoer/Dekker c.s.

Het geschil in deze zaak tussen enerzijds de stichting Prepensioenfonds voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de Verhuur van Mobiele Kranen (hierna: *'het Prepensioenfonds'*) en anderzijds diverse werkgevers in het beroepsgoederenvervoer die in de periode van 1 januari 2002 tot 20 februari 2003 lid waren van werkgeversorganisatie Transport Logistiek Nederland (hierna: *'Dekker c.s.'*) betrof de uitleg van de term 'bedrijfstakheffing' in een protocol dat was opgesteld tussen LTO en werknemersverenigingen ter vervanging van een bestaande VUT-regeling door een prepensioenregeling per 1 januari 2002. Het protocol was geen cao. Vanaf 20 februari 2003 werd deelneming in het Prepensioenfonds wettelijk verplicht. Dekker c.s. hebben de over de periode van 1 januari 2002 tot 20 februari 2003 betaalde premies van het Prepensioenfonds teruggevorderd op grond van het leerstuk 'onverschuldigde betaling'. Opvallend aan deze zaak is dat het hof noch de Hoge Raad bij de

59 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox).

60 HR 15 maart 2013, *RAR* 2013/74.

61 Gerechtshof 's-Gravenhage 18 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8419.

62 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 december 2010 - gepubliceerd op 22 augustus 2012 ECLI:NL:GHSHE: 2010:BX5210.

63 Gerechtshof Amsterdam 25 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5411 en 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1780.

64 Rechtbank Midden-Nederland 10 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6242.

uitleg van de term 'bedrijfstakheffing' expliciet te kennen heeft gegeven welke uitlegnorm daarbij diende te worden gehanteerd. De Hoge Raad overwoog simpelweg dat het protocol geen andere uitleg toeliet dan dat de prepensioenregeling inging per 1 januari 2002. Het zou volgens de Hoge Raad tot een onaannemelijk rechtsgevolg leiden indien vanaf 1 januari 2002 wel een prepensioenregeling zou bestaan, maar vanaf 1 januari 2002 tot 20 februari 2003 geen verplichting tot premiebetaling. Dekker c.s. hadden daardoor geen recht op terugbetaling van de betaalde premies.

Indexatieclausule in een pensioenreglement

Ook het Gerechtshof 's-Gravenhage heeft in een arrest van 18 september 2012 over de uitleg van een indexatieclausule in een pensioenreglement niet expliciet benoemd op basis van welke uitlegnorm het tot een oordeel kwam. Het hof heeft in zijn overwegingen met betrekking tot de uitleg van de litigieuze bepaling weliswaar veel waarde gehecht aan argumenten op objectieve maatstaven en niet verwezen naar subjectieve partijbedoelingen, toch kan daarmee nog niet gezegd worden dat het hof dus de cao-norm heeft toegepast en niet de Haviltex-norm. Bij toepassing van de Haviltex-norm winnen argumenten op basis van objectieve maatstaven immers aan gewicht indien het geschrift dat uitleg behoeft naar haar strekking bestemd is de rechtspositie van meer derden te beïnvloeden. Een pensioenreglement is zo'n geschrift.

Reiskostenvergoedingen

In een geschil over de uitleg van de zinsnede 'van en naar werk' met betrekking tot reiskostenvergoedingen in de cao voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf heeft het hof, anders dan in de eerder besproken zaken, wel expliciet benoemd welke uitleg-norm van toepassing is. Het hof heeft in deze zaak op basis van de cao-norm geoordeeld dat 'van en naar werk' moet worden uitgelegd als 'van huisadres naar werk' en niet als 'van standplaats naar werk'. Het hof heeft erop gewezen dat geen schriftelijke toelichting op de litigieuze cao-bepaling voorhanden is en dat in de bepaling zelf noch in aanverwante cao-bepalingen verduidelijking te vinden is. Onder verwijzing naar een bijlage bij de cao (en een eerdere cao), waarin voor buitenlandse werknemers met betrekking tot reiskostenvergoedingen wordt aangesloten bij de tijdelijke verblijfplaats in Nederland, komt het hof tot het oordeel dat met de zinsnede 'van en naar werk'

bedoeld is: 'van huisadres naar werk', omdat op dit punt geen relevant verschil bestaat tussen een binnenlandse en een buitenlandse werknemer. Het hof kwalificeerde voornoemde bedoeling overigens als de 'kenbare partijbedoeling'.

Zuiderzeemuseum

Ook het Gerechtshof Amsterdam heeft in twee verschillende zaken over de uitleg van cao-bepalingen expliciet overwogen dat de cao-norm toepasselijk is. De zaak van 25 september 2012 betrof een uitleggeschil over een garantieregeling in bijlage 7 van de cao 2005-2007 verzelfstandigde rijksmusea. Het hof oordeelde op basis van de cao-norm dat de bewoordingen van de garantieregeling geen aanknopingspunten boden voor de door werknemer verdedigde uitleg. In de zaak waarin het Gerechtshof Amsterdam op 26 februari 2013 uitspraak heeft gedaan, diende het hof te beoordelen of een werknemer op grond van opvolgende ondernemings-cao's van het UWV aanspraak kon maken op een hogere FPU-uitkering en betrof daarmee ook de uitleg van een cao-bepaling. De vraag die het hof in dit kader diende te beantwoorden was, naar welke overgangsmaatregelen in de opvolgende cao-bepalingen wordt verwezen. Nu in de cao-bepalingen niet stond op welke overgangsmaatregelen werd gedoeld, terwijl er meerdere overgangsmaatregelen waren, moet volgens het hof ervan worden uitgegaan dat de tekst van de cao-bepalingen verwijst naar de op het moment waarop het beroep op de FPU-uitkering is gedaan, geldende overgangsmaatregelen. Deze uitleg zou volgens het hof niet tot een onaanvaardbaar rechtsgevolg leiden.

CSU/Kompas

Deze zaak betrof de uitleg van een raamovereenkomst aangegaan tussen CSU en Kompas met betrekking tot de inlening van personeel. In de raamovereenkomst waren partijen overeengekomen dat Kompas als uitlener de cao zou toepassen die CSU als inlener zou toepassen indien hij voor de uitvoering van het wek gebruik zou maken van eigen personeel. In artikel 8a van de raamovereenkomst was overeengekomen dat Kompas de cao in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf moest toepassen, behalve als er een andere cao van toepassing zou zijn. In de periode van 25 juni 2009 tot en met 27 maart 2011 waren de bepalingen van de ABU-Uitzend-cao 2009-2011 algemeen verbindend verklaard. Kompas viel binnen de werkingssfeer van deze cao en heeft in voornoemde periode op haar aan CSU uitgeleende personeel niet de Schoonmaak-cao, maar de ABU-

cao toegepast. CSU was van mening dat Kompas daarmee de raamovereenkomst had geschonden. CSU zegde vervolgens de raamovereenkomst op en vorderde van Kompas een boete. Volgens CSU stond de ABU-cao als minimum-cao toe dat de Schoonmaak-cao werd gevolgd door Kompas. Kompas stelde dat het haar op grond van artikel 8a van de raamovereenkomst vrijstond de ABU-cao in plaats va de Schoonmaak-cao toe te passen. De rechtbank overwoog dat de wet (WAADI) geen conflictregels bevat indien op de inlener en uitlener een andere cao van toepassing is en dat uit de wetgeschiedenis van de WAADI blijkt dat de wetgever het aan betrokken partijen heeft overgelaten hierover afspraken te maken. Nu ook in de Schoonmaak-cao en de ABU-cao geen voorziening was getroffen op dit punt, kwam het volgens de rechtbank aan op uitleg van artikel 8a van de tussen partijen gesloten raamovereenkomst. De rechtbank overwoog dat in dat kader de Haviltex-norm moest worden toegepast en dat aan argumenten op basis van objectieve maatstaven waarde diende toe te komen. Een objectieve uitleg leidde volgens de rechtbank tot de conclusie dat de Schoonmaak-cao alleen dan geen toepassing zou vinden indien de ABU-cao daaraan in de weg zou staan. In casu was daarvan geen sprake wegens het minimumkarakter van de ABU-cao. De objectieve uitleg zou volgens de rechtbank kunnen wijken indien partijen bij het aangaan van de raamovereenkomst een andere uitleg hadden bedoeld. Volgens de rechtbank was daarvan niet gebleken zodat Kompas in het ongelijk werd gesteld.

In 2005 oordeelde het Gerechtshof Amsterdam[65] dat een onderhandelingsakkoord tussen een werkgeversorganisatie en diverse vakbonden over een verlenging van een cao moest worden uitgelegd op grond van de Haviltex-norm. In oktober 2012 oordeelde de rechtbank Leeuwarden[66] dat een tussen Van Nelle Tabak Nederland en de bonden gesloten principeakkoord ook op grond van de Haviltex-norm moest worden uitgelegd en het hof 's-Hertogenbosch[67] had eerder dat jaar al geoordeeld dat een tussen een ondernemer en ondernemingsraad gesloten ondernemingsovereenkomst eveneens uitgelegd diende te worden op basis van de Haviltex-norm. De uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van april 2013 over de uitleg van een raamovereenkomst past in deze lijn. De uitspraken hebben met elkaar gemeen dat de in het kader van de procedures uit te leggen geschriften geen cao waren en dat zij niet de strekking hadden dat derden, die geen invloed hebben gehad op de

65 Gerechtshof Amsterdam 14 april 2005, *JAR* 2005/186.
66 Rechtbank Leeuwarden 23 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2013:3335.
67 Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012, *ROR* 2012, 23.

inhoud of formulering van de regeling, daaraan (rechtstreeks) rechten of plichten konden ontlenen.

De vraag is evenwel of deze lijn past in de visie van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in 2000 in de zaak AKZO Nobel/FNV[68] namelijk geoordeeld dat een sociaal plan, niet zijnde een cao en voor werknemers dus ook niet rechtstreeks bindend, niettemin op basis van de cao-norm moet worden uitgelegd. De Hoge Raad is blijkbaar van mening dat voor toepassing van de cao-norm niet noodzakelijk is dat een geschrift direct rechten en plichten voor derden bevat. Voor die gedachte vind ik steun in het arrest DSM/Fox waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat toepassing van de cao-norm in het algemene overeenkomstenrecht aangewezen kan zijn indien het geschrift dat moet worden uitgelegd naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van de cao en de onderliggende partijbedoeling voor derden niet kenbaar is.[69] Het beïnvloeden van de rechtspositie van derden is naar mijn mening wezenlijk anders (lees: sneller aanwezig) dan het bevatten van rechten en plichten voor derden. Ook wanneer een geschrift geen rechten of plichten voor derden bevat, kan een geschrift namelijk best de rechtspositie van derden beïnvloeden. Als voorbeeld kan worden genoemd een cao ten opzichte van ongebonden werknemers. Een cao bevat voor ongebonden werknemers geen rechten of plichten, maar beïnvloedt wel degelijk hun rechtspositie. Het zou in mijn ogen tot onaanvaardbare verschillen tussen gebonden en ongebonden werknemers leiden indien een cao ten opzichte van deze twee groepen werknemers aan de hand van een andere norm zouden moeten worden uitgelegd. Wellicht kan gezegd worden dat uitlegging op basis van de Haviltex-norm op zijn plaats is indien het de uitleg van een geschrift betreft dat in geen geval rechten en plichten voor derden kan gaan bevatten, zoals de uitleg van een raamovereenkomst tussen twee werkgevers en een onderhandelingsakkoord over de verlening van een cao. Zodra het evenwel de uitleg van een geschrift betreft dat bij aanvang geen rechten en plichten voor derden bevat, maar dat niet uitgesloten is dat derden daaraan wel op enig moment rechten en plichten kunnen gaan ontlenen, zoals een sociaal plan en een cao voor ongebonden werknemers (via artikel 14 Wet CAO of een incorporatiebeding), is toepassing van de cao-norm aangewezen. Op basis van deze indeling ben ik met Zaal[70] van

68 HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473.

69 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox), r.o. 4.3.

70 Noot I. Zaal bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 juli 2002, *JAR* 2012/226.

mening dat uitleg van bepalingen van een ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad met betrekking tot door de ondernemer in acht te nemen arbeidsvoorwaarden dient te geschieden op basis van de cao-norm en niet op basis van de Haviltex-norm zoals het hof 's-Hertogenbosch oordeelde. Hoewel een dergelijke overeenkomst individuele werknemers in beginsel niet bindt, is het immers geenszins uitgesloten en vaak zelfs de bedoeling dat de bepalingen van deze overeenkomst door middel van incorporatie of feitelijke acceptatie op enig moment onderdeel zullen worden van individuele arbeidsovereenkomsten.

3.5 Pakketvergelijking na Teunissen/Welter[71]

Kort na het wijzen van het arrest inzake Teunissen/Welter, vroegen Houweling en Loonstra zich al af of er met dit arrest iets nieuws onder de zon was gekomen.[72] Nu, 5 jaar later zal deze vraag worden beantwoord door na te gaan hoe de leer van de gehele dan wel partiële nietigheid ex artikel 12 Wet CAO zich heeft ontwikkeld in de lagere rechtspraak.

Hoe zat het ook alweer met de nietigheid? Artikel 12 Wet CAO bepaalt dat elke afspraak in de individuele arbeidsovereenkomst die strijdig is met een beding in de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) die van toepassing is op de arbeidsovereenkomst, wordt getroffen door nietigheid. De zogeheten normatieve werking leidt ertoe dat de onderliggende individuele afwijkende bepalingen worden vervangen door de bepalingen uit de cao. Dit wordt ook wel de 'stempelwerking' genoemd. De 'stempel' (cao) normeert de onderliggende cao blijvend naar zijn voorbeeld. De normatieve werking ('stempelwerking') is ook de bron van het leerstuk van de nawerking, maar dat terzijde.

Een vergelijkbare bepaling treffen we in artikel 3 lid 1 van de Wet AVV. Ook daar is normatieve werking voorgeschreven die leidt tot nietigheid. Deze nietigheid is in tegenstelling tot de nietigheid van artikel 12 Wet CAO beperkt in tijd. Deze nietigheid geldt alleen gedurende de looptijd van het AVV-besluit en niet daarna. Het is op zich vreemd dat een nietig beding kan herleven, maar dit heeft te maken met de rechtszekerheid en het gegeven dat een AVV-besluit

71 Auteur: Esther van Koot-van der Putte.

72 A.R. Houweling & C. J. Loonstra, 'Nietigheid van elk beding ex art. 12 WCAO na Teunissen/Welter: iets nieuws onder de zon?', *TAP* 2009/6, p. 212-218.

een grote inbreuk van overheidswege betekent op de individuele contractsvrijheid van niet-gebonden werkgevers. Om deze reden heeft de Hoge Raad ook geen nawerking van AVV[73] willen aannemen tot dusverre. Een uitzondering hierop betreft de zogeheten 'leer van de verkregen rechten'.[74]

In 2002 bepaalde de Hoge Raad in het arrest Boonen/Quicken[75] dat ieder beding van de cao stuk voor stuk moest worden nageleefd. In casu ging het om een meneer, Tom Boonen, die bij Quicken Partyservice tegen een stevig uurloon had gewerkt. Dit uurloon was aanmerkelijk hoger dan was voorgeschreven door de Cao voor het Horecabedrijf. Overwerk werd niet door de werkgever vergoed. De Hoge Raad wees de door de werknemer op grond van de cao gevorderde vergoeding van overuren toe. Daarbij overwoog de Hoge Raad, dat elk beding in de arbeidsovereenkomst dat in strijd is met de van toepassing zijnde cao nietig is. In plaats daarvan geldt het betrokken beding uit de cao. Uit het arrest Boonen/Quicken blijkt dat een pakketvergelijking, op basis waarvan het in de arbeidsovereenkomst overeengekomen salaris en de afspraken over overwerk als één geheel worden beschouwd ten opzichte van de hierover gemaakte afspraken in de cao, niet is toegestaan.

Bovenstaande overwegingen werden door de Hoge Raad herhaald in het arrest Teunissen/Welter van 24 april 2009,[76] echter met een nuancering die de nodige vragen in de literatuur heeft opgeroepen. In rechtsoverweging 3.4.3 overweegt de Hoge Raad:

> *'Het omstreden beding (...) moet als ongeldig worden aangemerkt* ***in zoverre*** *[arcering: ek] het niet voorziet in een bijkomende vergoeding over de maanden waarin de werknemers een zodanige hoeveelheid overuren hebben gewerkt dat zij beter uit zouden zijn geweest met het salaris en de vergoeding van dat overwerk die*

73 Het 'jojo-effect' is in de literatuur uitgebreid aan bod gekomen: A.J. Swelheim, 'Een beetje nawerking', *ArbeidsRecht* 1994, 24, M.G. Rood, 'Nog geen nawerking van via AVV geldende CAO-bepalingen', *TVVS* 1994, p. 132, C.G. Boot, 'Hoge Raad Beenen/Vanduho; nawerking toegekend aan de algemeen verbindend verklaring?' *SR* 1994, p. 199, A. Stege: 'De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen', *ArbeidsRecht* 2000, 62, E. Verhulp, 'Nawerking, het volle pond graag...!' *ArbeidsRecht* 2002/10, p. 8-14.

74 HR 28 januari 1994, *NJ* 1994, 420, m. nt. PAS (*Beenen/Vanduho*), HR 7 juni 2002, *JAR* 2002/154 (*Luitjens/Vlees*).

75 HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43 (*Boonen/Quicken*) m.nt. Van der Heijden.

76 HR 24 april 2009, *JAR* 2009/130 (*Teunissen/Welter*) m. nt. Bergwerf.

hun ingevolge de cao minimaal zou toekomen. De werknemers hebben over die maanden aanspraak op aanvulling van hun bedongen vergoeding tot het bedrag dat hun volgens de cao minimaal zou toekomen.'

Houweling heeft aangegeven dat de hele toelichting op twee manieren kan worden gelezen. Op de eerste wijze wordt de hele rechtsoverweging gezien als een algemene toelichting op het oordeel van de Hoge Raad dat het beding nietig is. In die lezing is de overweging slechts een toelichting op het feit dat zowel artikel 12 Wet CAO (Boonen/Quicken) als artikel 3 Wet AVV (Teunissen/Welter) met zich brengt, dat handelen in strijd is met de cao tot nietigheid leidt per beding en voor pakketvergelijking geen ruimte is. De toelichting bestaat hieruit, dat – aldus de Hoge Raad – vanwege het niet ondenkbare geval dat een werknemer zoveel overuren zou kunnen maken, dat hij met het cao-loon plus cao-overwerkvergoeding de hoogte van het bedongen salaris overstijgt. Om die situatie die tot nietigheid leidt te vermijden, is elk beding in strijd met de cao nietig.[77]

De tweede wijze van interpreteren houdt in dat de Hoge Raad afstand neemt van het rechtsgevolg van Boonen/Quicken. Dit zou leiden tot groen licht voor partiële nietigheid. Dit komt met name door de woorden 'in zoverre'. Partiële nietigheid betekent dat de loonbepaling in de individuele arbeidsovereenkomst slechts nietig is in die maanden waarin de werknemer dermate veel overuren heeft gewerkt, dat hem op basis van de cao (loon + overwerk) meer zou toekomen dan het bedongen loon in de arbeidsovereenkomst. Alleen over die laatstgenoemde maanden heeft de werknemer recht op aanvulling van zijn bedongen salaris. Het kan dus zo zijn dat de werknemer de ene maand wél recht heeft op betaling van die overuren en in een andere maand weer niet.

De verontwaardiging die de strenge benadering van het Boonen/Quicken-arrest (elk beding naleven/geen pakketvergelijking) wel opriep,[78] wordt door de mogelijke leer van partiële nietigheid (Teunissen/Welter) wat verminderd. Als het klopt dat de Hoge Raad partiële nietigheid heeft bedoeld, dan zou dat betekenen dat de werknemer niet langer 'én-én' kan vorderen, wat in sommige

77 Noot van Houweling bij *JIN* 2009/14 (nr. 574) Kantonrechter Gorinchem, 15 juni 2009, nr. 222618 CV EXPL 08-1528, LJN BJ0057.

78 J.M. van Slooten, De nietigheid van elk beding dat afwijkt van de CAO, *SR* 2000-4, p. 110, A. Stege, De nietigheid van bepalingen die strijdig zijn met (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepalingen, *ArbeidsRecht* 2000, 62, C.J. Loonstra, 'Elk beding, over rekkelijken en preciezen, *SR* 2003-5, p. 141-147.

situaties als onrechtvaardig of onredelijk kan worden ervaren. Houweling en Loonstra[79] stellen dat het cruciaal voor het aannemen van partiële nietigheid is of de Hoge Raad met de woorden 'in zoverre' heeft bedoeld 'voor het deel dat'. Zij menen echter dat de Hoge Raad dit niet zo heeft bedoeld en dat is bedoeld 'voor zover dat' of 'indien'. Daarbij wijzen de auteurs op het arrest Boonen/ Quicken. De Hoge Raad overwoog hierin dat de rechtszekerheid in het geding komt, wanneer een beding in de arbeidsovereenkomst in de ene maand wel en de andere maand niet geldig zou zijn, afhankelijk van het antwoord op de vraag of in een situatie het in de arbeidsovereenkomst dan wel het in de cao bepaalde voor de werknemer gunstiger is. Zij menen dat de Hoge Raad de strikte koers van het Boonen/Quicken-arrest niet heeft verlaten. De Hoge Raad heeft in hun optiek een voorwaarde voor het intreden van een rechtsgevolg geformuleerd in die zin dat een overwerkbeding in de arbeidsovereenkomst met een forfaitair karakter rechtsgeldig is, indien in dat overwerkbeding tevens wordt opgenomen dat de werknemer het meerdere ontvangt naast de afgesproken forfaitaire (bijv.) € 500,- ingeval hij in enige maand recht heeft op meer vergoeding dan € 500,- bij vermenigvuldiging van het daadwerkelijke aantal overwerkuren met het cao-uurloon.

Anders was de opvatting van De Birk[80] die betoogde dat de Hoge Raad weliswaar vasthoudt aan de beperkte uitleg van 'elk beding' in de zin van art. 12 Wet CAO, maar dat de Hoge Raad door de zinsnede 'in zoverre' wel kiest voor 'partiële nietigheid' van een all-in-cao-afspraak. De Birk ontleent aan het feit dat de Hoge Raad de rechtszekerheidsoverweging uit het Boonen/Quicken-arrest niet herhaalt (en de overige overwegingen wel), dat de Hoge Raad hiermee heeft willen duidelijk maken dat de rechtszekerheid niet in het geding komt bij het aannemen van partiële nietigheid. Daarbij meent De Birk dat de Hoge Raad zich bewust was van het feit dat er geen bijkomende vergoeding was afgesproken. In zijn optiek had de Hoge Raad bij het aannemen van algehele nietigheid moeten overwegen dat het beding 'daarom' nietig is en niet 'in zoverre etc'.

Tussen beide bovengenoemde opvattingen wordt een middenpositie ingenomen door Duk.[81] Hij meent dat voor de vraag of pakketvergelijking is toegestaan vooral moet worden gekeken naar de tekst van de

79 A.R. Houweling en C.J. Loonstra, a.w. (noot 72), p. 218.

80 M. de Birk, 'Artikel 12 Wet CAO: pakketvergelijking en partiële nietigheid', *ArbeidsRecht* 2009, 51.

81 R.A.A. Duk, *Wat kan bij cao geregeld worden?* in: Cao-recht in beweging, Den Haag: Sdu 2005, p. 18.

cao. Met andere woorden: het is een kwestie van uitleg van cao-bepalingen en niet zozeer van wetsuitleg. Immers: in de betreffende cao kunnen cao-partijen het de lezer duidelijk maken of er enige vorm (en zo ja welke vorm) van pakketvergelijking mogelijk is. Duk stelt:

> *'In die benadering is het begrip 'beding' van artikel 12 niet méér dan een uitgangspunt voor interpretatie, waarbij steeds kritisch moet worden bezien of gecompenseerd met een daarmee in voldoende mate corresponderende afwijking naar boven op een ander (in beginsel verwant) punt.'*

Deze redenering vind ik ook aantrekkelijk; het zorgt voor veel nuance en ruimte voor billijke oplossingen. Aan de andere kant brengt deze ook onzekerheid voor de praktijk mee, omdat de uitleg van cao's nu eenmaal niet altijd eenvoudig is.

Het wachten was nu op lagere rechtspraak waarin we de partiële nietigheid nader zien uitgewerkt. En hoewel voorstelbaar is dat dergelijke afspraken in de meeste cao-branches geregeld voorkomen, is er maar zeer weinig gepubliceerde rechtspraak voor handen om conclusies op te baseren. Hieronder zullen de volgende drie uitspraken worden behandeld:

- het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 29 augustus 2012 (inzake de toeslagregeling in de CAO voor de Elektrotechnische Detailhandel);[82]
- het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 april 2013 (inzake normale werktijden volgens de CAO Landbouwwerktuigen Exploiterende Ondernemingen);[83]
- het vonnis van de Kantonrechter Leeuwarden van 26 april 2013 (inzake de reiskostenvergoeding in de CAO voor het Technische Installatiebedrijf).[84]

Toeslagregeling in CAO voor de Elektrotechnische Detailhandel

De kantonrechter te Utrecht ziet aanknopingspunten voor een pakketvergelijking. Het ging hier om de loondoorbetaling tijdens de schorsing van een verkoper bij Media Markt. Op grond van de cao

82 Kantonrechter Utrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX8508; *JAR* 2012/266 *(Werknemer/Media Markt Utrecht B.V.)*.

83 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA1259 *(werkgever/werknemer)*.

84 Kantonrechter Leeuwarden 26 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA4024 *(werknemer/Westermann Installatietechniek B.V.)*.

voor de Elektrotechnische Detailhandel waren ook toeslagen verplicht voor het werken op koopavonden en op zaterdag. In de arbeidsovereenkomst was een zogeheten 'inclusiefloon' opgenomen, te weten een 'loon inclusief een compensatie voor koopavond en zaterdagtoeslag'. De kantonrechter overweegt op grond van artikel 3 Wet AVV dat elk beding dat strijdig is met een cao waaraan beide partijen gebonden zijn, nietig is en dat in plaats van zodanig beding de bepalingen van de cao gelden. Het speciale van deze casus is dat niet met zoveel woorden in de individuele arbeidsovereenkomst was bepaald dat werd afgezien van de cao-toeslagen (zoals in Boonen/ Quicken het geval was). Een dergelijke bepaling zou direct nietig zijn. De enige bepaling waarover de kantonrechter kan oordelen is het beding in de individuele arbeidsovereenkomst waarin staat:

> *'Werknemer ontvangt een salaris van € 1.750,- bruto per maand, inclusief de compensatie voor koopavond- en zaterdagtoeslag.'*

De kantonrechter ziet dit als één beding en overweegt dat het voor de werknemer 'kiezen of delen' is. Ofwel het hele beding is nietig (inclusief de hoogte van het loon), of het beding blijft overeind. Er zijn derhalve aanwijzingen voor het kiezen voor een vorm van pakketvergelijking. De kantonrechter beziet daarom of het in de cao omtrent toeslagen bepaalde gunstiger is, en tevens hoe dit zich verhoudt tot het in de cao bepaalde loon. Hieruit volgt volgens de kantonrechter dat het standpunt van de werknemer dat hij recht heeft op zowel het inclusief loon uit de arbeidsovereenkomst als op de cao-toeslagen onhoudbaar is.

De kantonrechter overweegt dat – welke salarisgroep uit de CAO ook wordt aangehouden – het basissalaris op grond van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer gunstiger is. Het is dan ook gunstiger voor werknemer om van het in de arbeidsovereenkomst bepaalde inclusief-loon uit te gaan dan van het in de CAO genoemde salaris en de in de CAO genoemde toeslagen. De kantonrechter betrekt hierbij dat werknemer niet gesteld heeft noch gebleken is dat hij op enig moment tijdens de algemeen verbindendverklaring van de CAO zodanig vaak op koopavond of zaterdag heeft moeten werken dat hij beter uit zou zijn geweest met loon en toeslagen conform de CAO dan het inclusief-loon uit de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter vindt hierin aanknopingspunten om in dit specifieke geval een zogenaamde pakketvergelijking (loon en toeslagen) wel toelaatbaar te achten De vordering van de werknemer met betrekking tot de uitbetaling van toeslagen wordt afgewezen.

Zwemmer[85] meent, in zijn annotatie bij de uitspraak dat de kantonrechter de woorden 'in zoverre' van de Hoge Raad in het arrest Teunissen/Welter ten onrechte uitlegt als 'voor het deel dat'. Opmerkelijk is volgens hem dat de kantonrechter daarbij tevens verwijst naar punt 3.4 van de conclusie van de A-G voor dit arrest. Hierin (de kantonrechter moet punt 4.2 hebben bedoeld) wordt nu juist de hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad uit het arrest Boonen/Quicken geciteerd waaruit volgt dat een dergelijke uitleg niet zou stroken met de rechtszekerheid. In de optiek van Zwemmer was het in casu met de werknemer overeengekomen inclusief-loon in strijd met de algemeen verbindend verklaarde cao omdat daarbij niet tevens werd afgesproken dat de werknemer het meerdere zou ontvangen wanneer hij in enige maand op grond van de door hem feitelijk gewerkte dagen een hogere beloning zou ontvangen op basis van het loon en de toeslagen uit een van toepassing zijnde cao. Ik sluit me bij deze redenering aan.

Normale werktijden in de CAO Landbouwwerktuigen Exploiterende Ondernemingen

In een appelzaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden ging het om een werknemer die 60 uur per week werkte tegen maandloon van € 1.950,= bruto inclusief overuren, hetgeen in strijd bleek met de CAO Landbouwwerktuigen Exploiterende Ondernemingen. De werkgever stelde zich op het standpunt dat hij ervan uit ging dat het salaris van € 1.950,- bruto inclusief de overuren was. Het basissalaris op grond van de cao voor een transportmedewerker, functiegroep C bedraagt € 1.641,90 bruto per maand vermeerderd met overuren. De normale werktijd bedraagt 38 uur per week. Als hiervan wordt afgeweken (tot maximaal 45 uur per week), dan worden de extra uren als overuren uitbetaald. Het hof stelt allereerst vast dat de afwijking ten aanzien van de arbeidstijd nietig is. Daarbij is in de cao een minimumloon opgenomen. Het stond partijen dus vrij een loon af te spreken dat boven het cao-loon ligt. In de cao is niet opgenomen dat in het geval dat een hoger loon dan het cao-loon wordt afgesproken geen overuren meer behoeven te worden voldaan. Dat leidt tot het oordeel dat naast het minimum-cao-loon dus ook de overuren conform cao moeten worden uitbetaald. Van enige pakketvergelijking is in deze zaak geen sprake.

85 Kantonrechter Utrecht 29 augustus 2012, *JAR* 2012/266 m.nt. J.P.H. Zwemmer.

Reiskostenvergoeding in de CAO voor het Technische Installatiebedrijf

De kantonrechter te Leeuwarden oordeelde over een casus waarin een monteur reiskostenvergoeding vorderde op grond van CAO voor het Technische Installatiebedrijf. Hier ging het om een gebonden werkgever en werknemer, zodat artikel 12 Wet CAO als uitgangspunt voor de beoordeling diende. De kantonrechter onderzoekt in navolging van het Boonen/Quicken-arrest van de Hoge Raad of hetgeen ten aanzien van de reisurenvergoeding in de arbeidsovereenkomst is bepaald (8% boven het cao salaris en de eerste 2 gemaakte reisuren voor eigen rekening van werknemer) gunstiger is dan het dienaangaande in de cao bepaalde. Het in de arbeidsovereenkomst omtrent het salaris en omtrent de reisuren bepaalde mag niet als één geheel worden beschouwd (Boonen/Quicken). Gelet hierop verwerpt de kantonrechter het verweer van de werkgever Westermann dat het cao-salaris van werknemer, vermeerderd met de vergoeding voor gemaakte reisuren over de gehele duur van de arbeidsovereenkomst bezien, een geringer bedrag opleverde dan zijn salaris op grond van de arbeidsovereenkomst.

Voorts refereert de kantonrechter aan het Teunissen/Welter-arrest van de Hoge Raad waarin een aanvulling op het bovengenoemde Quicken-Boonen-arrest is gegeven, door te oordelen dat de andersluidende afspraak bij aanvang van de arbeidsovereenkomst als ongeldig moet worden aangemerkt in zoverre deze niet voorziet in een bijkomende vergoeding over de maanden waarin de werknemer beter uit zou zijn geweest met het salaris en de vergoeding die hem ingevolge de cao minimaal zouden toekomen. Gelet hierop oordeelt de kantonrechter dat het Westermann niet kan baten dat de afwijkende reistijdenregeling zou zijn geaccordeerd door de ondernemingsraad en zou zijn vastgelegd in het bedrijfsreglement, met welk reglement de werknemer blijkens artikel J van de arbeidsovereenkomst heeft ingestemd.

De werknemer heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat in de periode vanaf januari tot en met juli 2011 gedurende een aantal maanden sprake is geweest van een situatie dat hij beter uit zou zijn geweest met een vergoeding van de reisuren op grond van de cao. Werkgever Westermann heeft dit onvoldoende gemotiveerd betwist. De kantonrechter overweegt dat de werknemer over die maanden aanspraak heeft op aanvulling van zijn bedongen vergoeding tot het bedrag dat hem volgens de cao minimaal zou toekomen.

Uit de uitspraak blijkt mijns inziens dat de Kantonrechter Leeuwarden de woorden 'in zoverre' uit het Teunissen/Welter-arrest als voorwaardelijk ('indien') interpreteert. De all-in afspraak waarbij loon- en cao-vergoedingen als één geheel worden toegekend zijn dan toelaatbaar, indien er tevens een afspraak wordt gemaakt dat indien de vergoeding op grond van de cao hoger zou uitpakken, dat dan de extra aanspraak op grond van de cao, bovenop het all-in loon wordt vergoed. Deze interpretatie strookt meer met de rechtszekerheid dan de interpretatie waarbij 'in zoverre' wordt uitgelegd op een manier die ertoe leidt dat de afspraak de ene maand wel toelaatbaar, en de andere maand wellicht nietig is. Dit is het geval als 'in zoverre' wordt uitgelegd als 'voor het gedeelte dat'.

De besproken uitspraken bevestigen de stellingname van Houweling en Loonstra dat de Hoge Raad in het Teunissen/Welter-arrest niet heeft gekozen voor partiële nietigheid. In de besproken lagere rechtspraak wordt 'in zoverre' geïnterpreteerd als beperkende voorwaarde. Enige taalkundige verkenningen mijnerzijds leerden ook dat 'in zoverre' een beperkend voegwoord is. Met andere woorden: 'in zoverre' introduceert een 'beperkende voorwaarde'. Dit betekent dus praktisch gezien dat de Hoge Raad all-in-loon-afspraken door de vingers ziet onder de beperkende voorwaarde dat er een afspraak is gemaakt voor de situatie waarin het daadwerkelijke loon (cao-loon én cao-overuren) gunstiger zouden uitpakken voor de werknemer. Zonder een dergelijke afspraak wordt het all-in-loon getroffen door nietigheid. Het aantrekkelijke van deze interpretatie is dat de rechtszekerheid gediend wordt, omdat de afspraak niet in de ene maand wél en in de andere maand niet wordt getroffen door nietigheid. De Hoge Raad geeft immers steeds aan veel belang te hechten aan de rechtszekerheid. Al met al levert Teunissen/Welter niet veel nieuws onder de zon op: weliswaar is een beperkende voorwaarde geïntroduceerd, maar is geen complete koerswijziging ingezet ten aanzien van het Quicken-Boonen-arrest.

3.6 Terugwerkende kracht cao's[86]

In deze paragraaf behandel ik de vraag wat, ten aanzien van cao-bepalingen waarin is afgeweken van bepalingen van driekwartdwin-

86 Auteur: Evert Verhulp.

gend recht, rechtens is, als de cao met terugwerkende kracht in werking treedt. In cao's wordt regelmatig afgeweken van bepalingen van driekwartdwingend recht.[87] Gelet op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid zal het belang van het gebruik van bepalingen van driekwartdwingend recht alleen nog maar toenemen.[88] Nu cao's heel vaak met terugwerkende kracht in werking treden, lijkt het antwoord op de vraag prangend, terwijl de literatuur geen eenduidig antwoord geeft.

3.6.1 De grondslag van de werking van de cao: contractuele theorie

Voordat ik aan de centrale vraag van deze bijdrage toekom, is het van belang duidelijk te maken hoe de cao de werkgever en werknemer bindt. Soms wordt wel tot uitdrukking gebracht dat de cao moet worden geplaatst in het licht van het subsidiariteitsbeginsel en dat de werkgevers en werknemersorganisaties een algemene regelgevende bevoegdheid zou toekomen. Voor deze wat ik maar noem institutionele benadering is steun te vinden bij de 'uitvinder' van het driekwartdwingend recht, Levenbach. Levenbach stelde in 1939 de afwijking van sommige wettelijke bepalingen voor 'bij collectieve regeling per bedrijfstak, eventueel onder goedkeuring door een centrale overheidsinstantie'.[89] Hij zag de cao, net als de regeling van een publiekrechtelijk orgaan terzake van de arbeidsvoorwaarden, als normstellend voor de sector. In mijn woorden zou de wetgever zijn dwingend ingrijpen beperken tot die gevallen waarin de werknemer onvoldoende beschermd is, terwijl overigens cao-partijen, daar waar zij een (naar verondersteld wordt evenwichtig) compromis hebben gevonden, zouden optreden als een soort wetgever-plaatsvervanger. De daarbij behorende gedachte is dan dat de cao goed is voor de sector en dus ook voor ongeorganiseerden. Als een ongeorganiseerde werkgever in de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers overeenkomt dat de cao die geldt voor zijn sector, ook in hun

87 A.R. Houweling en L.J.M. Langedijk, Dwingend recht in het arbeidsovereenkomstenrecht: van confectie naar couture, *ArA* 2011/1, p. 20, schrijven dat van deze bepalingen 'volop' gebruik wordt gemaakt. Zie ook de bijdrage van Plessen e.a., in hoofdstuk 4 van dit boek.

88 J.M. van Slooten, 'Het komende driekwart dwingende ontslagrecht', *TRA* 2013, 76.

89 M.G. Levenbach, Organisatievormen in het Nederlandse arbeidsrecht, inaugurele rede Universiteit Amsterdam, 1939, p. 20. Zie ook zijn: Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, 1954, p. 18 e.v.

rechtsrelatie geldt, kan die werkgever zich ook beroepen op die in de cao voorziene afwijkingen van bepalingen van driekwartdwingend recht.[90]

Naar mijn mening is deze opvatting onjuist omdat een ongebonden werkgever de cao, ook als zijn bedrijf onder de werkingssfeer van die cao valt, de cao niet toepast als cao op grond van de Wet CAO, maar als een soort algemene voorwaarden die hij vrijelijk heeft gekozen en waarvoor hij ook een willekeurig ander document had kunnen kiezen. Daarbij komt dat volgens de institutionele opvatting de ongebonden werkgever het ook zal toekomen om slechts delen van de cao toe te passen. Daar kan tegen worden ingebracht dat de werkgever die bevoegdheid dan niet toekomt, en hij de gehele cao moet toepassen om zich te kunnen beroepen op de bepalingen van driekwartdwingend recht. Dit compliceert de institutionele benadering in ieder geval aanzienlijk. Tenslotte steun ik de institutionele opvatting niet omdat daarmee ook de noodzaak van een representativiteitstoets van de werknemersverenigingen evident wordt.[91] Voor een dergelijke toets is thans onvoldoende grond en onvoldoende draagvlak,[92] en invoering daarvan zou nopen tot een grondige herziening van het thans bestaande stelsel van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.

Naar mijn mening betekent driekwartdwingend recht dat alleen de werkgever die gebonden is aan de cao op de afwijking van driekwartdwingend recht in die cao een beroep kan doen.[93] Ik baseer die mening op de in Nederland duidelijk gemaakte keuze voor een contractueel stelsel, waarbij de cao geldt op grond van een uitdrukkelijke gebondenheid door lidmaatschap van de werkgever en (op zijn minst passieve aanvaarding) van de toepasselijkheid daarvan (of van bepalingen daaruit) door de werknemer.[94] Soms worden cao's gezien als een soort van buitenaf komend heil of onheil, waarop de gebonden werkgever en de werknemer geen enkele invloed hebben

90 Zie het overzicht van de opvattingen ter zake van W.H.A.C.M. Bouwens, Driekwart dwingend recht en de niet rechtstreeks toepasselijke CAO, *ArA* 2003/2, p. 74 e.v. die deze opvatting onderschrijft (p. 78). In deze zin ook W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *Cao-recht*, Deventer 2004, p. 99 en G.J.J. Heerma van Voss, Driekwart dwingend recht, in: *CAO-recht in beweging*, Den Haag 2005, p. 130.

91 Bouwens en Heerma van Voss (zie vorige noot) trekken die conclusie ook.

92 SER-advies 2013/03, Verbreding draagvlak cao-afspraken.

93 Ik heb dat eerder uitgeschreven en zal dat hier niet nogmaals doen: zie: Afwijking van driekwart dwingend recht, in: R.M. Beltzer en E. Verhulp: *Capita selecta cao-recht*, Den Haag 2012. p. 1-12.

94 Zie voor een uitgebreidere uitwerking van de contractuele gedachte mijn bijdrage aan de AWVN-bundel 2013.

kunnen uitoefenen. Ook als dat in de praktijk al juist zou zijn – de leden van cao-partijen over het verloop van de onderhandelingen op de hoogte worden gehouden en kunnen ze voor aanvaarding van de cao stemmen - geldt als uitgangspunt dat de cao een overeenkomst is die partijen bij de arbeidsovereenkomst zelf hebben gewild. Voor de gebonden werkgever en werknemer is dat evident: door het lidmaatschap van de cao-sluitende organisatie worden de horizontale bepalingen uit de cao onderdeel van hun overeenkomst.[95] Voor de ongebonden werknemer in dienst van de gebonden werkgever waarbij in de arbeidsovereenkomst de toepassing van de cao is overeengekomen, geldt dat uitgangspunt evenzeer: die ongebonden werknemer aanvaardt dat de cao van toepassing is. Als de werkgever die toepasselijkheid niet overeenkomt, geldt de cao niet zonder meer.[96] Het arrest Bollemeijer[97] staat aan deze opvatting niet in de weg, alleen al omdat door de verwijzing in de arbeidsovereenkomst naar de cao op een bepaald punt in ieder geval kan worden aangenomen dat op dat punt de cao gold. Daarmee is de cao dus verworden tot een overeenkomst van partijen zelf, hetgeen ook de grondslag is voor de gelding van de bepalingen van de cao op de arbeidsovereenkomst.

3.6.2 In werking treden van de cao

Artikel 7 Wet CAO bepaalt dat de werking van de cao aanvangt op het door partijen vastgestelde moment, en dat indien partijen over de aanvang niets afspreken, de cao aanvangt 15 dagen na het sluiten van de cao. Op grond van art. 4 van de Wet op de loonvorming kunnen cao's eerst in werking treden een dag nadat de minister de kennisgeving van ontvangst heeft verzonden. Het enige nuttige van deze bepaling is thans nog dat het ministerie een exemplaar heeft van alle in werking getreden cao's en de inhoud daarvan op de website[98] zet. Tevens vermeldt het ministerie wanneer de cao is aangevangen en wanneer de kennisgeving van ontvangst is verzonden. Uit de overzichten op de website kan de conclusie worden getrokken dat voor

95 Uit *Handelingen II*, 1926/27, 166, nr. 4, p. 3, volgt dat daarover geen misverstand mogelijk is: *'Dit is dus het beginsel: het lidmaatschap der vereeniging brengt mede gebondenheid aan de c.a. (...) Wie lid is eener vereeniging weet van te voren, dat het mogelijk is, dat hij door eene c.a. zal worden gebonden. Wil hij dit gevolg niet, dan trede hij niet tot die vereeniging toe.'*

96 Zie bijv. Ktr. Utrecht 13 februari 2008, *JAR* 2008/84.

97 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19.

98 www.cao.szw.nl.

reguliere cao's vrijwel nooit tijdig een kennisgeving van ontvangst wordt verzonden. Terugwerkende kracht van enige maanden is gebruikelijk, van meer dan één jaar komt regelmatig voor en soms zelfs treedt een cao pas in werking nadat die al is geëxpireerd.

De verklaring daarvoor is dat de onderhandelingen vaak langer duren dan cao-partijen in eerste instantie inschatten, en dat na de onderhandelingen de bereikte onderhandelingsakkoorden nog in meer concrete teksten moeten worden neergeslagen, hetgeen ook vaak meer tijd kost dan is voorzien. Soms houden cao-partijen al rekening met vertragingen bij de totstandkoming van een nieuwe cao, door in de oude te bepalen dat die cao niet expireert voordat de nieuwe is aangevangen of door de werking van de oude cao op een andere wijze te verlengen. Uiteraard staat dat partijen binnen de grenzen van de wet vrij.

3.6.3 Terugwerking van cao bepalingen

Als de cao is geëxpireerd staat het de gebonden werkgever en zijn werknemers vrij om andere afspraken te maken dan die uit de cao volgden. Indien daarna een cao met terugwerkende kracht aanvangt, en de gemaakte afspraken met die cao in strijd zijn, wordt aangenomen dat die afspraken door de cao weer terzijde worden geschoven.[99] Het terugwerken van cao-bepalingen is over het algemeen geen probleem als de cao geen bepalingen kent die afwijkingen van driekwartdwingend recht mogelijk maken en geen verslechteringen van de in de voorgaande cao voorkomende arbeidsvoorwaarden kent. Voor dat laatste geldt dat indien de cao een verslechtering van arbeidsvoorwaarden kent die met terugwerkende kracht aanvangt, de gebonden werkgever en zijn werknemers aan die verslechtering zijn gehouden.[100] Dat past mijn inziens ook geheel bij de contractuele gedachte: partijen bij de arbeidsovereenkomst worden geacht de bepalingen van de cao zelf te hebben gewild. Waar ze dus eerst het één afspraken, komen ze daarop met de cao terug en worden ze geacht iets anders te hebben afgesproken. In de literatuur en rechtspraak is dit standpunt breed gedeeld. Zo schrijft A-G Hartkamp:

99 HR 27 maart 1998, *JAR* 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers).

100 Uiteraard alleen voor zover die verslechtering als standaardbepaling in de cao is opgenomen, zie HR 8 april 2011, JAR 2011/135 (AbvaKabo/Unieke Kinderopvang).

'Het merendeel van de schrijvers is van oordeel dat een CAO met terugwerkende kracht in werking kan treden.[101] *Men wijst erop dat de duur van CAO-onderhandelingen vaak tot gevolg heeft dat een oude CAO eindigt voordat een nieuwe kan worden afgesloten. Het is wenselijk dat CAO-partijen de contractloze periode die daardoor ontstaat, kunnen overbruggen door te bepalen dat de CAO terugwerkende kracht heeft (....)'*[102]

3.6.4 Terugwerking van bepalingen die het toestaan af te wijken van driekwartdwingend recht

Wat opvalt is dat dit standpunt niet wordt volgehouden op het moment dat van ingrijpender gevolgen sprake is. Daarvan is meestal sprake als in de cao die met terugwerkende kracht aanvangt, gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om af te wijken van bepalingen van driekwartdwingend recht, en dat gebeurt soms. Stege maakt voor zijn bijdrage voor het juni/julinummer 2013 van ArbeidsRecht van een mooi voorbeeld gebruik. Het gaat om de cao Horeca, waarvoor op 25 september 2012 een kennisgeving van ontvangst is verzonden, zodat deze cao pas op 26 september 2012 in werking is getreden. De aanvangsdatum van de cao is 1 augustus 2012, met uitzondering van art. 2:8 van de cao, waarvoor is bepaald dat dat aanvangt op 1 april 2012. De voorgaande cao expireerde per 1 april 2012. In art. 2:8 van de nieuwe cao en de oude cao is bepaald dat indien meer dan 6 arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd of als de opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten een periode van 60 maanden hebben overschreden, de laatste tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.

Stel dat op 1 juli 2011 een gebonden werkgever met een werknemer een tijdelijke arbeidsovereenkomst voor de duur van drie maanden overeenkomt en de Horeca cao van toepassing verklaart. Deze arbeidsovereenkomst wordt drie keer voortgezet, zodat de vierde tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt aangegaan op 1 april 2012 en loopt tot 1 juli 2012. Omdat de cao ten tijde van het sluiten van de laatste tijdelijke arbeidsovereenkomst is geëxpireerd, is niet meer bij cao afgeweken van art. 7:668a BW en moet worden

101 Ik wijs er op dat ik steeds spreek van 'aanvangen' als het gaat om het van toepassing worden van de cao op de door cao partijen bepaalde datum en van 'in werking treden' als het gaat om dat dag waarop de cao in werking treedt, zodat ik hier in plaats van de woorden 'in werking kan treden' had geschreven 'kan aanvangen'.

102 Voor het arrest van 27 maart 1998, *JAR* 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers).

aangenomen dat op grond van die bepaling de vierde arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Het is de vraag of door de aanvang van de nieuwe Horeca cao met terugwerkende kracht per 1 april 2012, waarin een afwijking van art. 7:668a BW voorkomt, deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd toch weer tijdelijk wordt. Stege beantwoordt die vraag ontkennend. Hij meent dat uit het bepaalde van art. 7:668a lid 5 BW volgt dat partijen bij de cao kunnen beletten dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, maar niet dat partijen bij de cao een arbeidsovereenkomst die wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd kunnen converteren in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. 'Ware dat anders', zo stelt Stege, 'dan zou de werknemer ontslagbescherming worden ontnomen die hij onmiskenbaar heeft verworven op het moment dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668a lid 1 onder b BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd.'[103]

Ik ben het niet met Stege eens. Ik heb daarvoor verschillende redenen. De eerste is dat het mij onjuist voorkomt om in geval van afwijkingen van driekwartdwingend recht anders te oordelen dan in geval van loonsverhogingen of andere arbeidsvoorwaarden. Daarvoor is systematisch geen rechtvaardiging. Als de bonden hebben ingestemd met een cao, waarvan de aanvangsdatum in het verleden ligt, en waarin een bepaling is opgenomen die het mogelijk maakt af te wijken van driekwartdwingend recht, mag worden aangenomen dat de bonden daarvoor iets in ruil hebben bedongen. Als dat een loonsverhoging is, zou volgens de heersende leer, en ook volgens Stege, ook de werknemer die door de wettelijke conversie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft, daarvoor wel in aanmerking komen. Ook deze vorm van 'cherry picking' lijkt me ongewenst. Het tweede is dat Stege zich beroept op de aan de werknemer toekomende ontslagbescherming, maar daarbij over het hoofd lijkt te zien dat die nu juist voor zover het de tijdelijke arbeidsovereenkomst betreft, ter onderhandeling van cao-partijen is gegeven. Ook is het de vraag of Stege deze mening alleen is toegedaan in het geval de afwijking van driekwartdwingend recht ziet op de conversie van de tijdelijke arbeidsovereenkomst in één voor onbepaalde tijd. Uit de rechtspraak is bekend het geval waarin een werkgever een proeftijd van twee maanden bij een korte tijdelijke arbeidsovereenkomst overeenkwam, terwijl de cao die dat

103 A. Stege, Het einde van de cao en afwijkingen van driekwart dwingend recht, *ArbeidsRecht* 2013/35, p. 36.

mogelijk maakte pas na het sluiten van de arbeidsovereenkomst tot stand kwam en aanving voor de datum van het sluiten van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter te Rotterdam overwoog dat de werkgever onder verwijzing naar het proeftijdbeding de arbeidsovereenkomst kon opzeggen.[104] Zou deze beslissing in de visie van Stege dan onjuist zijn?

Daarbij geldt dat in het omgekeerde geval, waarin de wet nog geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanneemt maar de cao die aanvangt met terugwerkende kracht wel, ook kennelijk in de visie van Stege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal moeten worden aangenomen. Ik wijs er op dat dit geen theoretisch punt is. Meerdere cao's kennen bepalingen waarin de eerste of tweede verlenging van een tijdelijke arbeidsovereenkomst al leidt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.[105] Hoewel de voor werkgever en werknemer verschillende uitkomst in het voordeel van de werknemer in het arbeidsrecht meer te zien is,[106] is die wel zeldzaam. In dit geval zie ik er geen rechtvaardiging voor, anders dan dat het erg zuur voor de werknemer kan uitpakken. Voor zover dat het geval is, dient het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW uitkomst te bieden: het kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn de werknemer te houden aan de door hem aanvaarde cao.[107] Daarvan lijkt me in het geval van de werknemer die in zijn tijdelijke arbeidsovereenkomsten heeft aanvaard dat de Horeca cao van toepassing is niet snel sprake. Deze werknemer heeft tenslotte door het aanvaarden van de toepassing van de cao geaccepteerd dat de vakbonden (hoewel hij geen lid is) namens hem onderhandelen. Belangrijker is dat de uitkomst van die onderhandelingen voor hem geen verrassing behoort te zijn. In de cao die tot 1 april 2012 gold stond namelijk een gelijke bepaling, zodat de gedachte dat na de expiratie in een nieuwe cao die dan met terugwerkende kracht in werking treedt, een dergelijke bepaling niet zou staan, op zijn minst stevige onderbouwing behoeft.

104 Ktr. Rotterdam 26 april 2001, *JAR* 2001/90.

105 Zie het voorbeeld in E. Verhulp, Terugwerkende kracht van cao-bepalingen, in: R.M. Beltzer en E. Verhulp: *Capita selecta cao-recht*, Den Haag 2012, p. 22.

106 Bij het vereiste dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst duidelijk en ondubbelzinnig dient te zijn, zie HR 10 juni 2005, *JAR* 2005/105 (Al Hage Hussein/Ramses II).

107 Zie voor een dergelijk geval: Ktr. Hilversum, 1 februari 2006, *JAR* 2006/57.

3.6.5 Terugwerking van bepalingen die het toestaan af te wijken van driekwartdwingend recht en de reeds beëindigde arbeidsovereenkomst

In het vorengaande ligt mijn antwoord op de vraag of een cao ook dient te worden toegepast op arbeidsovereenkomsten die reeds geëindigd zijn ten tijde van het aanvangen van de cao met terugwerkende kracht tot een moment gelegen voor het einde van de arbeidsovereenkomst, reeds besloten. Dat antwoord is bevestigend. Als een arbeidsovereenkomst tussen een gebonden werkgever en een gebonden werknemer of een werknemer die de werking van de cao heeft aanvaard, per 1 januari 2014 eindigt en op 10 januari 2014 een cao met terugwerkende kracht tot 1 juli 2013 aanvangt waarin is voorzien in een loonsverhoging,, heeft deze werknemer dan toch recht op die loonsverhoging over de periode van 1 juli 2013 tot 1 januari 2014? Ik zie niet in, als de cao als een overeenkomst ook van de gebonden werkgever met zijn werknemer wordt beschouwd, wat de grondslag kan zijn de werknemer die loonsverhoging te onthouden. Toch wordt daarover wel anders gedacht. Ik citeer opnieuw A-G Hartkamp:

> *'De toepassing van een CAO op arbeidsovereenkomsten die bij het afsluiten ervan zijn geëindigd, wijst de literatuur overigens af. Mijns inziens verdraagt deze toepassing zich ook niet met het wettelijk stelsel. De normatieve bepalingen in een CAO werken door in arbeidsovereenkomsten die binnen haar werkingssfeer vallen. Voor personen die bij het afsluiten van de CAO niet meer door zodanige overeenkomst zijn verbonden, ontbreekt het kader waarbinnen de terugwerkende kracht van de CAO gestalte kan krijgen.'*[108]

Het lijkt er dan op of de doorwerking van de cao als een soort stroomschema in de arbeidsovereenkomst vorm moet krijgen, en als dat stroomschema door een beëindiging van de arbeidsovereenkomst is onderbroken, daarmee ook de later gemaakte afspraken niet meer te hoeven worden nagekomen. Naar mijn mening geldt ook hier dat het mogelijk is om na het einde van de arbeidsovereenkomst op de eerder gemaakte afspraken over het loon terug te komen en dat loon alsnog te verhogen. Als dat kan, dan kunnen andere afspraken ook terugwerken op arbeidsovereenkomsten die na de aanvangsdatum

108 Voor het arrest van 27 maart 1998, *JAR* 1998/99 (Vervoersbond FNV/Kuypers).

maar voor de datum waarop de kennisgeving van ontvangst voor de cao is verzonden, en de cao in werking is getreden, zijn geëindigd.

3.6.6 Conclusie

Naar mijn mening, die overigens niet algemeen gedeeld wordt, kunnen cao-bepalingen die toestaan af te wijken van driekwartdwingende bepalingen terugwerken. Dat kan ook als op grond van de wettelijke bepalingen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en die conversie door de terugwerkende kracht alsnog geacht moet worden niet te hebben plaatsgevonden. De terugwerking kan ook betreffen arbeidsovereenkomsten die na de datum van aanvang van de cao, maar de datum waarop de cao in werking is getreden, is geëindigd. Dit volgt uit de aanvaarding van de contractuele benadering van de cao.

3.7 Conclusie[109]

De werkgroep cao-recht heeft de draad opgepakt waar zij met de vorige publicatie eind 2011 mee eindigde. Jaspers concludeerde, alle bijdragen in die bundel overziend, dat het cao-stelsel robuust is, bestaansrecht heeft en kan blijven bestaan. Kleinere aanpassingen zijn wel gewenst, maar deze kunnen door sociale partners zelf worden opgepakt en vergt geen ingrijpen van de wetgever. Als belangrijkste aandachtspunten werd gewezen naar enerzijds het vraagstuk van de representativiteit en daaraan gelieerd de discussie over binding – het institutionele of contractuele karakter van het cao-recht – en anderzijds de invloed vanuit Europa.[110]

In deze bijdrage is ingegaan op een aantal diverse, actuele onderwerpen in het cao-recht. Gekozen is om niet het gehele gebied te bestrijken dat door de werkgroep in 2011 onderwerp van onderzoek is geweest, maar voor een caleidoscopische blik vanuit verschillende invalshoeken; tezamen geeft deze blik een goed beeld van hetgeen in het cao-recht actueel is.

De ontwikkelingen sinds 2011 zoals geschetst in paragraaf 3.1 geven aan dat het teruglopend ledenaantal van de vakbonden nog

109 Auteurs :James Helmer en Loe Sprengers.

110 A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer 2011, p. 287 e.v.

steeds zorgen baart. Uit het SER-advies blijkt, zo is in paragraaf 3.2 uitgewerkt, dat dit weliswaar vooralsnog niet tot grote ongerustheid leidt in de polder. Het draagvlak voor de cao is groot en wordt door het akkoordenkabinet Rutte II omarmd. Echter geen reden tot stilzitten, maar vooral tot handelen van sociale partners zelf, zowel wat betreft het stimuleren van groei van het ledenaantal als het betrekken van niet-leden, het vernieuwen en flexibiliseren binnen de cao en het vergroten van het bereik van de cao naar bijvoorbeeld zzp'ers. Dit sluit aan bij de conclusies van de werkgroep cao-recht in de studie naar de toekomst van het cao-recht uit 2011.

Toch is ook er gewezen op de vraag of er niet een rol is weggelegd voor de wetgever met name met betrekking tot de juridische binding van de ongebonden werknemer – de artikel-14-werknemer – aan de cao. Ook tegen de achtergrond van het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid, waarop in de andere bijdragen vanuit de werkgroep cao-recht in deze bundel wordt ingegaan,[111] is het de vraag of de wetgever met name op dit onderdeel het juridisch kader van de cao niet dient te versterken.

De overige bijdragen zijn geselecteerd op hun actualiteitswaarde afgaand op de mate waarin daar in rechtspraak en/of literatuur aandacht is besteed. Het gaat om 'klassieke' thema's uit het cao-recht, die de bijzondere kenmerken van dit rechtsgebied goed illustreren. Allereerst de werkingssfeer van de cao. Het is aan cao-partijen om het bereik van de cao af te bakenen. Een bereik dat wordt vergroot, en waarmee de cao kan worden opgelegd aan niet-aangesloten werkgevers, op het moment dat de cao algemeen verbindend wordt verklaard. Het heeft geleid tot uitgebreide opsomming in bedrijfstakcao's over welke activiteiten allemaal met metaal zijn te verrichten en welke producten allemaal als gemaksvoeding zijn aan te merken. Te algemene en te weinig specifieke opsommingen kunnen aanleiding geven tot samenloop en overlap in werkingssfeerbepalingen, hetgeen zoveel mogelijk voorkomen zou moeten worden. Het is opvallend dat iedere keer weer tot aan de hoogste rechter geprocedeerd wordt over eenvoudige vragen zoals of een gesmeerd broodje kaas al dan niet behoort tot gemaksvoeding. Vanwege de grote financieel consequenties die daaraan vast kunnen zitten voor een niet-aangesloten werkgever, valt te begrijpen dat iedere grammaticale of andere strohalm wordt aangegrepen om hier onder uit te komen. In paragraaf 3.3 geeft Jansen aan vast dat het hoofdzakelijksheidscriterium in de jurisprudentie van de Hoge Raad,

111 Zie de hoofdstukken 4 en 5.

waarnaar ook in de recente rechtspraak weer naar verwezen is, houvast biedt. De vraag van de binding van de ex-werknemer heeft de afgelopen jaren in de literatuur de nodige aandacht gekregen. De Hoge Raad heeft in 2013 duidelijkheid gegeven door te bepalen dat de einde van de arbeidsovereenkomst niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer als uitgewerkt moet worden aangemerkt. Ook hier weer gaat het weer om beantwoording van een 'eenvoudige' rechtsvraag met grote consequenties, bijvoorbeeld ten aanzien van de mogelijkheid om in te grijpen in in het verleden gemaakte pensioenafspraken. Dit is kenmerkend voor het cao-recht: de impact van uitspraken kan groot zijn.

Ook het onderwerp van de uitleg van cao-bepalingen heeft de afgelopen decennia de praktijk en de rechterlijke macht beziggehouden. Vanuit de contractuele basis van het cao-recht ligt het voor de hand om met toepassing van het Haviltex-criterium, geschillen over de uitleg van cao-bepalingen op te lossen. Echter een cao reguleert niet alleen de verhouding tussen cao-partijen, maar ook die van hun leden en (deels) ook die van de artikel-14-werknemer en/of de werknemers die via incorporatie aan de cao zijn gebonden. Dan schiet de Haviltex-norm tekort en brengt de rechtszekerheid met zich dat onafhankelijk van wie procedeert een zelfde uitleg aan een cao-bepaling moet worden gegeven. De door de Hoge Raad ontwikkelde cao-norm wordt gezien als een vloeiende overgang van de Haviltex-norm. Ondanks dat de rechtspraak van de Hoge Raad op dit vlak lijkt te zijn uitgekristalliseerd, blijkt uit de bespreking van de recente rechtspraak in paragraaf 3.4 dat niet in alle gevallen even duidelijk is aan de hand van welke norm wordt getoetst.

De vraag of een all-in afspraak, loon inclusief overwerktoeslag, geoorloofd is, houdt beoefenaars van het cao-recht eveneens bezig. Na Boonen/Quicken was het beeld dat de rechtszekerheid met zich bracht dat in voorkomende gevallen, afhankelijk van de inhoud van de cao-bepalingen, aan het maken van zo'n all-in afspraak in de weg stond. Het gevolg dat een werknemer dan boven op het ontvangen hogere loon ook nog eens de volledige overwerktoeslag zou kunnen vorderen, was een uitkomst die menigeen tegen de borst stuitte. De strikte toepassing van de nietigheidsanctie van artikel 12 Wet CAO werd als onredelijk beschouwd. Na Teunissen/Welter is de discussie losgebarsten over de vraag of de Hoge Raad partiële nietigheid beoogde. In paragraaf 3.5 is Koot nagegaan hoe in de (beperkte) lagere rechtspraak hiermee is omgegaan. Met de uitkomst dat er sprake is van een beperkende voorwaarde in die zin dat een all-in afspraak geoorloofd is onder de beperkende voorwaarde dat er een

afspraak is gemaakt over hoe om te gaan met de situatie waarin het daadwerkelijke loon gunstiger zou uitpakken voor de werknemer, lijkt er een redelijk evenwicht gevonden te zijn. Het is echter nog afwachten of deze lijn de goedkeuring van de Hoge Raad ook daadwerkelijk kan krijgen. In de bijdrage van Verhulp (par. 3.6) wordt het debat over de terugwerkende kracht van cao's in volle hevigheid gevoerd. Anders dan Stege, ziet Verhulp geen bezwaren tegen het toestaan van terugwerkende kracht aan cao-bepaling waarin wordt afgeweken van driekwartdwingend recht. Een onderwerp dat zo cruciaal is dat verwacht zou mogen worden dat na 85 jaar Wet CAO daar inmiddels wel voldoende duidelijkheid over zou bestaan. Hetgeen echter niet het geval is.

Dit laatste onderwerp illustreert dat het cao-recht nog steeds onderwerpen kent waar de rechtsontwikkeling nog niet is uitgekristalliseerd. We verwachten dan ook dat de komende jaren, gezien de toename van het belang van het driekwartdwingend recht, het cao-recht de nodige aandacht zal gaan krijgen. Naarmate afwijking van het afspiegelingsbeginsel en het overnemen van de preventieve toetsing van een ontslagvoornemen door cao-commissies een grotere vlucht zou gaan nemen,[112] zullen de vragen rondom de terugwerkende kracht en de binding van de ongebonden werknemer de nodige aandacht gaan krijgen.

112 Zie hierover uitgebreider de hoofdstukken 4, 5 en 6 van deze bundel.

4 Driekwartdwingend recht in Wetsvoorstel Werk en Zekerheid

*I. Schraffordt, P.Th. Sick, A.T.J.M. Jacobs, W.G.M. Plessen**

4.1 Inleiding

Na het Akkoord Flexibiliteit en zekerheid van 3 april 1996 (hierna aangeduid als: *'Flex en Zeker'*) is het Sociaal Akkoord van 11 april 2013[1] (hierna aangeduid als: *'Sociaal Akkoord'*) het eerste veelomvattende akkoord dat in de Nederlandse polder op het gebied van ontslagrecht, WW en flexibilisering en zekerheid tot stand gekomen is.[2] De druk was groot: het regeerakkoord van het kabinet Rutte II omvatte ingrijpende maatregelen op het gebied van ontslagrecht, WW en de inzet van gehandicapten in de arbeid. Alleen een gezamenlijke inzet van sociale partners kon daar tegenwicht aan bieden. Het is een – zeer – veelomvattend akkoord geworden, dat inmiddels is omgezet in 170 (A-4) pagina's voorgestelde wetstekst en toelichting, te weten het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid (hierna aangeduid als: 'het wetsvoorstel').[3]

In dit onderdeel van het jaarboek concentreren we ons op de, naar aanleiding van het Sociaal Akkoord voorgenomen wetswijzigingen en meer specifiek op de wijzigingen in de driekwartdwingende bepalingen. We zullen allereerst kort terugblikken op het ontstaan

* *Inge Schraffordt is als advocaat verbonden aan Eversheds Faasen in Amsterdam, Pauline Sick is als advocaat verbonden aan Boontje Advocaten te Amsterdam, Antoine Jacobs is als emeritus hoogleraar verbonden aan de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek van de Universiteit van Tilburg en Willem Plessen is als hoofddocent verbonden aan de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek van de Universiteit van Tilburg en werkzaam als Director Social Affairs bij Randstad Holding N.V.*

1 Meer precies: Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020.*

2 Het Sociaal Akkoord is inmiddels alweer opgevolgd door het nieuwe politieke akkoord van september 2013. Daarin is met name een versnelde invoering van een gedeelte van de voorgenomen wetgeving overeengekomen, namelijk een gedeeltelijke invoering van de nieuwe regelgeving per 1 juli 2014.

3 *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nrs. 1-8.

en de toename van dergelijke bepalingen in ons (arbeids)recht (par. 4.2). We vervolgen met enkele Europese observaties, waarbij we enkele recente ontwikkelingen in het driekwartdwingend recht in een aantal andere landen zullen bezien (par. 4.3). Daarna schetsen we in grove lijnen de hoofdlijnen van het sociaal akkoord en van het wetsvoorstel (par. 4.4). Vervolgens bezien we gedetailleerd de driekwartdwingende regelingen in de voorgestelde wetgeving en wel in twee clusters, namelijk de voorgestelde aanpassingen in het ontslagrecht (par. 4.5) en de overige voorgestelde aanpassingen (par. 4.6).

4.2 Driekwartdwingend recht: een terugblik

Driekwartdwingend recht is in ons land geïntroduceerd in 1954 bij de herziening van het burgerlijkrechtelijke ontslagrecht.[4] In de periode na de Tweede Wereldoorlog was de cao als regelingsinstrument van arbeidsvoorwaarden breed doorgedrongen. Zij vormde in het tijdperk van de geleide loonpolitiek een vrijwel dekkende deken voor de arbeidsverhoudingen in ons land. De organisatiegraad lag op meer dan 50%.

In een nota[5] uit 1996 over de ontwikkeling in het arbeidsovereenkomstenrecht formuleerden de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en die van Justitie enkele kerngedachten over recht, die nog steeds relevant zijn:

> *'Driekwart-dwingend recht biedt de mogelijkheid dat betrokkenen zelf mede inhoud geven aan het arbeidsrecht, hetgeen kan leiden tot een groter draagvlak voor de desbetreffende regeling, maatwerk voor bedrijfstakken en ondernemingen en flexibiliteit indien de noodzaak van aanpassing zich voordoet.*
>
> *Voor dit type bepaling wordt gekozen indien het gaat om een belangrijke bescherming van werknemers, waarbij de mogelijkheid van afwijking wenselijk is, maar wel voldoende waarborg dient te bestaan dat de bescherming van de werknemers niet te gemakkelijk opzij wordt gezet. De huidige Nederlandse arbeidsverhoudingen zijn van dien aard dat de vakorganisaties in het*

4 De inhoud van deze paragraaf is met name ontleend aan: G.J.J.Heerma van Voss, 'Driekwart dwingend recht', in R.A.A. Duk, *Cao-recht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p.121-133.

5 *Kamerstukken II* 19996/1997, 25426, nr. 1 p. 5.

cao-overleg in staat zijn op een gelijkwaardige wijze met de werkgeversorganisatie te onderhandelen.

Driekwart-dwingend recht zal met name worden gehanteerd indien het zinvol is om de sociale partners de mogelijkheid te bieden de regelgeving aan te passen aan de behoeften van de bedrijfstak of onderneming.'

Anders gezegd: aan driekwartdwingend recht ligt de gedachte ten grondslag dat het dwingende arbeidsrecht op onderdelen flexibel ingevuld kan worden, zonder dat het beschermend karakter ervan verloren gaat. Immers, wat dat laatste betreft: de werknemer staat niet alleen bij zijn onderhandelingen met de werkgever over een afwijking van de regel. Dat is wel het geval bij semidwingend recht. Dan is de werknemer allicht (al te gemakkelijk?) geneigd akkoord te gaan met voorstellen van de werkgever. Bij driekwartdwingend recht bestaat aan de kant van de werknemer een countervailing power en wel in de vorm van de vakbond, die niet economisch afhankelijk is van de werkgever. Doorgaans ook zal een vakbond overigens in ruil voor de afwijking van de dwingende regel een voordeel bedingen.

We zetten kort en in hoofdzaak de geschiedenis van bepalingen van driekwartdwingend recht op een rijtje.[6] Opvallend is dat in de periode vóór de invoering van Flex en Zeker driekwartdwingend recht vrijwel steeds bepalingen betrof die in wezen van mindere betekenis waren. Met de doorvoering van Flex en Zeker in de wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999 kwamen echter driekwartdwingende regels tot stand die voor de arbeidsrechtelijke praktijk van breed en groot belang werden.

In 1954 werd het toenmalige artikel 1639j BW ingevoerd, waarin werd voorzien in driekwartdwingend recht met betrekking tot door de werkgever in acht te nemen opzegtermijnen. Op grond van deze regeling was een opzegtermijn van een half jaar voor werknemers met een hoge anciënniteit tot de invoering van het huidige artikel 7:672 BW met Flex en Zeker allerminst ongewoon.

Andere driekwartdwingende bepalingen waren de in 1966 ingevoerde bepaling over het berekenen van de vakantie bij periodes van minder dan een jaar (thans: artikel 7:634 BW); de in 1968 ingevoerde bepaling over de afrekening van het wettelijk minimumloon (artikel 11 WMM) en die over de hoogte van de vakantiebijslag (artikel 16 WMM), en in 1991 die over de duur van het ouderschapverlof (nu

6 Zie voor een volledig overzicht, a.w. (noot 4), p. 122 en 123.

artikel 6:8 Warzo). In 2001 werd die o.a. gevolgd door een driekwartdwingende regeling inzake het calamiteitenverlof en ander kort verzuim (thans: artikel 4:7 Warzo).

Eveneens werd in 1954 een bepaling ingevoerd met betrekking tot wat toen– 'de voortgezette dienstbetrekking' heette, namelijk artikel 1639f lid 4 BW. Een voortgezette dienstbetrekking kon niet worden opgezegd zonder toestemming ex artikel 6 BBA of moest worden ontbonden door de rechter. Van een voortgezette dienstbetrekking was sprake als twee dienstbetrekkingen elkaar opvolgden met een tussenpoze van niet meer dan 31 dagen. Deze bepaling was van driekwartdwingend recht (artikel 1639f lid 5 BW). Dit artikel 1639f BW (toen inmiddels omgezet in: artikel 7:668 BW) werd in 1999 door de Flexwet gewijzigd en kreeg een aanvulling in artikel 7:668a BW. In plaats van de regeling omtrent de voorgezette dienstbetrekking kwam de 3x3-regel, met daarin ook de tussenpoze-regeling van drie maanden. Alle genoemde elementen werden (volledig) driekwartdwingend (artikel 7:668a lid 5). Bovendien werd eveneens via artikel 7:688a lid 5 BW het beginsel van opvolgend werkgeverschap, dat tot dan toe in de jurisprudentie was ontwikkeld,[7] gecodificeerd, maar (meteen) ook driekwartdwingend.

Per 1 juli 1998 werd de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) ingevoerd. In artikel 8 Waadi werd bepaald dat aan de ter beschikking gestelde werknemer hetzelfde loon en dezelfde kostenvergoedingen dienden te worden uitbetaald als de vergelijkbare werknemer in vaste dienst bij de inlener. Op deze zogenoemde 'loonverhoudingsnorm' kon een uitzondering worden gemaakt door middel van de cao die van toepassing was op de uitlener of de inlener (artikel 8 leden 2 en 3 Waadi). Ingevolge de Uitzendrichtlijn[8] () is artikel 8 Waadi aangepast, in die zin dat de loonverhoudingsnorm is omgezet in een gelijke behandelingsnorm en dat de arbeidsvoorwaarden bij de inlener die ook op de uitzendkracht dienen te worden toegepast, zijn uitgebreid. Het driekwartdwingend karakter bleef echter – overigens in overeenstemming met de richtlijn – gehandhaafd.

Met de invoering van de Flexwet werd ook artikel 7:628 BW over de loondoorbetalingsuitsluiting aangevuld met een driekwartdwingend rechtelijke bepaling. Tot dan toe was de regel dat de werknemer geen aanspraak had op loon als hij niet werkte, tenzij de werknemer wel bereid was te werken en de werkgever daar geen gebruik van had

7 Zie o.a. HR 22 november 1991, *NJ* 1999/707, m.nt. PAS; HR 12 april 1996, *NJ* 1996, JAR 1996/114 en HR 25 oktober 1996, *JAR* 1996/235.

8 Richtlijn 2008/104/EG, PB 2008 L327/9.

gemaakt door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoorde te komen.[9] Deze regel werd aangevuld met de bepaling dat gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer schriftelijk van de hoofdregel kon worden afgeweken (semidwingend recht) en na de periode van zes maanden nog slechts bij cao kon worden afgeweken (driekwartdwingend recht).

En ten slotte werd met de Flexwet de regelgeving over de uitzendovereenkomst in afdeling 7.10.11 BW ingevoerd. In artikel 7:690 BW werd bepaald dat een uitzendbeding gedurende de eerste 26 weken van de uitzendovereenkomst kan worden overeengekomen en dat de ketenregeling ex artikel 7:668a BW gedurende de eerste 26 weken niet van toepassing is (leden 1, 2 en 3). Ook het beginsel van opvolgend werkgeverschap werd gecodificeerd (lid 5). Deze bepalingen zijn ingevolge artikel 7:691 lid 7 BW driekwartdwingend.[10]

Toegespitst op het driekwartdwingend recht valt – zoals gezegd – op, dat het driekwartdwingend recht met de invoering van de Flexwet een grote vlucht heeft genomen. Er is nog weinig systematisch onderzoek gedaan naar de mate waarin in cao's feitelijk gebruik gemaakt wordt van de diverse mogelijkheden om af te wijken van de wet. Een evaluatie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in 2007[11] met betrekking tot artikel 7:668a BW liet echter al zien, dat een substantieel deel van de cao's een verruiming ten opzichte van artikel 7:668a BW biedt.[12]

9 Deze regeling werd ingevoerd met de invoering van de titel 7.10 per 1 april 1997. Zie hierover ook A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger en W.G.M. Plessen, *Titel 7.10, De Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997, p. 41-43.

10 Ook andere elementen, maar dat laten we hier buiten beschouwing, zie artikel 7:691 lid 7 BW.

11 *De Wet Flexibiliteit en Zekerheid, een onderzoek naar de ¾ bepalingen in de cao's van 2006*, februari 2007. Zie eerder ook het onderzoek van D.J.B de Wolff, 'De ketenregeling bij opeenvolgend contracten voor bepaalde tijd', *SMA* 2002, p. 524-526.

12 A.w. (noot 11), I-III; zie ook Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Cao-afspraken 2012*, p. 85-90.

4.3 Ontwikkelingen op het terrein van driekwartdwingend recht in Europa: enkele observaties

De traditie van driekwartdwingende bepalingen in het wettelijke arbeidsrecht is al enige decennia oud. Hoewel in alle ons omringende landen de wet de hoogste bron van arbeidsrecht vormt, wordt ze daar meestal als zodanig verdrongen door de collectieve arbeidsovereenkomst, wanneer deze gunstiger is voor de werknemers. Daarnaast is in een aantal landen is ook nog een tweede uitzondering ontstaan: in sommige gevallen gaat de collectieve arbeidsovereenkomst ook boven de wet, wanneer zij ongunstiger is dan de wet. In Nederland spreekt men dan van driekwartdwingend recht.

In Duitsland, waar deze uitzonderingscategorie werd uitgevonden, spreekt men van *tarifdispositives Gesetzesrecht.* Men komt dat soort clausules daar op zeer beperkte schaal tegen. Goede voorbeelden zijn de lengte van de opzegtermijnen (§ 622 IV BGB), het vakantierecht (§ 13 I BUrlG), de regels over deeltijdarbeid, work-sharing, etc. (§ 6 BeschFG) en loondoorbetalingsregels (§4 IV EFZG). Hoewel in Duitsland zeer kleinschalig gebruik wordt gemaakt van deze wetstechniek, heeft die toch ook in dit land al aanleiding gegeven tot menige (principieel) kritische beschouwing.[13]

In Frankrijk zijn dit soort bepalingen zeer schuchter ontstaan in 1967 in de sfeer van de arbeidstijden. Sinds de jaren tachtig is er een forse toename gekomen op dat deelterrein alsook op het gebied van de 'participation': de Franse wettelijke regeling van de winstdeling. Niettemin gingen vele Franse geleerden en ook de vakbeweging er traditioneel van uit, dat het gunstigheidsbeginsel in het arbeidsrecht een absoluut karakter had – ze noemden dat de 'ordre public social' – en dat dus een voor de werknemers gunstiger wet altijd voorrang moest hebben op een ongunstiger cao. Dit soort bepalingen zou kortom helemaal niet kunnen bestaan. De kwestie werd voorgelegd aan de 'Conseil Constitutionnel', die in 2004 bepaalde dat het gunstigheidsbeginsel in het arbeidsrecht geen absoluut karakter heeft en dat het de wetgever vrij staat om de sociale partners te machtigen op een voor de werknemers minder gunstige wijze af te wijken van

13 Vgl. D. Ulber – *Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2010.

de wet.[14] Sinds die tijd is het aantal driekwartdwingende bepalingen in het Franse arbeidsrecht alleen maar toegenomen. In de literatuur vat men deze bepalingen samen onder de naam 'ordre public dérogatoire'.[15]

In Italië is de omvang van het driekwartdwingend recht in één klap enorm uitgebreid door een wet van 2011.[16] Deze wet heeft bepaald dat op diverse terreinen van het arbeidsrecht – waaronder niet de minste, namelijk de lonen, werktijden, atypische arbeidsrelaties en het ontslagrecht – door ondernemingsakkoorden in peius mag worden afgeweken van met name genoemde bepalingen in Italiaanse arbeidsrechtwetgeving. Dergelijke van de wet afwijkende ondernemingsakkoorden moeten wel getekend worden door de meest representatieve vakbonden, maar niet noodzakelijk door alle representatieve vakbonden. Inmiddels hebben de drie grootste vakbondskoepels (CGIL, CISL en UIL) besloten dat de bij hen aangesloten vakbonden dergelijke akkoorden niet zullen afsluiten, maar onzeker is hoe lang zal dat voornemen in stand zal blijven.

Ook in Hongarije is de Arbeidswet in 2010 zodanig veranderd, dat in een aantal gevallen bij cao in voor de werknemers ongunstige zin afgeweken mag worden van de wettelijke bepalingen.[17]

Het driekwartdwingende recht is inmiddels zelfs op het niveau van de Europese Unie doorgedrongen. Over het algemeen staat de Europese vakbeweging er sceptisch tegenover, omdat ze beseft dat op vele plaatsen de onderhandelingsmacht van de vakbonden te wensen overlaat. Toch moet zij af en toe clausules slikken die de Europese wettelijke regeling driekwartdwingend maken. Men vergelijke artikel 5 lid 3 van de EU Uitzendrichtlijn. Een heel bijzonder voorbeeld vindt men ook in de EU-richtlijn met betrekking tot de Europese Ondernemingsraden. Deze richtlijn geeft maar weinig absoluut dwingende normen met betrekking tot de Europese ondernemingsraden en laat veel over aan een regeling die tot stand kan worden gebracht tussen een bijzondere onderhandelingsgroep en de

14 Conseil Constitutionnel, Décision No. 2004-494 DC van 29 april 2004; zie ook F. Bocquillon, *Loi susceptible de dérogation et loi suppletive: les enjeux de la distinction en droit de travail*, Dalloz 2005, p. 803.

15 Zie Cour de Cassation, Bulletin d'information, Communication. Retour sur l'ordre public en droit du travail et son application par la Cour de Cassation, 15 april 2011, p. 6.

16 Wet No. 148 van 14 September 2011; Sanz, Sofia (2012), *Unions slam new law allowing opt-outs on labour rules*; Euronline: http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2011/10/articles/it111009i.htm.

17 Herziening van het Wetboek van Arbeid van 26 oktober 2010.

ondernemer. Maar kunnen die het niet eens worden, dan geldt een hele reeks van concrete regels die in de bijlage van de Richtlijn zijn neergelegd. De bijzondere onderhandelingsgroep pleegt in Nederland vooral te bestaan uit vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingsraden, zodat wij dit fenomeen rangschikken onder de noemer van 5/8-dwingend recht.

Dit overzicht van de ontwikkelingen met betrekking tot het driekwartdwingend recht is zeker niet uitputtend. Niettemin staat vast dat het driekwartdwingend recht in een aantal landen in Europa bezig is aan een opmars, nu eens geleidelijk, dan weer met grote stappen. Maar die opmars gaat nergens van een leien dakje. Wat dat betreft was de mislukte poging van toenmalig minister De Geus om de WOR gedeeltelijk driekwartdwingend te maken,[18] in Europees verband niet uitzonderlijk en zal ook het voornemen van het huidige kabinet om dit op onderdelen te doen met het ontslagrecht, binnen Europa niet als exceptioneel worden beschouwd.

4.4 Het Sociaal Akkoord 2013: een algemeen overzicht

We keren terug naar het in Nederland gesloten Sociaal Akkoord. Al eerder werd vastgesteld dat werkgevers- en werknemersorganisaties er over en weer belang bij hadden de maatregelen die het Kabinet Rutte II voorstelde, in hun richting om te buigen. Een polder-akkoord was daarvoor noodzakelijk. In het regeerakkoord van het Kabinet-Rutte II[19] was onder meer afgesproken:

- de preventieve toets voor ontslag om te zetten in een (verplicht) advies van UWV;
- de parallelle route via de kantonrechter te laten vervallen en de kantonrechter alleen nog bevoegd te laten zijn in situaties van een ontslagverbod of een tussentijdse ontbinding van een contract voor bepaalde tijd;
- de WW-duur te beperken tot maximaal 24 maanden, waarvan de eerste 12 maanden gerelateerd zouden zijn aan het laatste verdiende loon, en de volgende twaalf maanden aan het minimumloon;
- voor 'grotere' werkgevers een quotumverplichting in te voeren wat betreft het in dienst hebben van arbeidsgehandicapten.

18 *Kamerstukken II 2004/2005*, 29818.
19 *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 33-35.

Het Sociaal Akkoord 2013 regelt daarentegen het volgende:

- de preventieve toets blijft gehandhaafd;
- de parallelle route blijft bestaan, maar er komt een taakafbakening tussen het UWV en de kantonrechter (zie inmiddels de artikelen 7:669 e.v. BW in het wetsvoorstel). UWV behandelt economische ontslagen en ontslagen van werknemers wier ziekte twee jaar heeft geduurd; de kantonrechter gaat over ontslagen op andere gronden, die overigens limitatief omschreven zijn (de artikelen 7:669, 671a en 671 b (nieuw) BW);[20]
- de duur van de WW-uitkering wordt gemaximeerd tot 24 maanden, maar deze blijft loongerelateerd (zie inmiddels artikel 42 e.v. WW in het wetsvoorstel);[21]
- de quotumverplichting voor arbeidsgehandicapten voor grotere werkgevers wordt vastgesteld op 5% en uitgesteld tot 2017.[22]

Daar bleef het echter niet bij. Sociale partners hebben een nieuwe balans willen realiseren in de verhouding tussen vaste en flex-verhoudingen en hebben 'doorgeschoten' flex-verhoudingen willen bestrijden.[23] Zo worden de mogelijkheden voor het aangaan van contracten voor bepaalde tijd beperkt. Ook wordt de mogelijkheid om bij cao de loondoorbetalingsplicht in de situatie waarin er geen arbeid wordt verricht uit te sluiten en de maximale duur van het uitzendbeding beperkt. De hoop is dat werkgevers daardoor eerder arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zullen aanbieden. In combinatie met het verminderde risico – een lagere vergoeding bij ontslag – zouden werkgevers geprikkeld worden eerder mensen in vaste dienst te nemen.

Het Sociaal Akkoord is door het kabinet integraal overgenomen en omgezet in een wetsvoorstel.[24] Als het wetsvoorstel wordt aangenomen zal dat resulteren in een veelheid van aanpassingen in

20 De aanpassing van het ontslagrecht wordt uitgesteld tot 1 juli 2015.

21 De maximering van de WW-duur tot twee jaar zal pas vanaf 1 januari 2016 haar beslag krijgen. Voorts hebben sociale partners op centraal niveau afgesproken dat op cao-niveau zal worden onderzocht of daar een langere duur met een jaar van de WW kan worden gerealiseerd.

22 Zie het wetsvoorstel inzake de Participatiewet in *Kamerstukken II* 2011/2012, 33161, nrs. 1-3.

23 Zie Sociaal Akkoord, p. 5.

24 A.w. (noot 3). Zie voor de reactie van de Staatssecretaris op het Sociaal Akkoord: *Kamerstukken II* 2012/2013, 33566, nr. 15.

het sociaal recht.[25] Voor het eerst sinds 1945 wordt zelfs het ontslagrecht echt geherstructureerd.

4.5 Driekwartdwingend ontslagrecht in het wetsvoorstel nader bezien

In deze paragraaf geven we eerst een globale schets van het ontslagrechtelijke deel van het wetsvoorstel, waarna wij vervolgens zullen ingaan op de daarin opgenomen driekwartdwingende bepalingen.[26]

4.5.1 Ontslagrecht algemeen

De ontslagregels uit het BW en het BBA worden in het wetsvoorstel geïntegreerd in het BW. Het systeem van voorafgaande toestemming van het UWV c.q. ontbinding door de rechter blijft gehandhaafd. De wetgever onderscheidt twee groepen van ontslaggronden: (1) ontslagen wegens economische reden en langdurige ziekte, waarvan het UWV bevoegd blijft kennis te nemen, (2) ontslagen op andere gronden, waarvoor de werkgever zich tot de kantonrechter dient te wenden.[27]

Op grond van artikel 7:669 lid 4 (nieuw) BW zal een AMvB o.a. de volgorde van ontslag regelen. Die ontslagvolgorde wordt driekwartdwingend.[28] Afwijking is mogelijk, mits sprake is van een bij cao ingestelde commissie die 'van de werkgever onafhankelijk en onpartijdig' is. Artikel 671a lid 2 (nieuw) BW bepaalt dat de cao alsdan regels moet bevatten omtrent hoor en wederhoor, de vertrouwelijkheid van de behandeling en termijnen van behandeling en beslissing. Aan deze commissie wordt elders in deze bundel nog uitgebreid aandacht besteed (zie hoofdstuk 5). Wij zullen ons in dit onderdeel beperken tot enkele aspecten die voor het driekwartdwingend recht essentieel zijn.

Ingevolge artikel 7:671a lid 2 (nieuw) BW kan bij cao worden overeengekomen dat de toestemming voor de opzegging wegens een

25 Zie voor een globaal overzicht van het gehele akkoord A.T.J.M. Jacobs, *TRA* 2013, 10/80; zie over het wetsvoorstel inmiddels met name de special *TAP* 2014/1en van *TRA* 2014/3.

26 Zie voor een overzicht van het driekwartdwingend recht in het wetsontwerp ook R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014, nr. 1, p. 72-77.

27 Zie de artikelen 7:669, 671a en 671b (nieuw) BW.

28 Artikel 7:669 lid 5 (nieuw) BW.

economische reden kan worden verzocht aan de vermelde cao-commissie, in plaats van aan het UWV. Voor de goede orde zij vermeld dat die commissie niet bevoegd is de toestemming te geven in verband met langdurige arbeidsongeschiktheid. Bij cao kan evenmin de ontbinding door de rechter worden opgedragen aan de commissie, tenzij (net zoals dat naar huidig recht het geval is) is overeengekomen dat deze commissie fungeert als een bindend adviescommissie of arbitragecommissie, die mede met ontbindingszaken en de beslechting overige arbeidsrechtelijke geschillen is belast.

De werkgever kan 'hoger beroep' instellen van de weigering van ontslagvergunning door het UWV (artikel 7:671b onder 1 sub b (nieuw) BW) door alsnog een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen. Evenzeer kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging na toestemming van het UWV vernietigen (artikel 7:681 lid 1 (nieuw) BW). Ingevolge artikel 7:683 (nieuw) BW is naast dit 'hoger beroep' ook cassatie mogelijk.

De werkgever is in beginsel bij ieder ontslag een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst (ook arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) tenminste twee jaar heeft geduurd (artikel 7:673 lid 1 (nieuw) BW). De vergoeding beloopt de eerste 120 maanden 1/6 maandloon voor iedere zes maanden per jaar die de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en daarna een kwart maandsalaris per dienstjaar. Een en ander tot een maximum €75.000,- of een bedrag gelijk aan het loon over twaalf maanden als dat laatste hoger is (artikel 7: 673 lid 2 (nieuw) BW). Voor 50-plussers van wie de arbeidsovereenkomst ten minste 120 maanden heeft geduurd, geldt een transitievergoeding van een half maandsalaris per dienstjaar. Beide bepalingen zijn van driekwartdwingend recht. In het wetsvoorstel (artikel 7:673b onder 1 (nieuw) BW) staat daarover, dat de betrokken artikelen niet van toepassing zijn indien in een cao:

> '*een gelijkwaardige voorziening is opgenomen, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid.*'

De kantonrechter kan naast de transitievergoeding ook nog een betaling van een billijkheidsvergoeding aan de werkgever opleggen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (artikel 7:682 lid 1 onder c (nieuw) BW).

4.5.2 Draagvlak en representativiteit

Door de introductie van de hiervoor geschetste mogelijkheden om op onderdelen (de ontslagtoets, het afspiegelingsbeginsel en de transitievergoeding bij ontslag) bij cao van het naar huidig recht dwingendrechtelijke ontslagstelsel af te wijken, wordt aan sociale partners een fundamenteel andere – en verstrekkender – rol in het ontslagrecht toebedeeld. Het wetsvoorstel sluit op deze onderdelen naadloos aan op de afspraken die ter zake tussen sociale partners in het Sociaal Akkoord zijn gemaakt. Geconstateerd kan worden dat de sociale partners wat dat betreft voor zichzelf een uitstekend resultaat hebben bereikt. Zij hebben zichzelf immers een centrale rol weten toe te delen in een fundamenteel onderdeel van ons arbeidsrecht. Bij die centrale rol kunnen echter vanuit juridisch perspectief wel de nodige kanttekeningen worden geplaatst.

Een eerste kanttekening daarbij betreft de volstrekte afwezigheid (zowel in het Sociaal Akkoord als ook in de memorie van toelichting op de concept wettekst) van een inhoudelijke onderbouwing van de keuze om sociale partners bij cao de mogelijkheid van een dergelijke rol te geven. Nergens wordt een inhoudelijke toelichting verstrekt waarom het nodig, nuttig of wenselijk wordt gevonden om een fundamenteel onderdeel van ons arbeidsrecht, tot op heden ondergebracht bij derden (de kantonrechter of de overheid in de vorm van het UWV), in eerste aanleg bij cao 'uit handen' te geven aan partijen die doorgaans aanzienlijk dichter op de partijen staan (met – het zij vermeld – wel een mogelijkheid voor hoger beroep bij de onafhankelijke rechter). Een inhoudelijke motivering van deze keuze had ons inziens van in elk geval de wetgever mogen worden gevergd. Bij een dergelijke motivering had wat ons betreft in elk geval ook aandacht moeten worden besteed aan de discussie over het draagvlak van cao's en de vraag naar (het belang van) de representativiteit van de bij de cao betrokken vakbonden.

De wetgever lijkt zich van dit aandachtspunt wel enigermate bewust te zijn geweest, gelet op het feit dat bij de introductie van de afwijkmogelijkheden bij cao met betrekking tot de UWV-route, het afspiegelingsbeginsel en de transitievergoeding expliciet is bepaald dat de betreffende cao moet zijn afgesloten met (een) werknemersvereniging(en) die:

> '(...) *in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder hun leden tellen, die krachtens hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen, die als*

zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en tenminste twee jaar in het bezit van volledige rechtsbevoegdheid'[29]

Met deze uit artikel 3 lid 4 van de Wet melding collectief ontslag bekende bepaling (hierna aangeduid als: 'de nadere representativiteitseis') wordt bereikt dat de betrokken vakvereniging in elk geval enige vorm van binding heeft met de onderneming of bedrijfstak. Daarmee wordt niet bereikt dat een werknemersvereniging daadwerkelijk 'representatief' is, nu bijvoorbeeld aan het aantal leden geen minimum is gesteld, noch overigens is voorzien in draagvlak onder de werknemers van de onderneming/de bedrijfstak van de werkgever. Dat is een gemiste kans, zeker nu met name voor de vergroting van het draagvlak van cao's in de literatuur herhaaldelijke pleidooien zijn gedaan – onder andere in het boek 'De toekomst van het cao-recht'[30] – (ook) een uitgave van de Vereniging voor Arbeidsrecht. In de literatuur zijn (onder verwijzing naar de systemen in de ons omringende landen) diverse suggesties gedaan om de representativiteit (en daarmee de legitimering van het cao-stelsel) te vergroten (bijvoorbeeld door middel van referenda).[31] Wij wijzen in dit verband ook op het recente advies van de Sociaal Economische Raad met betrekking tot de verbreding van het draagvlak van cao-afspraken[32] en de diverse adviezen van de Stichting van de Arbeid met betrekking tot het cao- en

29 Vergelijk in dit verband de vereisten die in artikel 4 lid 4 van de Wet Melding Collectief Ontslag aan de representativiteit van vakverenigingen wordt gesteld. In de Wet op de CAO worden voor het sluiten van een rechtsgeldige cao geen vereisten gesteld aan de representativiteit. In de Aanbevelingen bij de Kantonrechtersformule van de Kring van Kantonrechters d.d. 1 januari 2009 wordt (bij Aanbeveling 3.7) voor de beoordeling van de representativiteit als uitgangspunt genomen dat (kort gezegd) een vakvereniging als representatief wordt beschouwd, wanneer die bijna 25% van het personeel vertegenwoordigt, dan wel, in het geval van meerdere vakverenigingen, tezamen meer dan 20%. In de Aanbevelingen wordt geen eis gesteld terzake van de duur van het bezit van rechtsbevoegdheid van een vakvereniging.

30 Een uitgave van de Vereniging voor Arbeidsrecht (nr. 39).

31 *'De toekomst van het cao-recht'*, onder redactie van A.P.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, Kluwer, Deventer, 2011, p. 225 e.v. Zie voorts ook: A.P.C.M. Jaspers, 'Toegang tot het cao-overleg', *TAP* 2010/2, en A.P.C.M. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008/1, p. 4. Zie recent ook F. Grapperhaus, *'Terug de polder in. Pleidooi voor een werkende arbeidsmarkt'*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013, p. 222 e.v.

32 *Verbreding draagvlak cao-afspraken*, SER-advies 13/03.

avv-instrument.[33] Het is jammer dat geen van die suggesties in het wetsvoorstel is verwerkt, noch overigens in de toelichting naar de initiatieven op dit punt is verwezen. Dat klemt eens te meer gezien de gevolgen die deze wijzigingen voor een werknemer kunnen hebben. Het gaat immers om zijn broodwinning en de financiële compensatie voor het verlies daarvan. Alleen al daarom zou een meer uitgewerkt voorstel met de betrekking tot de representativiteit van de betrokken vakbonden c.q. het draagvlak van dergelijke bij cao te maken afspraken gerechtvaardigd zijn geweest.[34]

Door de eis dat een vakbond tenminste twee jaar in het bezit is van volledige rechtsbevoegdheid wordt in elk geval voorkomen dat, al dan niet op instigatie of met behulp van de betrokken werkgever, haastig opgerichte 'yellow unions' bij cao van de wet afwijkende afspraken kunnen worden gemaakt. De vraag blijft echter of deze eis die aan de cao-sluitende werkgeverspartij worden gesteld, afdoende is om daadwerkelijke onafhankelijkheid van de werkgever te garanderen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat dergelijke vakbonden reeds nu – vooruitlopend op het inwerkingtreden van de wet – worden opgericht.

Verder blijft de vraag of met de introductie van dit criterium wordt voorkomen dat een onderneming een willekeurige cao, die niets met zijn onderneming van doen heeft, op zijn arbeidsovereenkomsten van toepassing verklaart en daarmee gebruik kan maken van de mogelijkheid af te wijken van driekwartdwingend recht (de TPG/Bollemeijer-discussie[35]). Het enkele criterium van het moeten hebben van (een onbepaald aantal) leden onder de in de onderneming werkzame personen sluit dat immers niet uit. Ook de mogelijkheid van 'cherry picking' – wat in de thans heersende leer overigens niet toelaatbaar wordt geacht[36] – door de werkgever (door partiële incorporatie van

33 Bijvoorbeeld Stichting van de Arbeid (2012), *Dispensatie in de cao, een transparante procedure*; zie ook Stichting van de Arbeid (2011), *De invloed van het instrument avv op de bevordering van de arbeidsparticipatie van kwetsbare groepen*.

34 In dezelfde zin: R.M. Beltzer, a.w. (noot 26).

35 HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 en *NJ* 2003, 153, m.nt. T. Koopmans. Zie over dit arrest o.a. W.H.A.C.M. Bouwens, 'Driekwartdwingend recht en de niet-rechtstreeks toepasselijke cao', *ArA* 2003/2, p. 62-81; G.C. Boot, Afwijking van driekwart-dwingende bepalingen in een individuele arbeidsovereenkomst? *ArbeidsRecht* 2003/24; J.M. van Slooten, 'De binding van de ongebonden werknemer aan driekwart dwingend recht', *SR* 2003, p. 61; R.A.A. Duk, Art. 14 Wet cao, incorporatie en driekwart dwingend recht, *TAP* 2010/4, p. 162-166.

36 Zie met name de bijdrage van Duk, vermeld in de vorige voetnoot.

de cao, te weten het onderdeel waarin gebruik wordt gemaakt van de afwijkmogelijkheid met betrekking tot de UWV-route en de transitievergoeding) wordt niet geadresseerd. Wij zouden ons (met de A-G in de Bollemeijer zaak) kunnen voorstellen dat in het wetsvoorstel op dit punt wordt opgenomen dat de werkgever bij het incorporeren van de afwijkmogelijkheid met betrekking tot de UWV-route en de transitievergoeding de werknemer schriftelijk uitdrukkelijk wijst op deze van de wet afwijkende bepaling in de betreffende cao en dat de werknemer door middel van een uitdrukkelijke wilsverklaring een dergelijke afwijking schriftelijk moet aanvaarden.[37] Of dat in de praktijk een afdoende oplossing biedt, is overigens de vraag.

Aldus blijft als belangrijke vraag bestaan of en zo ja waarom in een tijdsgewricht waarin sprake is van een voortdurend afnemende organisatiegraad, aanleiding is om sociale partners op een fundamenteel onderdeel van ons ontslagrecht de mogelijkheden te bieden waarin het concept wetsvoorstel voorziet. Wij merken op dat in elk geval opvallend is dat tegenover deze grotere rol van sociale partners in het ontslagrecht, in het wetsvoorstel met betrekking tot het flexrecht de mogelijkheden om bij cao af te wijken juist worden beperkt. Ook die tegenstelling wordt door de wetgever opvallend genoeg nergens toegelicht.

4.5.3 Binding aan de cao

Een volgende kanttekening betreft de binding aan de cao. Wij spraken hiervoor (zie par. 4.5.2) over de afkalvende organisatiegraad. Hoewel de cijfers verschillen, kan worden aangenomen dat – gemiddeld genomen – niet meer dan 20% van de werknemers in Nederland lid is van een vakbond. Daarbij verschilt de organisatiegraad binnen de verschillende bedrijfstakken aanzienlijk: in sommige bedrijfstakken (zoals bijvoorbeeld van oudsher de metaalsector) is sprake van een relatief grote organisatiegraad, terwijl in andere bedrijfstakken, zoals de ICT-branche, de organisatiegraad bijna nihil is. Bovendien neemt de organisatiegraad af, ook in bedrijfstakken die van oudsher sterk georganiseerd waren. Tegelijkertijd is meer dan 80% van de werknemers aan een cao gebonden.[38] Bij deze niet-leden

37 Zie ook de bijdrage van R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', in '*De toekomst van het cao-recht*', a.w. (noot 30).

38 Zie onder andere F. Grapperhaus, a.w. (noot 30), p. 71. Zie voorts J.M. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/76.

ontstaat binding door incorporatie en – in minder mate- door algemeen verbindend verklaring van de cao.[39]

Voor de werkgever is doorgaans niet kenbaar of zijn werknemer lid is van de vakbond waarmee hij een cao heeft gesloten waarin is afgeweken van de driekwartdwingende bepalingen inzake het ontslagrecht. Dat kan in de praktijk lastig blijken. Stel: een werkgever is door lidmaatschap gebonden aan een cao waarin is voorzien in de 'commissie-route' in plaats van de UWV-route. De cao is niet algemeen verbindend verklaard en ook niet in de arbeidsovereenkomsten geïncorporeerd. Wanneer deze werkgever een collectief ontslag wil doorvoeren, zal in de praktijk vaak onduidelijk zijn voor welke werknemers hij naar de commissie kan, en voor welke werknemers hij naar het UWV moet. En hoe moet in dit verband de verplichting van artikel 14 Wet CAO worden geduid? Moet – en mag – de werkgever aan zijn ongebonden werknemer aanbieden dat hij de commissie-route volgt? Hebben deze partijen ter zake eigenlijk een keuze? In de memorie van toelichting[40] geeft de wetgever er blijk van wel te beseffen, dat op niet-gebonden werknemers de cao-procedure niet van toepassing is. Maar hij lijkt de consequenties ervan, bijvoorbeeld bij een collectief ontslag, niet te doordenken.

Bij Nota van Wijziging is de term 'toepasselijke cao' in artikel 671a lid 2 (nieuw) BW) vervangen door de term 'bij cao'. In de Nota naar aanleiding van het Verslag[41] licht de wetgever deze wijziging toe door aan te geven dat het feit dat de werkgever gebonden is aan de cao waarmee een sectorale commissie is ingesteld, bepalend is voor de te volgen rechtsgang. Immers, zo stelt de nota:

> *'Het is immers de werkgever die om toestemming moet vragen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van een arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische reden. Het enkele feit dat de werknemer niet direct, door lidmaatschap of door algemeen verbindendverklaring, gebonden is aan de cao doet daar niet aan af.'*

Daarmee is volgens de wetgever de kous af: als de werkgever aan de cao gebonden is, is daarmee de bevoegdheid van de commissie volgens de wetgever gegeven. Dat lijkt ons op zijn minst aanvecht-

39 Vgl. ook de cijfermatige gegevens in de bijdrage van J. Helmer elders in deze bundel.

40 Zie p. 29.

41 Zie p. 122.

baar: er zal toch een wettelijke (avv) of contractuele (lidmaatschap of incorporatie) basis moeten zijn op grond waarvan de werknemer aan een dergelijk beding gebonden is.

Ook in situaties waarin de cao van toepassing is op grond van een incorporatiebeding kunnen onduidelijkheden ontstaan over de binding. Het kan heel wel zijn dat de werknemer het niet wenselijk vindt wanneer de cao van toepassing zou worden geacht (bijvoorbeeld omdat hij geen vertrouwen heeft in de daarin opgenomen 'commissie-route', of omdat in de cao in zijn nadeel is afgeweken van de wettelijke transitievergoeding). Hij zal er dan belang bij hebben om – bijvoorbeeld op grond van de Haviltex-leer – te betogen dat hij de toepasselijkheid van de betreffende cao niet gewild, noch bedoeld heeft. Of hij daarin zal slagen zal afhangen van de tekst van het incorporatiebeding. De praktijk leert dat dergelijke incorporatiebedingen niet altijd even zorgvuldig geredigeerd zijn. Het valt te verwachten dat dergelijke 'uitlegkwesties' vaker dan nu het geval is tot procedures zullen leiden.[42]

Ook het feit dat bij cao kan worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel kan ertoe leiden dat discussie (en vervolgens een procedure!) ontstaat over de binding van individuele werknemers. Wanneer een werknemer niet gebonden is of blijkt aan een cao waarin van het afspiegelingsbeginsel is afgeweken, zal dat betekenen dat (mogelijk zelfs achteraf gezien) het op hem toegepaste selectiecriterium niet rechtsgeldig is toegepast. Niet alleen betekent dat in zijn geval dat de opzegging op onjuiste gronden is gedaan, maar het heeft ook gevolgen voor de andere werknemers. Immers, de ontslagvolgorde is als een soort dominospel: valt de een om, dan volgt de ander. De collega's die als volgende aan de beurt zijn kunnen betogen, dat zij niet de dupe mogen worden van de – naar achteraf blijkt - ongebondenheid van hun collega. Van Slooten heeft in dit verband opgemerkt[43] dat dit probleem mogelijk aanleiding zou moeten zijn om afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao alleen mogelijk te maken voor zover die algemeen verbindend verklaard is. Daarvoor heeft de wetgever blijkens het wetsvoorstel echter niet gekozen. Afwijking van het afspiegelingsbeginsel is mogelijk gemaakt voor zowel ondernemings-cao's, die nu eenmaal niet algemeen verbindend kunnen worden verklaard, en voor bedrijfstak-cao's, zonder dat ter zake is vereist dat die algemeen verbindend verklaard zijn. Dergelijke bindingskwesties zullen vooral

42 Vgl. ook R.M. Beltzer, a.w. (noot 26).

43 J.M. van Slooten, a.w. (noot 37). Zie in dit verband ook J. Heinsius, 'Een nieuw artikel 6 BBA: enkele vragen', *SR* 2006/1, p. 5 e.v.

in situaties van reorganisaties de uitvoering daarvan mogelijk complex maken.

Het onderwerp van de algemeen verbindend verklaring brengt ons op de volgende kanttekening, namelijk die van de geldingsduur.

4.5.4 Nawerking en terugwerking

Cao's kunnen op grond van de wet voor maximaal vijf jaar worden gesloten (zie artikel 18 Wet CAO). In de memorie van toelichting adviseert de wetgever cao-partijen de ontslag-cao's voor die maximale periode aan te gaan. Algemeen verbindend verklaring van dit type cao-bepalingen is echter slechts voor maximaal twee jaar mogelijk. Alleen fondsbepalingen kunnen voor 5 jaar algemeen verbindend verklaard worden (artikel 2 lid 2 Wet AVV). De wetgever stelt zich voor de Wet AVV op dit punt aan te passen, zodat ook ontslag-cao's daaronder kunnen vallen.[44]

Vaak echter komen nieuwe cao's pas tot stand wanneer de voorgaande al lang is afgelopen. In de nieuwe cao kan worden voorzien in terugwerkende kracht daarvan.[45] In de literatuur is gediscussieerd over de vraag of dat ook betekent dat de terugwerkende kracht van invloed kan zijn op zaken 'die geen keer meer kunnen nemen'.[46] Stel bijvoorbeeld dat in een cao is afgeweken van de transitievergoeding. Er wordt in de periodes tussen twee cao's in een ontslag doorgevoerd. Vervolgens wordt de nieuwe cao gesloten en wordt daaraan terugwerkende kracht verleend. Op welke transitievergoeding kan de werknemer dan aanspraak maken: de wettelijke of de cao-vergoeding? Helemaal ingewikkeld wordt het wanneer is afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. Wat geldt dan en ten aanzien van wie? In deze situaties wordt helaas in de concept wettekst niet voorzien, terwijl hier in de praktijk naar onze verwachting grote onduidelijkheden zullen ontstaan.[47]

Vergelijkbare problemen zien wij overigens bij algemeen verbindend verklaringen. Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen wordt door de rechtspraak – behoudens een enkele uitzondering – niet aanvaard.[48] Wij stellen ons echter bijvoorbeeld

44 MvT, p. 29.

45 Hoge Raad 27 maart 1998, LJN ZC2614, NJ 1998/709 (*FNV/Kuijpers*), m.nt. T. Koopmans.

46 Zie bijvoorbeeld W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 57; zie ook de conclusie van de A-G bij het arrest *FNV/Kuijpers*.

47 Zie in dit verband ook E. Verhulp, 'De terugwerkende kracht van bepalingen van de CAO en art. 4 WLV: enige beschouwingen naar aanleiding van een website'

de situatie voor waarin een werkgever, een grote reorganisatie doorvoert, die begint in een avv-loze periode, maar waarin tijdens de looptijd van de reorganisatie een algemeen verbindend verklaring komt waaraan de werkgever gebonden wordt. Wat gebeurt er – bijvoorbeeld – wanneer de algemeen verbindend verklaarde cao voorziet in een afwijkend afspiegelingsbeginsel? Wanneer bij de selectie van de werknemer de cao nog niet algemeen verbindend was verklaard, maar bij de opzegging wel, kan dan de opzegging nog worden gedaan met een beroep op het 'oude' afspiegelingsbeginsel? Of moet de werkgever dan de hele selectie opnieuw doen? Wij hebben het antwoord niet, maar wel veel vragen, waarmee wij vrezen dat de (rechts)praktijk nog het nodige te stellen zal krijgen.

4.5.5 Nog een enkele technische opmerking

Ten slotte nog een enkele cao-technische opmerking over het driekwartdwingende karakter van de bepalingen rond de transitievergoeding. Het wetsvoorstel heeft als redactie dat de betreffende bepalingen inzake de transitievergoeding 'niet van toepassing zijn als een gelijkwaardige voorziening is opgenomen, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid'(artikel 7:673b, lid 1 (nieuw BW). In de toelichting wordt over het begrip 'gelijkwaardige voorziening' opgemerkt dat het daarbij gaat om 'een voorziening in geld of in natura waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding'. In het betreffende artikel (7:673 lid 6 (nieuw) BW) is sprake van een te nemen AMvB ter zake. In de memorie van toelichting worden als voorbeeld gegeven de kosten van scholing of outplacement, alsook een langere dan noodzakelijke opzegtermijn, maar ook andere kosten die 'verband houden met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid'.[49]

In het geval cao-partijen ter zake afspraken maken die precies en gemakkelijk passen in de toelichting en/of het tot stand te komen

in: A.T.J.M. Jacobs en F. Pennings e.a. (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Liber Amicorum voor prof. mr. Wil Fase, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007. Zie voorts R.M. Beltzer en E. Verhulp, *Capita selecta cao-recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

48 Zie in dit verband de bijdrage van R.M. Beltzer en R. de Bock, 'Nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in de 21e eeuw: iets, niets, of geheel?' in *De toekomst van het cao-recht*, a.w. (noot 30), p. 127 en de aldaar genoemde jurisprudentie en literatuur.

49 MvT, p. 78.

AMvB, leidt het niet van toepassing zijn van de algemene regel niet tot problemen. Cao-partijen zullen echter maatwerk-afspraken willen maken, die de vraag kunnen oproepen of er wel sprake is van een 'gelijkwaardige voorziening'. Is daarvoor bijvoorbeeld voldoende een algemeen gestelde afspraak dat de werkgever voorziet in scholing die gericht is op verbreding van de employability van de werknemer, zonder dat in geldbedragen is voorzien? Bindt die cao-afspraak de betrokken werknemers? Kan de rechter die cao-afspraak buiten toepassing laten als hij van oordeel is dat de afspraak niet (voldoende) aan het bepaalde in artikel 7:773b lid 1 (nieuw) BW voldoet?

Deze vraag is binnen het kader van het driekwartdwingend karakter van bepalingen nog niet aan de orde geweest. Dat kon ook niet, omdat tot op heden driekwartdwingend recht de uitbreiding van de werking van een wetsbepaling in duur of aantal toestond en nooit een inhoudelijk criterium bevatte. Wij denken dat de rechter niet al te gemakkelijk tot niet-verbindendheid van zo'n cao-bepaling zal besluiten. Als richtsnoer zal de rechter de leer nemen die mede ten grondslag ligt aan het arrest Parallel Entry/KLM,[50] namelijk dat hij terughoudendheid in acht neemt bij het niet-verbindend achten van een cao-afspraak. Dat brengt het beginsel van rechtszekerheid mee waar het een cao betreft. Niettemin zouden wij ons kunnen voorstellen dat hij in extreme casusposities, waarin cao-partijen 'een loopje genomen' lijken te hebben met het uitgangspunt van het verstrekken van een transitievergoeding, de cao-afspraak buiten toepassing kunnen laten.[51]

Voorts zal de Minister bij een verzoek tot algemeen verbindendverklaring van een dergelijke cao-afspraak zich de vraag moeten stellen of de betreffende cao-afspraak niet in strijd is met het recht (zie par 5.1 van het Toetsingskader AVV[52]). Is zulks naar zijn oordeel het geval, dan zal de betreffende cao-afspraak gerenvoyeerd moeten worden.

50 HR 30 januari 2004, *JAR* 2006/191.

51 Vgl. eerder het buiten toepassing laten van de Horeca-CAO in Vzr. Rb. Hilversum, 1 februari 2006, *JAR* 2006/57 en Ktr. Utrecht, 27 juli 2006, *JAR* 2007/81.

52 *Stcrt.* 1998, 240, zoals laatstelijk gewijzigd bij besluit van 24 augustus 2010, *Stcrt.* 2010, 13589.

4.5.6 Samenvattend

Uit het voorgaande blijkt dat inhoudelijke criteria in bepalingen van driekwartdwingend recht nieuwe rechtsvragen met zich meebrengen, die de wetgever in de memorie van toelichting niet afdoende beantwoordt.

Verder constateren wij dat de fundamentele keuze om sociale partners de mogelijkheid te geven hun eigen ontslagrecht overeen te komen, niet inhoudelijk door de wetgever is onderbouwd. Wij kunnen dus ook niet goed vaststellen of deze keuze – en de consequenties daarvan – in alle gevallen even goed is doordacht. Wij verwachten voorts dat voor de praktijk diverse onduidelijkheden zullen ontstaan op allerlei onderdelen van het nieuwe ontslagrecht. Het zal er daarmee, in elk geval in de eerste jaren na invoering daarvan - zo vrezen wij - voor werkgevers en werknemers in eerste instantie niet makkelijker of eenvoudiger op worden. Al langer spelende cao-rechtelijke onduidelijkheden zullen mogelijk – door de verbinding die wordt aangegaan met het ontslagrecht - in elk geval in de eerste periode na inwerkingtreding een aanzienlijke mate van rechtsonzekerheid kunnen veroorzaken.

4.6 Overige driekwartdwingende bepalingen en voorgenomen wijzigingen

Naast de maatregelen op het gebied van het ontslagrecht zijn in het wetsvoorstel enkele wijzigingen opgenomen ten aanzien van een aantal driekwartdwingende bepalingen uit de Flexwet.

Daarbij valt in algemene zin op dat, met betrekking tot de hierna te behandelen bepalingen niet de 'nadere representativiteitseis' wordt gesteld zoals we die kennen in de WMCO en die wel gesteld worden in de nieuw in te voeren driekwart dwingende bepalingen van het ontslagrecht. De wetgever heeft niet gemotiveerd waarom op dit punt een onderscheid is gemaakt. Specifieke maatregelen met betrekking tot AOWgerechtigden zullen worden opgenomen in een apart wetsvoorstel.[53] Daarnaast heeft het kabinet een Plan van Aanpak schijnconstructies opgesteld, teneinde alternatieve oneigenlijke flexconstructies via payroll en zzp te reduceren.[54]

53 Nota naar aanleiding van het Verslag, p.32.
54 Kamerstukken II 2012/13, 17050.

4.6.1 Loondoorbetaling, artikel 7:627 BW en artikel 7:628 BW

In het huidige recht is in artikel 7:627 BW het basisprincipe vastgelegd dat de werknemer geen recht op loon heeft gedurende de periode dat hij de bedongen arbeid niet heeft verricht. Artikel 7:628 BW vormt op dit basisprincipe een uitzondering en regelt de situaties waarin het loonrisico bij de werkgever wordt gelegd. De werknemer behoudt op grond van dit artikel het recht op loon wanneer hij niet de overeengekomen arbeid heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen. Oorzaken die redelijkerwijs voor rekening van de werkgever dienen te komen betreffen meestal overmacht situaties die onder de normale bedrijfsrisico's van de werkgever vallen, zoals bijvoorbeeld slechte weersomstandigheden en onvoldoende orders, maar ook de non-actiefstelling van een werknemer valt onder een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen. De werknemer moet zich wel bereid hebben getoond om de werkzaamheden te verrichten om een eventuele loonvordering op grond van dit artikel te laten slagen.

Op grond van het huidige lid 5 kan schriftelijk maximaal 6 maanden ten nadele van de werknemer van de loondoorbetalingsplicht worden afgeweken. Indien gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst de loondoorbetalingsplicht van de werkgever is uitgesloten ligt het risico in deze situaties bij de werknemer. Bij de zogeheten 'ketens' van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt op grond van artikel 7:668a lid 6 BW de totale maximale termijn van zes maanden zoals opgenomen in lid 5 vanaf de ingangsdatum van de eerste arbeidsovereenkomst in de keten. Daarnaast kan de schriftelijke uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht voor de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst op grond van het huidige artikel 7:628 lid 7 BW bij cao onbeperkt worden uitgebreid. Hierdoor kan het loonrisico geheel bij de werknemer komen te liggen.[55]

55 In een uitspraak d.d. 8 februari 2012, *JAR* 2012/100 werd door de kantonrechter Lelystad geoordeeld dat een cao afwijking ex artikel 7:628 BW niet effectief kon zijn, omdat geen werktijdverkorting als bedoeld in artikel 8 BBA was verkregen. In het wetsontwerp wordt het gehele BBA ingetrokken en daarmee dus ook artikel 8 BBA. Die artikel 8 BBA bevoegdheid wordt nu gekoppeld aan lid 1; vgl. 7:628 lid 8 van het concept/wetsontwerp. Zie ook MvT, p. 105-106. Daarmee is een mogelijke discussie ten einde. Zie nog: 'Werktijdverkorting: de Payrollwerkgever en artikel 8 BBA', *TRA* 2012/57.

Met de voorgenomen wetswijziging komt artikel 7:627 BW geheel te vervallen en ondergaat artikel 7:628 BW een grote wijziging. Artikel 7:628 lid 1 (nieuw) BW nieuw komt te luiden:

> *'De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.'*

Hiermee wordt het huidige artikel 7:627 BW en artikel 7:28 lid 1 BW in één nieuw artikel samengevat.

In plaats van het huidige 'geen arbeid geen loon, tenzij sprake is van specifieke omstandigheden', zal het principe nu zijn: 'geen arbeid, toch loon, tenzij sprake is van specifieke omstandigheden.' De bewijslastverdeling wijzigt hierdoor en komt in beginsel bij de werkgever te liggen.[56] Indien schriftelijk overeengekomen tussen partijen, kan op grond van artikel 7:628 lid 5 (nieuw) BW, net als in het huidige recht, het loonrisico van de werkgever maximaal voor zes maanden worden uitgesloten en bij de werknemer komen te liggen. Als er sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a BW geldt de uitsluitingsmogelijkheid net als in het huidige recht voor in totaal maximaal zes maanden.

Naast het vervallen van artikel 7:627 BW en de omkering van de bewijslast vindt de grootste verandering echter plaats in de driekwartdwingend rechtelijke bepaling. De wetgever vindt het huidige inkomens- risico voor de werknemers bij structurele werkzaamheden te groot en heeft hier paal en perk aan willen stellen. Daar waar na de eerste zes maanden in het huidige recht op grond van artikel 7:628 lid 7 BW bij cao nog onbeperkt ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken, wordt de mogelijkheid voor een dergelijke afwijking op grond van het nieuwe lid 7 beperkt tot voor in de cao te bepalen functies die van incidentele aard zijn en geen vaste omvang hebben. Voor de uitzendsector geldt een mogelijke uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht voor de duur van 26 gewerkte weken met een maximale uitsluitingsduur van de loondoorbetalingsplicht bij cao van 78 gewerkte weken.[57]

In de Memorie van Toelichting wordt ten aanzien van de caoafwijking opgemerkt dat het hierbij 'uitsluitend gaat om functies

56 P.L.M. Schneider, 'Het loondoorbetalingsbeding, het proeftijdbeding en het concurrentiebeding in de Wet werk en zekerheid', TAP 2014/1, p. 14.

57 MvT, p. 20.

waarbij de daaraan verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang kennen. Het gaat bijvoorbeeld om invalkrachten.'[58]

De vraag is welke grenzen de rechter desgevraagd zal trekken met betrekking tot cao-bepalingen, die inderdaad afwijken. De rechter zal desverzocht hebben te oordelen over de vraag of een in de cao genoemde functie inderdaad werkzaamheden betreft die van 'incidentele aard zijn en geen vaste omvang kennen'. Conform de huidige rechtspraak (zie hiervoor subpar. 4.5.5) zal de rechter zich naar alle waarschijnlijkheid terughoudend opstellen bij de interpretatie van cao afspraken en deze niet snel buiten toepassing laten. Desalniettemin zal de rechter naar alle waarschijnlijkheid wel korte metten maken met een cao-bepaling die duidelijk in strijd is met (het doel van) de wet. Ingevolge artikel 7:628 lid 10 (nieuw) BW is elke beding in strijd met het artikel immers nietig.

Naast het bovenstaande stelden we eerder, in subparagraaf 4.5.5, vast dat de minister bij een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van een cao-bepaling die niet strookt met de wet, de algemeenverbindendverklaring ervan kan weigeren.

Artikel 7:628 (nieuw) BW nieuw kent ook nog een niet onbelangrijke aanvulling. Het nieuwe lid 8 bepaalt dat de Stichting van de Arbeid (StAr) de minister kan verzoeken om in een ministeriële regeling te bepalen dat op bepaalde bedrijfstakken, of onderdelen daarvan, de leden 5, 6 of 7 (waarin de afwijkingsmogelijkheden van de loondoorbetalingsplicht zijn opgenomen), niet van toepassing zijn. Op grond van het nieuwe lid 9 kan de loondoorbetalingsverplichting bij ministeriële regeling vervolgens onder voorwaarden weer worden beperkt. Een dergelijke beperking vindt alleen plaats indien aan bij de ministeriële regeling te bepalen voorwaarden wordt voldaan, voor in de ministeriële regeling te bepalen buitengewone omstandigheden. Uit de memorie van toelichting blijkt dat door de StAr al een dergelijk verzoek is gedaan met betrekking tot de nuluren-contracten in de zorg. Het kabinet heeft inmiddels toegezegd om voor deze contracten bij ministeriële regeling vast te leggen dat afwijking van de loondoorbetalingsplicht niet mogelijk is. De sanctie op een beding dat strijdig is met artikel 7:628 (nieuw) BW is, zoals hierboven aangegeven, conform het nieuwe lid 10, nietigheid van het beding.

58 MvT, p. 120.

4.6.2 Het proeftijdbeding ex artikel 7:652 BW

Ter voorkoming van teveel onzekerheid voor werknemers met kortdurende contracten wordt in het wetsvoorstel een proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van ten hoogste zes maanden voortaan verboden.[59] In dit kader is een nieuw lid 4 ingevoegd. Voor de arbeidsovereenkomsten langer dan zes maanden maar korter dan twee jaar kan conform het vernummerde nieuwe lid 5a een proeftijd van één maand worden overeengekomen en voor een arbeidsovereenkomst van twee jaar of langer kan conform het vernummerde nieuwe lid 5b nog steeds een proeftijd voor de duur van twee maanden worden overeengekomen. Bij cao kan weliswaar nog steeds ten nadele van de werknemer een langere termijn worden overeengekomen dan de in lid 5 (nieuw) opgenomen maand maar kan niet worden afgeweken van het nieuwe lid 4 en dus geen proeftijd worden overeengekomen voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van zes maanden of korter.

4.6.3 Europese Richtlijn, Flexwet en artikel 7:668a (nieuw) BW

Hoewel de dagelijkse praktijk in sommige bedrijven en sectoren soms anders zou doen vermoeden, geldt de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd naar zowel Europees recht[60] als nationaal recht nog steeds als uitgangspositie voor de arbeidsverhouding.

In heel Europa is sinds eind jaren '80 van de vorige eeuw echter desondanks een toename te zien van het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In de jaren '90 van de vorige eeuw nam bo exendien de roep van werkgevers om meer flexibiliteit in de arbeidsrelaties toe. Flexibilisering van de arbeidsmarkt werd wenselijk geacht om tijdig en op efficiënte wijze mee te kunnen veranderen met wijzigingen in de economische omstandigheden. Een dergelijke flexibilisering zou de concurrentiepositie van werkgevers verbeteren. In dit kader zijn eind jaren '90 de Europese Richtlijn 1999/70/EG betreffende de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (hierna aangeduid als: *'de Richtlijn'*) en de Flexwet tot stand gekomen.

De Richtlijn bepaalt dat de lidstaten gehouden zijn om wettelijke maatregelen te treffen ter voorkoming van misbruik ten gevolge van het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde

59 MvT, p.16.
60 Preambule artikel 6 Richtlijn 1999/70/EG.

tijd of arbeidsverhoudingen voor bepaalde arbeid. Zij kunnen dit volgens de Richtlijn op de volgende 3 manieren doen:

1) maximeren van het aantal aansluitende tijdelijke arbeidsovereenkomsten
2) maximering van de duur van de aansluitende arbeidsovereenkomsten
3) een limitatieve vermelding van redenen voor de uitzondering van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Het huidige met de Flexwet ingevoerde artikel 7:668a BW biedt werkgevers de mogelijkheid tot het aangaan van een keten van drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gedurende een maximale periode van drie jaar (onder in artikel 7:668a BW nader genoemde specifieke voorwaarden).

Artikel 7:668a lid 5 BW biedt echter de mogelijkheid om bij cao van deze voorwaarden onbeperkt af te wijken en is daarmee strijdig met de bepalingen van de Richtlijn. Doordat de mogelijkheid is gecreëerd om bij cao onbeperkt af te wijken van de standaard regels, wordt immers niet voldaan aan de vereisten vermeld onder 1, 2 of 3. Bij het volledig ontbreken van enige maximering/limitering in duur, tijd of reden, komt het doel van de Richtlijn – het voorkomen van misbruik van het gebruik van tijdelijke arbeid – in gevaar. Het kan immers leiden tot langdurig en oneigenlijk inzetten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.[61] Hoewel De Richtlijn geen (verticale en horizontale) directe werking heeft, moet de Nederlandse rechter wel het nationale recht conform het EG-recht uitleggen en toepassen. Diverse auteurs hebben daarom gepleit voor een richtlijnconforme aanpassing van artikel 7:668a BW.[62]

In het Sociaal Akkoord, de basis voor het nieuwe wetsvoorstel, zijn onder meer de volgende uitgangspunten voor de nieuwe ketenbepaling overeengekomen:

61 Zie voor deze conclusie onder meer: A.G. Veldman, 'Misbruik van opeenvolgende overeenkomsten voor bepaalde tijd', *SR* 2006, p. 307-311. K.D. Hazenberg, 'Flexibiliteit kent Europese grenzen', *Arbeidsrecht* 2008/3. Zie ook A.R. Houweling 'Wetsvoorstel Werk en Zekerheid en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: over het nieuwe jaarcontract voor 8 maanden', *TAP* 2014/1, p. 23 e.v. Zie ook: HvJ EG 4 juli 2006, C212/04 (*Adeneler*).

62 Zie onder meer: Ministerie van SZW, Flexibiliteit en zekerheid op een dynamische arbeidsmarkt : De balans in beweging: essay E. Verhulp 'Een Perspectief op de balans in flexibiliteit' p. 45 en F.J.L. Pennings, 'Driekwart dwingend recht: de werknemer voldoende beschermd?', *TRA* 2012/43. Zie ook *Kamerstukken II* 2012-2013, 33499, nr. 3 (MvT), p. 7 bovenaan.

'De ketenbepaling zal van 3x3x3 worden gewijzigd in 3x2x6 (3 contracten in 2 jaar met een tussenpoos van 6 maanden), waardoor flexwerkers sneller voor een vast contract in aanmerking komen. Bij cao kan alleen nog worden afgeweken van de ketenbepaling (maar niet van de doorbrekeningsperiode van 6 maanden) indien het werken met tijdelijke contracten gegeven de aard van het werk noodzakelijk is, met dien verstande dat het aantal contracten ten hoogste kan worden gesteld op 6 in een periode van 4 jaar.'

Met deze aanpassingen wordt getracht de doorgeschoten flexibiliteit weer in te perken en wordt alsnog voldaan aan de voorwaarden van de Richtlijn. Dit gebeurt onder meer door de huidige ruime mogelijkheden om bij cao af te wijken te beperken.

De optie om in de cao de mogelijkheid te creëren voor werkgevers om tot maximaal zes overeenkomsten in vier jaar aan te gaan (lid 5 nieuw) geldt – aldus het wetsvoorstel – alleen als het uitzendovereenkomsten betreft, of als uit de betreffende cao blijkt dat voor bij die cao te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist is. Met de term 'intrinsiek' wordt tot uitdrukking gebracht dat het hier niet gaat om normale schommelingen in de bedrijfsvoering als gevolg van economische omstandigheden, maar om een noodzaak die voortvloeit uit de aard van de bedrijfsvoering in de sector. Als voorbeeld van dergelijke sectoren noemt het wetsvoorstel de sector media en cultuur en de academische sector.[63] In de nota van toelichting worden als voorbeelden voor de sector media de acteurs, voor de academische sector nog de post-docs, voor de horeca de bediendes die alleen in drukke periodes werken en in het primaire onderwijs de invalkrachten genoemd, maar de wetgever laat de uiteindelijke beoordeling over aan de cao partijen.[64]

Van belang in dit kader is dat in menige sector, voornamelijk vanuit risico-overwegingen, zo veel mogelijk met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd wordt gewerkt. Daaraan ligt doorgaans de gedachte ten grondslag dat het opzeggen van een medewerker met een overeenkomst voor onbepaalde tijd grote onzekerheid, hoge kosten en een groot tijdsbeslag met zich meebrengt. Ook onzekerheid over de al dan niet voortzetting van financiering van projecten maakt, dat sommige werkgevers kiezen voor het kleinere financiële risico

63 MvT, p. 13.

64 Nota naar aanleiding van het Verslag, p.21.

van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Daarbovenop speelt nog het (verplicht) eigen risico dragerschap voor de WW en WIA en/ of de lasten draagt van aanvullende regelingen (bijvoorbeeld BWNU), zoals in de academische sector het geval is.

Kijkt men naar de in de memorie specifiek genoemde 'academische sector' en vergelijkt men de HRM cijfers van twee universiteiten met betrekking tot de verhouding tussen arbeidsovereenkomsten/aanstellingen voor bepaalde en voor onbepaalde tijd voor bijvoorbeeld het wetenschappelijk personeel, dan blijkt echter dat sprake is van een groot verschil bij beide universiteiten. Daar waar de VU al een aantal jaren slechts een bestand van wetenschappelijk personeel heeft met +/- 35 % vast personeel (+/- 800 fte van de 2257 fte),[65] heeft het wetenschappelijk personeel bij de Universiteit Leiden aanzienlijk meer kans op een aanstelling voor onbepaalde tijd (+/- 75% vaste aanstellingen).[66] Hoewel diverse universiteiten veelvuldig gebruik maken van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor wetenschappelijk personeel, lijkt voor deze functies niet te worden voldaan aan het nieuwe criterium. Uit de cijfers kan immers worden opgemaakt dat voor deze functies net als in veel andere ondernemingen, eenvoudigweg sprake is van HRM sturingsbeleid om (zo veel mogelijk) contracten voor bepaalde tijd aan te bieden en daarmee doormiddel van een flexibele schil de financiële risico's te beperken.

Werkgeversorganisaties zullen vanwege bovengenoemde HRM redenen naar alle waarschijnlijkheid inzetten op een ruime uitleg van het nieuwe uitzonderingscriterium. De vraag is in hoeverre de werknemersorganisaties in deze wens mee zullen gaan. Het is echter niet uitgesloten dat een werknemer waarvan de functie door cao partijen is aangewezen als een dergelijke uitzonderingsfunctie, betwist dat in de functie waarin hij werkzaam is sprake is van een intrinsieke aard die het noodzakelijk maakt om te werken met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Hij kan dan mogelijk, bij bijvoorbeeld de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aanspraak maken op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Eerder, namelijk in subparagraaf 4.5.5, is opgemerkt dat cao-partijen in de heersende leer grotendeels vrij zijn om zelf invulling te geven aan dergelijke in de wet genoemde begrippen en de rechter de daaruit voorvloeiende cao afspraken bij betwisting door een werknemer of werkgever, slechts marginaal toetst. De werknemer zal in een

65 *Toptalent op de campus*, Jaarverslag VU 2012, p. 49.
66 Human Resources, *Beleidsplan 2010-2014*, Universiteit Leiden, 2009.

dergelijk geval niet snel in het gelijk worden gesteld en de cao-bepaling zal niet te gemakkelijk buiten toepassing worden gelaten maar het is niet ondenkbaar dat dit in specifieke gevallen toch gebeurt waardoor de rechtskracht van de desbetreffende cao-bepaling zelf wordt aangetast.

Het huidige lid 2 bepaalt dat de ketenregeling overeenkomstig van toepassing is bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht worden elkanders opvolger te zijn, het zogenoemde 'opvolgend werkgeverschap'. In het wetsvoorstel was in lid twee in eerste instantie enkel een tekstuele wijziging doorgevoerd en was de nieuwe keten overeenkomstig doorgevoerd. Uit de toelichting kon worden opgemaakt dat de huidige jurisprudentie ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap van toepassing zou blijven. Bij Nota van Wijziging is echter alsnog gekozen om het begrip opvolgend werkgeverschap in het kader van de ketenregeling en in het verlengde daarvan in het kader van de transitievergoeding, aan te passen. Het begrip opvolgend werkgeverschap wordt in lid 2 dusdanig aangepast dat, anders dan op grond van de huidige jurisprudentie, ook sprake is van opvolgend werkgeverschap indien geen inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Met deze aanpassing wordt getracht om constructies die het doel hebben om via opvolgend werkgeverschap de ketenbepaling te omzeilen, te bestrijden.[67]

Gezien het bovenstaande is het des te opvallender dat lid 6, waarin is bepaalt dat van lid 2 bij cao onbeperkt kan worden afgeweken, niet is gewijzigd. Een dergelijke afwijking is momenteel ondermeer in de hierboven reeds genoemde academische sector van toepassing. In de CAO Nederlandse Universiteiten (1 januari 2011 t/m 31 december 2013, artikel 2.3 lid 11) is bepaalt dat dienstverbanden tussen werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn buiten beschouwing blijven bij het bepalen van de totale duur en het totaal aantal dienstverbanden. Dit maakt dat diverse draaideur-constructies met detachering door andere werkgevers en overeenkomsten met uitzendbureau's en payrollorganisaties in deze sector uitdrukkelijk lijken te zijn toegestaan. Door dergelijke constructies onbeperkt toe te staan en niet op enige wijze te maximeren, wordt echter onze inziens net als hierboven reeds in het kader van het nieuwe lid 5 gemotiveerd, de bedoeling van De Regeling

67 Nota van Wijziging, p.13.

(voorkoming van misbruik tengevolge van het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) en van het doel van het nieuwe wetsvoorstel(het inperken van doorgeschoten flex) ondergraven. Daarmee is naar onze mening het niet doorvoeren van maximeringen in lid 6 een lancune in de nieuwe wetgeving.

Op grond van het nieuwe wetsvoorstel (artikel 7:668 a lid 8 (nieuw) BW) kan voorts de minister bij AMvB de mogelijkheid bieden om bij cao de ketenregeling uit te sluiten voor die functies waarvan de minister heeft vastgesteld dat het bestendig gebruik is en vanwege de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering en van die functies noodzakelijk is de arbeid uitsluitend te verrichten op grond van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De Memorie van Toelichting noemt in dit kader functies binnen bedrijfstakken waar uitsluitend met tijdelijke contracten kan worden gewerkt, zoals bijvoorbeeld de profvoetballer.[68]

Afhankelijk van de nadere uitwerking bij AMvB van deze bepaling zou deze algehele vrijstelling voor specifieke functies in een bepaalde sector in beginsel onder voorwaarde 3 van de Richtlijn kunnen vallen, het 'limitatief vermelden van redenen voor de uitzondering van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd'. Het is echter niet uitgesloten dat bij een toetsing van het gebruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten in een specifieke door de minister 'vrijgegeven' situatie toch een objectieve rechtvaardiging ontbreekt en sprake blijkt te zijn van ongeoorloofd misbruik.[69] Ook de regering is immers gebonden aan de richtlijn, hoe gering ook overigens de ruimte in de wetsbepaling is.

Wij concluderen dat sprake is van een trapsgewijze structuur. Het uitgangspunt is de nieuwe 3-2-6 ketenbepaling (artikel 7:668a lid 1 (nieuw) BW). De uitzondering op de regel vormt de beperkte afwijkingsmogelijkheid bij cao (artikel 7:668a lid 5 (nieuw) BW) en slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan, door aanwijzing van de minister in een ministeriële regeling, sprake zijn van een gehele uitsluiting van de ketenbepaling voor specifieke functies (artikel 7:668a lid 8 (nieuw) BW).

Het huidige lid 3 van artikel 7:668 a BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst voor ten minste 36 maanden nog eenmaal gevolgd kan worden door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van maximaal drie maanden alvorens een arbeidsovereenkomst

68 MvT, p. 126.

69 Zie: HvJ EG 4 juli 2006, C212/04 (*Adeneler*); zie onlangs over een zeer langjarige verbintenis van hulpscheidsrechters in diezelfde zin: Ktr. Utrecht 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013: 7251.

voor onbepaalde tijd ontstaat. De termijn van 36 maanden is – overeenkomstig het nieuwe systeem van de wet – omgezet in een termijn van tenminste 24 maanden. De eenmalige verlengingsmogelijkheid van drie maanden was bedoeld om eventuele uitloop van projecten op te kunnen vangen en blijft in het nieuwe wetsvoorstel behouden. De termijn van de opzegging in lid 4 is niet gewijzigd. Van lid 4 kan enkel nog ten nadele van de bestuurder van een rechtspersoon bij cao worden afgeweken (op grond van het nieuwe lid 7). De eerdere generieke mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te kunnen wijken, is komen te vervallen.

Bestuurder rechtspersoon

Naast de hierboven genoemde uitzonderingen zijn nog enkele specifieke uitzonderingen in artikel 7:668a (nieuw) BW opgenomen. Zo bepaalt artikel 7:668a lid 7 (nieuw) BW dat bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan van de leden 1 tot en met 4 kan worden afgeweken ten nadele van een bestuurder van een rechtspersoon. Bij Nota van Wijziging is de afwijkingsmogelijkheid van de ketenbepaling beperkt tot het kunnen afwijken van 'de termijn' waarna een contract voor onbepaalde tijd ontstaat. De mogelijkheid van afwijking geldt niet voor 'het aantal overeenkomsten' omdat – aldus de Nota - na meer dan 3 bestuurstermijnen verondersteld mag worden dat de band met de betreffende organisatie zodanig is dat de betreffende persoon de bescherming van een vast contract niet onthouden mag worden. De afwijkingsmogelijkheid is uitgebreid door de afwijking ook mogelijk te maken bij schriftelijke overeenkomst en niet alleen bij cao, zodat het ook mogelijk wordt om van de ketenbepaling af te wijken voor bestuurders die niet onder een cao vallen.

Met betrekking tot de uitzondering van de bestuurders staat in de memorie van toelichting te lezen dat ondernemingen in zowel de publieke als de private sector erbij gebaat kunnen zijn om na verloop van tijd de arbeidsrelatie met de bestuurder te kunnen beëindigen vanwege bijvoorbeeld een gewijzigde ondernemingsstrategie.[70] Bovendien is de wijziging van de ketenbepaling bedoeld om de positie van werknemers met opvolgende tijdelijke contracten te versterken. Deze redenering geldt niet in dezelfde mate voor bestuurders van rechtspersonen omdat het –aldus de memorie van toelichting- hier doorgaans geen personen met een onvoldoende

70 Ibidem (noot 69).

perspectief op de arbeidsmarkt betreft. Van de nadelen voor werknemers in de flexibele schil, zoals minder toegang tot scholing en een onzekere positie op de woningmarkt, is in zijn algemeenheid geen sprake voor deze groep. Zoals door Houweling[71] reeds is opgemerkt, zou een overeenkomst voor onbepaalde tijd ook in strijd zijn met de best practice bepalingen (II.1.1.) van de Nederlandse Corporate Governance Code, waarin juist wordt beoogd de bestuurder voor de duur van (telkens) 4 jaar te benoemen.

Educatie en jongeren

In artikel 668a lid 9 (nieuw) BW is bepaald dat bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan van de totale duur van de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan worden afgeweken bij arbeidsovereenkomsten die overwegend zijn aangegaan omwille van de educatie van werknemers en wel voor zover die langere duur noodzakelijk is voor het afronden van de opleiding. In de memorie van toelichting wordt vermeld dat men niet heeft beoogd het aantal van de overeenkomsten te verhogen, maar alleen de duur. De bepaling was vooral opgenomen met het oog op de beroepsbegeleidende leerweg (bbl) in het MBO. Bij nota is opgemerkt dat er ook andere opleidingen, zoals promotietrajecten zijn, waarbij een afwijking van de ketenbepaling noodzakelijk kan zijn om de opleiding af te kunnen ronden die door:

> *'bijvoorbeeld ziekte, zwangerschap en zorg voor kinderen langer kunnen duren dan vier jaar.'*

Het maximale aantal arbeidsovereenkomsten in deze situaties blijft echter drie.[72]

In artikel 668a lid 10 (nieuw) BW wordt de hele toepassing van artikel 7:668a buiten werking gesteld voor BBL-trajecten) die gericht zijn op het behalen van een startkwalificatie.[73]

Als laatste is in lid 10 opgenomen dat artikel 7:668a BW niet van toepassing is op werknemers jonger dan 18 jaar met een feitelijke wekelijkse arbeidsduur van twaalf uur of minder. Als reden voor de uitsluiting van deze groep werknemers is aangevoerd dat vanwege de Leer- en kwalificatiewet, voor deze groep arbeid noodzakelijkerwijs

71 A.R. Houweling 'Wetsvoorstel Werk en Zekerheid en de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: over het nieuwe jaarcontract voor 8 maanden', *TAP* 2014/1, p. 29.

72 Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 22.

73 Zie ook: a.w. (noot 72). 'BBL' staat voor 'Beroepsbegeleidende Leerweg'.

van bijkomstige aard kan en moet zijn, waardoor de ketenbepaling geen betekenis heeft. Met de uitsluiting van deze groep werknemers worden voorts, aldus de memorie van toelichting, overbodige verplichtingen voor de werkgever voorkomen.[74]

Allereerst is de vraag of de gehanteerde leeftijdsgrens van 18 jaar niet in strijd is met de Richtlijn. Er ontstaat immers slechts een indirecte en niet een directe maximering van de arbeidsovereenkomsten in aantal en tijd afhankelijk van het moment/de leeftijd waarop de eerste arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Indien de wetgever heeft beoogt een uitzondering te maken op grond van 'limitatieve vermelding van redenen', dan concluderen wij dat afdoende motivering, zoals conform jurisprudentie van het Hof van Justitie noodzakelijk wordt geacht voor een doorbreking van de beschermende werking van de hoofdregel, in dit geval ontbreekt. De argumentatie in het wetsvoorstel dat vanwege de Leer- en kwalificatiewet, voor deze groep (jongeren tot 18 jaar) arbeid noodzakelijkerwijs van bijkomstige aard kan en moet zijn waardoor de ketenbepaling geen betekenis heeft, is onzes inziens veel te summier en zal zeker niet in alle gevallen opgaan. Immers anders dan het wetsvoorstel veronderstelt, kunnen ook jongeren, die momenteel gezien de economische crisis juist extra geconfronteerd worden met hun lastige arbeidsmarktpositie, uitdrukkelijk baat hebben bij de betere bescherming tegen ontslag die de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in tegenstelling tot de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd biedt.

Daarnaast is de vraag of de in het wetsvoorstelgenoemde leeftijdsgrens van 18 jaar niet in strijd is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) en de daar aan ten grondslag liggende Europese richtlijn.[75]

Uit de memorie van toelichting blijkt geenszins dat het gemaakte onderscheid conform artikel 7 lid 1 sub a van de WGBL, gericht is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van de groep jongeren onder de 18 jaar. De betreffende maatregel is volgens de memorie van toelichting immers juist gericht op bescherming van de werkgevers. Het doel is 'overbodige verplichtingen voor de werkgever te voorkomen', daar waar bovendien – onzes inziens zonder overtuigende motivering of nader onderzoek– wordt aangenomen dat jongeren geen baat hebben bij de beschermende werking van de ketenbepaling.[76]

74 MvT, p. 126/7.

75 Richtlijn 200/78/EG, artikelen 2 leden 1 en 2 alsmede, voor de rechtvaardiging, artikel 6.

76 MvT, p. 15.

Indien de maatregel een legitiem doel dient, het middel passend is voor het doel en indien niet met een ander middel hetzelfde doel had kunnen worden bereikt, kan het gemaakte onderscheid op grond van artikel 7 lid 1 sub c WGBL ook anderszins objectief gerechtvaardigd zijn. Dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is, zal echter altijd voldoende moeten worden beargumenteerd. Hoewel de overheid in dit kader een ruime eigen beoordelingsmarge toekomt, worden te algemene stellingen niet geaccepteerd, ook niet indien zij in het kader van de totstandkoming van wetgeving worden aangevoerd, zo blijkt uit de jurisprudentie van onder meer het Hof van Justitie.[77]

Of het in het wetsvoorstel gemaakte onderscheid (leeftijdsgrens van 18 jaar) voldoet aan de voorwaarden van artikel 7 lid 1 sub c WGBL, is onzes inziens daarom maar zeer de vraag. De vraag is of de verplichtingen die de werkgevers hebben in de praktijk wel zo omvangrijk zijn, maar ook of zij daadwerkelijk 'onnodig' zijn (is sprake van een legitieme doel). Is bovendien het middel (de leeftijdsgrens van 18 jaar) wel noodzakelijk en passend?[78] In dit kader moet onder meer de vraag worden beantwoord of met het uitsluiten van de jongeren tot 18 jaar van de ketenbepaling wel wordt bereikt, wat de wetgever ermee beoogt te bereiken. Wordt met het uitsluiten van jongeren van de ketenbepaling wel een beperking van de 'onnodige' verplichtingen van de werkgever bereikt (is sprake van een passend middel)? Dit lijkt niet zonder meer het geval. Indien de jongere werknemer geen belang heeft bij een voortzetting van zijn arbeidsovereenkomst (en dus bij bescherming tegen ontslag) kan hij immers net als iedere andere werknemer, zelf zijn arbeidsovereenkomst opzeggen en zal in deze situatie de werkgever geen verplichtingen (meer) hebben.

Op zijn minst kan geconstateerd worden dat afdoende onderzoek naar de belangen van de jongere werknemers (tot 18 jaar) met betrekking tot de beschermende werking van de ketenbepaling en naar veronderstelde 'onnodige' verplichtingen van de werkgevers ontbreekt. Onzes inziens is van een zorgvuldige afweging van belangen daarom in casu geen sprake.

Van belang in dit kader is dat bij een eerdere tijdelijke verruiming van de ketenbepaling ten aanzien van jongeren tot 27 jaar, in de periode van 9 juli 2010 tot 1 januari 2012 achteraf de veronderstel-

77 Zie o.a. HvJ EU 170/84 *(Bilka Kaufhaus)*; C-499/08 *(Andersen)*; C-88/08 *(Hütter)*; C-144/04 *(Mangold)*; C-411/05 *(Palacios)* en voor wat Nederland betreft: met name HR 13 juli 2012, NJ 2012, 574 (KLM).

78 Zie op dit onderdeel HvJ EU 18 juni 2009, nr. C-88/08 *(Hütter)*.

lingen van de wetgever niet juist bleken te zijn. Destijds werd tijdelijk voor deze groep jongeren de mogelijkheid ingevoerd om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd af te sluiten met een maximum duur van vier in plaats van drie jaar en werd pas bij de vijfde arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangenomen. Het door de wetgever aangevoerde doel was destijds het bevorderen van de arbeidsparticipatie van de jongeren en het bestrijden van jeugdwerkloosheid. Oftewel, jongeren zouden door deze maatregel langer aan het werk blijven. De maatregel was slechts tijdelijk (voor de duur van 2 jaar) en omdat het bovendien een beperkte uitbreiding van de regel betrof werd de maatregel proportioneel geacht. De maatregel bleek in de praktijk echter juist vooral te leiden tot een verslechtering van de positie van de jongeren. Uit de evaluatie bleek dat 9.000 van de 19.000 jongeren die een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hadden gekregen, zonder de tijdelijke maatregel een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden zouden hebben gekregen.[79] Opmerkelijk is dat de wetgever de uitkomsten van de betreffende evaluatie nu gebruikt om te beargumenteren dat de verkorting van de maximale termijn van de ketenbepaling zal leiden tot meer vaste arbeidsovereenkomsten.[80]

Ingangsdatum en overgangsrecht

Tot slot zij nog gewezen op het overgangsrecht. Invoering van de wijzigingen van artikel 7:668a BW was beoogd per 1 juli 2014 maar de beoogde ingangsdatum is inmiddels gewijzigd naar 1 juli 2015 en valt daarmee samen met de beoogde ingangsdatum van het nieuwe ontslagrecht.[81] De wijzigingen zullen moeten leiden tot aanpassingen van huidige (afwijkingen van de) ketenbepalingen in diverse cao's. In artikel XXI is in overgangsrecht voorzien, op basis waarvan 'oude' afwijkingen bij cao gedurende de eerste 18 maanden na inwerkingtreding van de wet rechtsgeldig blijven. Daarna treedt de nieuwe regelgeving onmiddellijk in werking.

79 Evaluatie maatregel verruiming ketenbepaling Onderzoek naar het gebruik van de Tijdelijke maatregel Extra tijdelijke contracten voor jongeren tot 27 jaar (p. 69), *AStri*, 31 oktober 2011.

80 Nota naar aanleiding van het Verslag, p. 217.

81 Amendement nr. 30.

4.6.4 Opzegverbod tijdens ziekte, artikel 7:670 (nieuw) BW

Op grond van het nieuwe lid 14 (vernummerde lid 13) van artikel 7:670 BW is het niet meer mogelijk om bij cao af te wijken van het verbod om tijdens ziekte op te zeggen zoals neergelegd in lid 1, maar alleen nog van het opzegverbod van lid 3, het opzegverbod gedurende militaire dienst.[82] Hoewel het geheel dwingend worden van het opzegverbod bij ziekte verder in de memorie niet nader is toegelicht, is de vraag of dit in de praktijk tot grote wijzigingen zal leiden. Vakorganisaties – met uitzondering vermoedelijk van yellow unions – zijn immers sowieso niet snel genegen om aan een dergelijke afwijking in de cao mee te werken.

4.6.5 Uitzendovereenkomsten ex artikel 7:691 (nieuw) BW

Artikel 7:691 BW roept bijzondere bepalingen in het leven voor uitzendovereenkomsten. In dit artikel is onder meer bepaald dat de ketenbepaling van artikel 7:668a BW eerst van toepassing is zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (zie lid 1). In lid 2 is geregeld dat het mogelijk is om schriftelijk te bedingen dat de overeenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht van rechtswege eindigt doordat de inlener de opdracht tot ter beschikkingstelling beëindigt. Dit noemt men ook wel het 'uitzendbeding'. Het huidige lid 3 bepaalt dat een dergelijk uitzendbeding zijn kracht verliest wanneer de uitzendkracht in meer dan 26 weken arbeid voor de werkgever heeft verricht. Lid 4 en 5 geven specifieke regels voor de berekening van deze periode van 26 gewerkte weken.

De termijnen in artikel 7:691 BW zijn van driekwart dwingend recht. In lid 7 is namelijk bepaald dat van de termijnen in lid 1, 3, 4 en 5 bij cao kan worden afgeweken. Dit heeft het mogelijk gemaakt dat bij cao voor uitzendovereenkomsten de toepassing van artikel 7:668a BW niet hoeft te worden beperkt tot een periode van maximaal 26 weken, maar geheel kan worden uitgesloten. Ook kan bij cao worden bepaald dat een uitzendbeding onbeperkt (zonder maximale duur) van toepassing is. Van deze mogelijkheid is in diverse cao's gebruik gemaakt.

De mogelijkheid om de werking van artikel 7:668a BW geheel uit te sluiten, als ook en daarmee de maximale duur van het uitzendbeding, zal in de nieuwe wetgeving worden beperkt tot een maximale duur van 78 weken.

82 MvT, p. 101.

4.6.6 Samenvattend

Al met al blijken de in de jaren '90 van de vorige eeuw met de Flexwet ingevoerde bepalingen met het nieuwe wetsvoorstel aanzienlijk te zijn beperkt. Niet alleen zijn de basisbepalingen ingeperkt maar ook de mogelijkheden om bij cao af te wijken van de wettelijke bepalingen zij drastisch verminderd. Nieuwe begrippen zoals 'de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering' zullen door cao partijen nader moeten worden ingevuld. Werknemers kunnen de rechter laten toetsen of de invulling door cao partijen strookt met de (bedoeling van de) wet, maar zullen bij een te verwachten marginale toetsing door de rechter niet snel in het gelijk worden gesteld. Voor specifieke groepen en situaties zijn uitzonderingen gecreëerd. De in het wetsvoorstel opgenomen specifieke uitzonderingsbepaling met betrekking tot jongeren lijkt echter vooralsnog niet voldoende te zijn onderbouwd om als geldige doorbrekingsgrond van de richtlijn te kunnen gelden. Hoewel in de nota van wijziging getracht is constructies via opvolgend werkgeverschap aan banden te leggen door een beperking van de definitie van opvolgend werkgeverschap, wordt deze beperking geheel te niet gedaan door de mogelijkheid om bij cao onbeperkt van deze bepaling af te wijken.

Naast dit alles zal nog aanvullende wetgeving volgen met betrekking tot de de groep AOW gerechtigden en geldt in zijn algemeenheid ook voor deze bepalingen in het wetsvoorstel dat, daar waar sprake is van drie kwart dwingend recht, het van belang is dat misbruik door inzet van yellow unions wordt tegengegaan. In tegenstelling tot bij de bepalingen met betrekking tot het ontslagrecht is echter ten aanzien van de flexbepalingen geen representativiteiteis voor de vakorganisaties opgenomen.

4.7 Conclusie

In paragraaf 4.3 van deze bijdrage zagen we dat driekwartdwingend recht in een aantal Europese landen, zoals ook in het behandelde wetsvoorstel bezig is met een (al dan niet bescheiden) opmars. Het aantal driekwartdwingende bepalingen in de wet neemt met 'Werk en Zekerheid' aanzienlijk toe. Driekwartdwingend recht stimuleert een ontwikkeling naar meer autonoom arbeidsrecht. Dat valt op zichzelf toe te juichen.

Overzien we het geheel van de voorgestelde wijzigingen van driekwartdwingend recht naar hun te verwachten maatschappelijke impact, dan kan wat ons betreft het volgende worden vastgesteld.

Enerzijds zijn de inhoudelijke beperkingen die cao-partijen worden opgelegd in de voorgestelde artikelen 7:628, 668a en 691 (nieuw) BW toe te juichen, omdat daarmee doorgeschoten vormen van flexibiliteit worden tegengegaan, terwijl toch enig maatwerk op bedrijfs(tak)niveau mogelijk blijft. De genoemde beperkingen leveren ons inziens een nieuwe balans op, waarin de weegschaal wat meer doorslaat naar 'zekerheid'. De grotere mate van flex die het wetsvoorstel nog wel biedt ten aanzien van 18min-werknemers, wier arbeidsomvang gemiddeld minder dan 12 uur bedraagt, is onzes inziens mogelijk in strijd met het (Europese) gelijke behandelingsvoorschrift ten aanzien van leeftijd. Van andere gecreëerde uitzonderingsmogelijkheden voor specifieke sectoren zoals de academische sector, is de vraag of deze uitzonderingen in de praktijk daadwerkelijk noodzakelijk zijn nu ook in deze sectoren een HRM-beleid aantoonbaar tot verschillende uitkomsten kan leiden. In de rechtspraak zal voorts een nadere invulling gegeven moeten worden aan het begrip 'incidentele werkzaamheden'. Werknemers die belang hebben bij niet-toepassing van de betreffende cao-regels, zullen mogelijk via deze weg proberen een buitentoepassing verklaring van de cao bij de rechter te verkrijgen.

Anderzijds is nieuw is dat in het nieuwe ontslagrecht een grotere rol voor vakorganisaties mogelijk is gemaakt. Gegeven het grote belang van een 'goed' ontslagrecht voor werknemers, zal het interessant zijn te zien op welke wijze vakorganisaties daarvan gebruik zullen gaan maken. Hopelijk blijkt niet over enkele jaren blijkt dat hier de nieuwe 'Achilleshiel' van het arbeidsrecht verscholen zit (zie ook hierna onze opmerkingen over yellow unions en onze 'essentiële' vraag).

In het wetsvoorstel wordt een oplossing gezocht voor het probleem van de zogenoemde 'yellow unions' door op een aantal essentiële plaatsen de uit Artikel 3 lid 4 WMCO bekende eis te stellen dat de betrokken vakbond leden heeft onder de betrokken werknemers, actief is in de sector of het bedrijf en ten minste 2 jaar in het bezit is van volledige rechtsbevoegdheid. Met deze aanpassing blijft een haastig opgerichte yellow union buiten de deur. Tegen de reeds langer bestaande yellow union met bijvoorbeeld slechts twee leden in de sector of het bedrijf, bieden deze voorwaarden echter geen

bescherming. Niet valt uit te sluiten dat 'oudere' yellow unions daardoor in het ontslagrecht een grotere rol gaan spelen.

Opmerkelijk is in dit kader, dat de wetgever op een aantal plaatsen de vermelde nadere eisen met betrekking tot de vakbonden wel stelt, maar op andere weer niet, zoals bijvoorbeeld in artikel 7:668a (nieuw) BW. Een verklaring hiervoor wordt door de wetgever niet gegeven.

Een wezenlijker probleem rond driekwartdwingend recht vormt de representativiteit van de gevestigde vakorganisaties. Vakbonden organiseren in Nederland nu nog slechts 20% van de werknemers. We stelden al eerder vast (in subpar. 4.5.2), dat de wetgever op geen enkele wijze aandacht besteedt aan de vraag, waarom de CAO in het algemeen en vakorganisaties in het bijzonder zo'n grote rol (kunnen) gaan spelen in het toekomstig bestel. De essentiële vraag is ons inziens gerechtvaardigd, namelijk of en zo ja hoe lang vakorganisaties nog voldoende 'kritische massa' hebben om dergelijke afwijkingen van dwingend recht zoals ten aanzien van het ontslagrecht te kunnen legitimeren. Jacobs sprak al eens over ons cao-stelsel als een 'vermolmde stoel'.[83] Van Slooten vroeg zich onlangs af of die vermolmde stoel van ons cao-recht de 'Dikke Dame van het Ontslagrecht' wel kan dragen en of die niet vanzelf in elkaar zal zakken, als zij daarin gaat zitten.[84] In het verlengde van de in paragraaf 4.2 notitie uit 1996 kan bovendien de vraag worden gesteld hoe lang de vakbeweging nog de kracht heeft om voldoende bescherming tegen de macht van de werkgever te bieden om aanpassingen middels de cao af te dwingen, zonder dat werknemers in wezen 'opzij' worden gezet.

In een recent E-book neemt Houweling samen met Langedijk een nog scherper standpunt in.[85] Zij stellen dat driekwartdwingend recht *'seems to be out of fashion'*. Vakbonden vertegenwoordigen in hun ogen maar een klein deel van de werkenden en daarbinnen maar een klein cohort, namelijk vooral werknemers van 45 jaar en ouder. Een rol voor vakorganisaties via driekwartdwingend recht binnen het ontslagrecht *'would not be wise'*, zo stellen zij.[86] Dat laatste werd overigens wel bepleit door Heerma van Voss.[87]

83 A.T.J.M. Jacobs, De houdbaarheid van ons cao-systeem', *ArbeidsRecht* 2006/45, p. 43.

84 A.w. (noot 38), p. 5.

85 *Life time contracts*, EuSoCo declaration, onder redactie van Luca Nagler en Udo Reifner, p. 223-242, met name p. 237 en 240.

86 A.w. (noot 79), p. 240.

87 R.A.A. Duk,, a.w., noot 3, p. 126-128.

In onze opvatting geven Houweling en Langedijk een eenzijdig beeld. Immers, feit is dat cao's in het algemeen en daardoor ook cao-partijen in hoge mate als legitiem worden ervaren. Ook bestaat er blijkens onderzoek, zowel aan werkgevers- als aan werknemerskant, een zeer grote mate van tevredenheid met de (inhoud van) cao's, namelijk 70-80%.[88] Ook de dekkingsgraad van cao's ten aanzien van het totaal van de arbeidsverhoudingen in Nederland is hoog: 82%.[89] Werkgevers incorporeren cao's kennelijk in hoge mate, wat ook eens te meer het draagvlak van cao's illustreert. Al met al is daarmee de feitelijke representativiteit van vakbonden nog steeds zeer hoog, al moet met Houweling worden toegegeven dat zulks niet blijkt uit de lidmaatschapscijfers en de leeftijdskenmerken van het gemiddelde vakbondslid. Hier blijft een taak voor de vakbonden weggelegd om ook de jongere werknemers van het belang van de vakbonden te overtuigen en deze jongeren een stem te geven.

Misschien dat wanneer door cao-partijen van belangrijke bepalingen in 'het ontslagrecht' kan worden afgeweken, dit in de toekomst wel een reden vormt voor jongeren om zich eerder aan te sluiten bij een vakbond. Alleen door middel van een vakbondslidmaatschap kan men immers direct invloed uitoefenen op de standpunten die de vakbond inneemt en de cao afspraken die worden gemaakt.

Versterking van het instituut cao lijkt echter hoe dan ook wenselijk. Elders (zie daarover ook eerder subpar. 4.5.2) is bepleit om de niet-georganiseerden via bijvoorbeeld de nieuwe media te betrekken bij het cao-onderhandelingsproces, c.q. cao- onderhandelingsresultaten voor te leggen aan alle werknemers bij wijze van referendum. Hiermee zou het instituut cao verlevendigen en wellicht ook een nog groter draagvlak kunnen krijgen.[90]

Experimenten met nieuwe media rond cao-onderhandelingen en/of referenda onder niet-georganiseerden lijken ons tegen de achtergrond van de afnemende organisatiegraad te meer gewenst, nu in de nieuwe wetgeving de rol van vakorganisaties bij driekwartdwingend recht wordt uitgebreid tot in het ontslagrecht.

Voor wat betreft de driekwartdwingende bepalingen is het de vraag wie wordt gebonden door de cao-afspraken en gedurende

88 Vgl. L. Hartveld en C. Jansen, 'Cao-analyse : wat werknemers van de cao vinden,' *Zeggenschap*, 2007-18; Regioplan, ' Ervaringen van werkgevers met de cao en AVV', Amsterdam juni 2007.

89 Zie I. Blekman e.a. in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), a.w. (noot 25), p. 231.

90 Zie hierboven paragraaf 4.5.

welke tijd. Onduidelijkheden daarover zullen wellicht tot nieuwe rechtspraak leiden. Als voorbeeld kwam hierboven ter sprake de reorganisatie (zie subpar. 4.5.3). Reorganisaties waarbij cao-partijen op basis van driekwartdwingend recht afwijken van de wettelijk bepaalde ontslagvolgorde, kunnen bijvoorbeeld tot diverse problemen leiden indien niet iedere werknemer gebonden is aan de betreffende cao. We merkten op dat die ruimte rond de toepassing van het afspiegelingsbeginsel juridisch-technisch complex is en wellicht niet of onvoldoende door de wetgever is doordacht. Meer in het algemeen merkten we op dat de wetgever voor de toepassingsmogelijkheid van driekwartdwingend recht voor het eerst inhoudelijke normen heeft gesteld (zie bijvoorbeeld artikel 7:668a lid 5 (nieuw) BW) waardoor het uiteindelijk aan de rechter is om te beoordelen of de cao-bepaling in een voorgelegde casus verbindend te achten is (zie daarover subpar. 4.5.5 en 4.6.2).

De tijd zal moeten leren, of de wetgever met de introductie van driekwartdwingend recht in met name het het ontslagrecht een wijze koers heeft uitgezet. Het instituut cao zal door de toename van het driekwartdwingend recht naar verwachting in ieder geval een nieuwe, sterke impuls krijgen.

5 Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht

*D.F. Berkhout en A.Ph.C.M. Jaspers**

5.1 Inleiding

Minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: 'de minister') heeft eind november 2013 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer dat een ingrijpende herziening van het Nederlandse arbeidsrecht, in het bijzonder het ontslagrecht, met zich meebrengt.[1] Het wetsvoorstel volgt voor een belangrijk deel het Sociaal Akkoord van 11 april 2013, maar er zijn ook relevante afwijkingen.

Deze bijdrage richt zich op een voorgestelde wijziging die de gang van Sociaal Akkoord naar wetsvoorstel heeft doorstaan: het voornemen om een alternatieve ontslagtoetsingsroute bij cao in te voeren. Wij hebben het dan over de mogelijkheid om bij cao een commissie in te stellen die oordeelt over het voornemen of besluit van de werkgever om werknemers om bedrijfseconomische redenen te ontslaan.[2] Wat prikkelender gezegd: het onderwerp van deze bijdrage is de voorgestelde gedeeltelijke privatisering van het Nederlandse ontslagrecht.

* *Damiën Berkhout is advocaat bij Stibbe en Teun Jaspers is hoogleraar Arbeidsrecht Universiteit van Utrecht en voorzitter VvA werkgroep cao-recht.* *Mevrouw B.P. Kraayvanger van de AWVN heeft ons bij het verzamelen van het materiaal geassisteerd, waarvoor wij haar danken. Voorts danken wijde HR managers van een groot aantal bedrijven die ons informatie en materiaal stuurden. Wij hebben daar dankbaar gebruik van gemaakt. Deze bijdrage is afgesloten op 1 maart 2014.*

1 Voorstel van Wet tot Wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht (Wet werk en zekerheid) van 29 november 2013, *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nrs. 1-2. Zie over dit ontwerp bijvoorbeeld *TAP* 2014/1, Themanummer Nieuw Ontslagrecht. Zie ook *TRA* 2014-1 dat geheel gewijd is aan het wetsvoorstel. Wij zullen in dit artikel de term 'wetsvoorstel' telkens gebruiken om dit wetsvoorstel aan te duiden.

2 Omdat wij ons beperken tot het instellen van commissies bij cao laten we buiten bestek dat het ook kan gaan om instelling bij een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.

Wij beoordelen het wetsvoorstel op basis van een onderzoek naar de bestaande praktijk van 'geschillencommissie bij cao' en een dogmatische analyse. Deze bijdrage beginnen we, na een inleiding, met een korte schets van het wetsvoorstel (5.2), voorzover voor ons onderwerp van belang. Daarna geven we een korte historische schets van geschillencommissies die bij cao zijn ingesteld (5.3). We richten onze analyse in een volgende paragraaf (par. 5.4) op sociale plannen van de laatste decennia waarbij ons baseren op onderzoek van Loonstra en Van der Voet aangevuld met eigen onderzoek van recente datum. Ter illustratie geven wij in afzonderlijke kaders voorbeelden van regelingen op de verschillende aspecten in cao's/ sociale plannen. In een volgende paragraaf (par. 5.5) gaan we uitgebreider in op rechtskarakter en de kwaliteit van de adviezen van commissies. Daarop (5.6) bestuderen wij de ervaringen met commissies van beroep in het bijzonder onderwijs. In de daarop volgende paragraaf (par. 5.7) analyseren we de verhouding tussen de voorstellen die in het wetsontwerp worden gedaan en praktijk van bestaande commissies. Vervolgens (par. 5.8) doen wij op basis van onze analyses verschillende voorstellen om het wetsvoorstel te versterken. Aan het einde van de bijdrage (par. 5.9) spreken wij ook nog wel een – voorzichtig maar duidelijk – oordeel uit over de voorgestelde invoering van ontslagcommissies. Zonder hier alles te verraden menen wij dat de commissies een verrijking zouden kunnen zijn van het ontslagrecht, maar dat het wetsvoorstel op een aantal punten duidelijk tekortschiet en dus een flinke aanpassing nodig heeft.

5.2 De systematiek van het wetsvoorstel en de alternatieve route

Bij de bespreking van het wetsvoorstel richten wij ons op de nieuwe ontslagsystematiek. Naast het opnemen van het vereiste van een redelijke grond voor ontslag in artikel 7:669 lid 1 BW volgt het wetsvoorstel de scheiding van ontslagwegen die in het Sociaal Akkoord is voorgesteld.

De twee beëindigingsroutes worden van elkaar onderscheiden op grond van de aard van de gronden voor beëindiging. In geval van een economisch ontslag, dan wel een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, heeft de werkgever toestemming van het UWV nodig. Is er sprake van een andere grond voor ontslag, dat zijn dan de gevallen opgesomd in artikel 7:669 lid 2 BW onder c t/m h, dan

staat de weg naar de kantonrechter open. Het is dan mogelijk een ontbindingsverzoek in te dienen.

Anders dan in het huidige ontslagrecht staat na het volgen van de eerste route zowel voor de werkgever als voor de werknemer de mogelijkheid open naar de rechter te stappen. Is bijvoorbeeld de toestemming geweigerd, dan geeft artikel 7:671(b) lid 1 BW de werkgever de mogelijkheid een ontbindingsverzoek in te dienen. De rechter is beperkt in zijn mogelijkheden te ontbinden (artikel 7:671 (b), leden 2-9). De werknemer op zijn beurt kan, indien wel toestemming is verleend, bij de rechter een verzoek indienen tot herstel van de geëindigde arbeidsovereenkomst of tot toekenning van een billijke vergoeding wanneer ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever in het spel is (artikel 7:682 lid 1 BW).[3] Van deze beslissingen van de rechter staat volledig hoger beroep en cassatie open. Dat wil zeggen dat eerst hoger beroep mogelijk is bij het gerechtshof, waarna ook in principe cassatie kan worden ingesteld bij de Hoge Raad.

De voor deze bijdrage belangrijkste vernieuwing uit het Sociaal Akkoord en het wetsvoorstel betreft evenwel de mogelijkheid om bij cao een commissie in het leven te roepen die in plaats van het UWV gaat oordelen over een voornemen tot ontslag. Het Sociaal Akkoord spreekt over een commissie per sector. Voor sectoren met veel MKB-bedrijven worden in het Sociaal Akkoord en in het wetsvoorstel voordelen voorzien met name op het punt van het creëren van:

> *'(...) een eenvoudige en laagdrempelige voorziening dicht bij bedrijven en werknemers te creëren voor beoordeling van (met name) ontslagen om economische redenen'.*[4]

Het Sociaal Akkoord sluit niet uit dat deze route voor het MKB ook beschikbaar is in geval van ontslag om in de persoon gelegen redenen.[5]

Het wetsvoorstel neemt het voorstel uit het Sociaal Akkoord over en vult dat nader in. Artikel 7:671(a) leden 2 en 3 BW bepaalt dat de bevoegdheid die aan het UWV wordt gegeven, ook kan worden toegekend aan een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige

3 Na het advies van de Raad van State heeft de minister artikel 7:682 lid 3 in die zin aangepast dat de mogelijkheid van herstel dienstbetrekking zal worden geschrapt. Zie *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 4, p. 64.

4 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 4, p. 53.

5 Dat verwijst naar de redenen die in artikel 7:669 lid 2 onder c t/m h van het wetsvoorstel staan genoemd.

commissie die wordt ingesteld óf in een collectieve arbeidsovereenkomst óf in een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.[6] Aan een dergelijke commissie worden wel een paar voorwaarden gesteld. Zo zal de cao moeten zijn afgesloten met een of meer vakbonden waarbij ook nog aan de voorwaarde moet zijn voldaan dat zij – vergelijkbaar aan de regeling bij collectief ontslag – in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder hun leden tellen.[7] Naar aanleiding van het advies van de Raad van State, die vragen stelde bij de onafhankelijkheid van een dergelijke cao-commissie en bij de procedurele waarborgen, heeft het kabinet bovendien in de toelichting bij het wetsvoorstel het belang onderstreept van de onafhankelijkheid van de commissie evenals de waarborgen voor een eerlijke en goede procedure.[8] Over de mogelijkheid dat een eenmaal ingestelde commissie afwijkt van de formele en inhoudelijke procedures die het UWV volgt – een zorg die de Raad van State ook had uitgesproken – zei het kabinet in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nogal weinig en is dus nog steeds veel onduidelijk.

Uit de bewoordingen van het wetsvoorstel en de toelichtingen daarop kan men afleiden dat de commissies ook op ondernemingsniveau bij cao kunnen worden ingesteld. Die suggestie was ook al gedaan in het Sociaal Akkoord. Uiteraard moet de commissie ook dan voldoen aan de kwalitatieve criteria die de wet stelt. De in het Sociaal Akkoord gedane suggestie dat een dergelijke commissie niet alleen bevoegd is bij economisch ontslag, maar ook wanneer andere ontslaggronden aan de orde zijn, zoals disfunctioneren,[9] wordt in het wetsvoorstel niet overgenomen. Dat is interessant, want de Raad van State heeft al gewezen op de mogelijke problemen die kunnen ontstaan bij een samenloop van ontslaggronden (economische redenen aan de ene kant en aan de andere kant meer in de persoon van de werknemer gelegen gronden). Het kabinet acht deze samenloop-

6 De wetgever heeft inmiddels duidelijk gemaakt dat de commissies alleen kunnen oordelen over voorgenomen bedrijfseconomische ontslagen en niet over ontslagen verband houdende met langdurige arbeidsongeschiktheid. Zie *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 46.

7 Voor het overige moeten zij voldoen aan de eisen van artikelen 1 en 2 van de Wet CAO.

8 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 4, p. 53.

9 In die zin de Stichting van de Arbeid in haar advies *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Den Haag 2013, p. 28.

problematiek geen aanleiding voor aanpassing van het wetsvoorstel.[10]

5.3 Een korte (historische) schets van geschillencommissies

Het toekennen van bevoegdheden op het gebied van de preventieve ontslagtoets aan door sociale partners in het leven te roepen sectorale 'ontslagcommissies', roept een aantal vragen op die wij zullen bespreken. Voorop moet worden gesteld dat bij cao in het leven geroepen geschillencommissies bepaald geen onbekend verschijnsel zijn in het arbeidsrecht. Niet alleen in ons land maar in tal van landen kent men arbeidsgeschillencommissies.[11] Zij verschijnen onder verschillende benamingen en hun bevoegdheden kunnen ook nogal van elkaar verschillen.

Voor wij nader ingaan op de specifieke vragen die rijzen bij het wetsvoorstel, geven we eerst een globale analyse van het historische en huidige landschap van geschillenbeslechting bij cao. Wij menen dat de ervaringen tot dusver zouden moeten meewegen bij een beoordeling van het wetsvoorstel.

Voor de goede orde stellen wij vast dat het ons niet gaat om alternatieve conflictbeslechting in de vorm van mediation. De commissies die wij onder de loep nemen voldoen niet aan wat onder mediation wordt begrepen.[12] In deze bijdrage gaat het om een vorm van geschillenbeslechting die wordt samengevat onder de term 'alternatieve geschillenbeslechting' of met de Engelse term *'alternative dispute resolution'*. Zoals gebruikelijk wordt onder 'alternatief' verstaan: een procedure waarbij de rechter geen of eerst in een volgende ronde een rechtsprekende rol heeft. Voor deze bijdrage houdt dat in dat wij terzijde laten dat de rechter, zeker bij arbeidsgeschillen, vaak bemiddelend optreedt met het doel partijen zelf een oplossing voor hun probleem te laten bereiken. Een andere beperking is gelegen in het gegeven dat wij slechts spreken over geschillencommissies die in een

10 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 52.

11 Zie hierover bijvoorbeeld T. van Peijpe, 'Geschilbehandeling in het arbeidsrecht', in M.V. Polak, *Geschillenbeslechting naar behoren*, Kluwer 1998, p. 59-72.

12 Zie hierover C.J. Loonstra, 'Alternatieve geschillenbeslechting in het individuele arbeidsrecht: een lonkend perspectief?', in: E. Heij e.a. (red.), *Grensverkenningen in het recht*, Gouda Quint/SI nr. 26, Rotterdam 2001, p. 6-20. Er is geen sprake van een naar consensus strevende, vrijwillige conflictbeslechting, maar van een dwingende route die partijen moeten nemen in geval van ontslag.

collectieve regeling tussen partijen is overeengekomen, in het bijzonder in een cao. Dergelijke commissies worden vaak ingesteld in het kader van een reorganisatie in een sociaal plan, dat meestal de status van een cao heeft en dus ook voldoet aan de eis van aanmelding. Een vraag die wij niet buiten sluiten, maar die wij niet uitgebreid zullen behandelen, is welke status een geschillencommissie heeft die is ingesteld door vakbond(en) en werkgever in een sociaal plan dat niet is aangemeld bij de minister van SZW en dus niet de status van cao heeft.

Onderzoek heeft laten zien dat onder alternatieve geschillenbeslechting allerlei vormen en modaliteiten vallen. Zij vindt plaats in situaties van collectieve conflicten en in individuele arbeidsgeschillen. In deze bijdrage beperken wij ons tot de laatste categorie, omdat we hier spreken over te vormen commissies die een rol krijgen in ontslagprocedures. Overigens wil dit niet zeggen dat wij zaken waarbij een collectiviteit van werknemers betrokken is, buiten beschouwing laten. In gevallen van economisch ontslag gaat het nogal eens om collectieve ontslagen. Om die reden zullen commissies die in het kader van min of meer omvangrijke reorganisaties worden ingesteld, zich ook met collectieve aspecten inlaten.

Na voorgaande overpeinzingen komen wij toe aan het historisch perspectief, want: bedrijfsrechtspraak is bepaald geen modern verschijnsel. Zo kende de grafische sector al in het begin van de vorige eeuw een vorm van geschillenbeslechting door bij cao in het leven geroepen commissies.[13] Hoewel geen systematisch onderzoek is gedaan naar het voorkomen van geschillencommissies, ook niet over de laatste decennia, kan op grond van een aantal onderzoeken enkele lijnen worden getrokken. Uit overzichten die door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met een zekere regelmaat worden gepubliceerd, kan worden afgeleid dat een groot aantal cao's, zowel op bedrijfstak als ondernemingsniveau, een vorm van alternatieve geschillenbeslechting kent. Ze kunnen van uiteenlopende aard zijn, waarbij een groot aantal het karakter hadden van een bindend advies.[14] Onderzoek uit de twee laatste decennia bevestigt dat beeld. Een onderzoek naar het voorkomen van dergelijke regelingen in cao's van 1994 liet zien dat in 78 cao's (van de 235 cao's op bedrijfstak en ondernemingsniveau) een

13 F.F.M. Stolwijk, De Cao voor de typografie, Haarlem 1948; en de Bedrijfsrechtspraak in arbeidszaken, in: Hedendaags arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn, 1966, p. 296.

14 Zie F.P. van der Heijden, Een eerlijk proces in het sociaal recht?, Deventer 1984, p. 148.

geschillenregeling voorkomt, waarvan het overgrote deel als uitslag een bindend advies kent.[15] Een meer recent onderzoek naar de algemeen verbindend verklaarde cao's (stand augustus 2006) bevestigt dat. Van de 132 onderzochte cao's bevatten 97 een geschillenregeling.[16] Dit onderzoek geeft een preciezer beeld van de juridische status van de bij cao ingestelde geschillencommissie. Een heel kleine minderheid kent óf alleen bemiddeling óf arbitrage (beide 4 van de 82). Bindend advies komt wat vaker voor maar niet hoger dan 10%. In een derde van de cao's heeft de commissie slechts de bevoegdheid van advies. Een vierde deel van het totaal bevatte een zogenoemde duo-constructie: een advies maar partijen kunnen verzoeken om een bindend advies als zij beide ermee instemmen. In een weer een ander deel van de cao's blijkt niet duidelijk voor welke vorm van geschillenbeslechting gekozen wordt.[17]

Met het oog op het onderwerp van deze bijdrage – een geschillenregeling met een geschillencommissie in individuele zaken die aan ontslag gerelateerd zijn – hebben wij een onderzoek gedaan naar het voorkomen van dergelijke regelingen in sociale plannen. Commissies die in dat kader optreden krijgen in de regel te maken met zaken die door werknemers worden aangekaart en die een verband hebben met een mogelijk ontslag op grond van economische gronden. Het gaat daarbij naast ontslagen – vaak op grond van boventalligheid – over zaken als over- of herplaatsing, waarbij het begrip 'passende functie' een belangrijke rol speelt, scholingsaanbod, mobiliteits- of transitievoorzieningen. Dit zijn allemaal regelingen die in verband staan met sanering van het personeelsbestand.

De laatste vijf jaren (2009-2013) is er een groot aantal sociale plannen afgesloten, voor het overgrote deel op ondernemingsniveau. Binnen concerns gaat het om een sociaal plan dat voor het hele concern geldt en dus ook voor de verschillende onderdelen, al is het mogelijk dat er op lokaal niveau bijzonderheden worden overeengekomen. Philips is hiervan een voorbeeld. In andere concerns kent men alleen sociale plannen op het niveau van de onderdelen.

15 H. Carels, Overzicht meest reguliere arbitrage-, bindend advies- en klachtenprocedures geregeld bij CAO, in: C.G. Scholten, Vademecum Burgerlijk Procesrecht Arbeidszaken, Gouda Quint 2000, p. 29.

16 C.J. Loonstra en G.W. van der Voet, De kwaliteit en wenselijkheid van alternatieve geschillenprocedures in cao's, Arbeid Integraal 2007, p. 69-70. Het onderzoek richtte zich op 82 cao's die uitdrukkelijk de instelling van een geschillencommissie bevatten.

17 In 23% van de cao's. De cao spreekt dan van 'beslissing' of 'uitspraak' zonder de juridische status duidelijk aan te geven.

Voorbeelden daarvan zijn DSM en AKZO NOBEL.[18] Hoewel de sociale plannen niet steeds de formele status van een cao hebben, simpelweg omdat niet alle sociale plannen worden aangemeld bij de minister hebben wij ze allemaal op de één of andere wijze meegenomen in ons onderzoek.[19]

Om een eerste interessante les uit ons onderzoek te delen: op een enkel geval na kennen alle sociale plannen een commissie die in het kader van de uitleg en de toepassing ervan één of andere adviserende rol vervult. Die adviserende rol kan variëren van licht (een advies waarvan de werkgever gemakkelijk kan afwijken) tot zwaar (zwaarwegend en bindend advies). De commissies komen voor onder verschillende benamingen, maar hun functie en taken vertonen grote overeenkomsten. Om een beeld te krijgen van taken en bevoegdheden is de benaming van een dergelijke commissie (uiteraard) niet van belang. Daarvoor is nodig dat de sociale plannen op deze aspecten geanalyseerd worden.

5.4 Recente sociale plannen en geschillencommissies: een summier onderzoek

5.4.1 Inleiding

Wij hebben de recente, ons beschikbare sociale plannen op basis van de teksten geanalyseerd op een aantal kenmerken. We ontlenen deze kenmerken aan de eisen die aan commissies die een rol in de beslechting van geschillen spelen gewoonlijk worden gesteld. We baseren ons daarbij op de in de literatuur algemeen aanvaarde criteria die gelieerd zijn aan de notie van een 'behoorlijke' procedure.[20] We hebben, met andere woorden, kenmerken geselecteerd die als waarborg dienen voor een fatsoenlijke procedure. Het gaat om de bevoegdheden van de commissie (subpar. 5.4.2), de samenstelling

18 Bij sommigen is er wel een tendens om tot één landelijk sociaal plan te komen. Dat heeft mede te maken met de wijziging van optiek: meer in de richting van: 'van werk naar werk' in plaats van 'afvloeiingsregelingen'.

19 Het gaat om in totaal bijna 70 sociale plannen. Het overzicht is gebaseerd op eigen onderzoek in verschillende databases. We hebben alleen de laatste versies van sociale plannen in het onderzoek betrokken tenzij de inhoud van een recenter sociaal plan op de betreffende relevante onderwerpen verschilt van een vorige versie.

20 Zie P.F. van der Heijden, a.w. (noot 14), p. 44 e.v.; C.J. Loonstra en G.W. van der Voet, a.w. (noot 16), p. 69-70; en G.W. van der Voet, Alternatieve geschillenprocedures in cao's, Tijdschrift voor conflicthantering, nummer 4, 2009, p. 23 e.v.

en de daarmee samenhangende onpartijdigheid en onafhankelijkheid van een geschillencommissie (subpar. 5.4.3), de procedureregels waaronder het hoor en wederhoor (subpar. 5.4.4) en de deskundigheid van de commissieleden (subpar. 5.4.5).

5.4.2 Bevoegdheden/taken

De bevoegdheden en taken van een geschillencommissie hangen nauw samen met de aard van de commissie en de materiële scope van de geschillenregeling. In de regel wordt in de regeling vastgelegd waarover de commissie haar oordeel mag geven. Een regeling kan heel algemeen zijn, zodat een commissie over alles mag oordelen dat in verband staat met de toepassing van het sociaal plan. Het kan ook zijn dat de collectieve regeling bepaalt óf een geschil over een bepaald onderwerp aan de commissie mag worden voorgelegd en waarover de commissie een oordeel mag geven. Regelmatig is er in de cao's een oordeel of advies over individuele ontslagzaken juist uitgesloten. Ook vervalt de competentie van de commissie vaak wanneer de rechter (of het UWV) of een andere instantie wordt ingeschakeld.

Uiteraard is ook van belang welke juridische status aan het oordeel wordt gegeven. Het ligt voor de hand dat als de uitspraak van de commissie een gering bindende of verplichtende kracht heef, de commissie haar bevoegdheden ruimer kan hanteren omdat de commissie kan aansturen op een praktische of pragmatische oplossing van het geschil. De commissie kan en zal zich dan eerder als mediator opstellen. Wordt de bindende kracht sterker dan ligt het in de rede om de bevoegdheden strakker te formuleren omdat het oordeel dan verstrekkender is. De juridische status van een uitspraak komt hierna apart nog aan de orde (par. 5.5).

Voor een analyse van de collectieve regelingen op dit aspect is het van belang hoe concreet de reikwijdte wordt aangegeven, geformuleerd. Het komt ook wel voor dat de uitleg van bepalingen van een cao is opgedragen aan een afzonderlijke commissie, niet zijnde de geschillencommissie van het sociaal plan. Bij een individueel geschil waarover de geschillencommissie bevoegd is te oordelen, zal dan eerst de cao-commissie om een oordeel moeten worden gevraagd om voldoende duidelijkheid te krijgen waarover de geschillencommissie zich mag en kan buigen. Een dergelijk probleem kan zich in de praktijk nog wel eens voordoen in situaties waarin een geschillencommissie over de toepassing van een sociaal plan moet beslissen en de van toepassing zijnde cao een bepaling bevat die een deel van de onderhavige problematiek beheerst of het niet duidelijk is of dat het

geval is. Wanneer een cao (sector dan wel ondernemings-cao) bijvoorbeeld een regeling bevat die betrekking heeft op de positie van werknemers in een automatiseringsproces[21] en het sociaal plan een regeling bevat in verband met reorganisatie waarbij de automatisering niet buiten schot blijft, kan de vraag rijzen of de geschillencommissie die oordeelt over de toepassing van het sociaal plan, wel bevoegd is om over die samenval te oordelen. Indien de formuleringen in het sociaal plan en in de cao niet precies of goed op elkaar aansluiten, kan er een hiaat ontstaan over de bevoegdheden.

Een ander aspect is of de collectieve regeling een set van criteria aanreikt, waaraan de commissie het gedrag van werkgever en/of werknemer moet toetsen alsmede hoe 'streng' deze criteria geformuleerd zijn. Ook op dit punt kan zich een verband voordoen tussen de lijst van criteria en de juridische status van het oordeel van de commissie. Hoe dwingender de uitspraak van de commissie is, hoe nauwkeuriger de commissie met deze criteria zal moeten omgaan. De motivering van de uitspraak zal daarmee gelijke tred moeten houden. Zo ligt het voor de hand dat wanneer een uitspraak van de commissie bindend is, dan wel het karakter van een zwaarwegend advies heeft, aan de motivering zwaardere eisen zullen moeten worden gesteld. Dat vereist een gemotiveerde toetsing aan de criteria.

Taak van de commissie

De onderzochte Sociale Plannen formuleren de taak of bevoegdheid van commissies in de regel heel algemeen. Een veel voorkomende formulering is dat de commissie toeziet op 'de juiste toepassing of uitvoering van het Sociaal Plan'.[22] Sociale plannen spreken ook van 'het volgen van de toepassing', hetgeen niet hoeft in te houden dat het minder is dan 'toezien op de juiste toepassing'. Een enkele keer is er slechts sprake van het 'bewaken van de uitvoering van het sociaal plan' wat opnieuw niet hoeft te betekenen dat de uitspraak van de commissie geen kracht heeft.[23]

21 Bijvoorbeeld een baangarantie in de cao voor werknemers die in de automatisering(safdeling) van het bedrijf werkzaam zijn.

22 In het Sociaal plan van bijvoorbeeld Cofely Nederland 2013 heet het dat de commissie toeziet op en meewerkt aan een zodanige toepassing van het Sociaal Plan, dat de belangen van de betrokkenen zowel naar de letter als de geest zo goed mogelijk worden behartigd.

23 Een voorbeeld is het Sociaal Kader van Vesteda (2011-2015) waarin de commissie als zij bij unanimiteit besluit, een voor de directie bindend advies geeft.

In veel gevallen krijgt de commissie naast toezicht op de naleving en toepassing van het sociaal plan ook nog uitdrukkelijk de taak om de 'passendheid' van de – aangeboden – functie, zowel bij interne als bij externe herplaatsing, te beoordelen. In enkele gevallen wordt op de werkgever een verplichting gelegd om de commissie om een advies te vragen. In enkele sociale plannen bestaat er een uitgebreide, gedetailleerde regeling op dit punt. Voorbeelden daarvan zijn de sociale plannen van Achmea en ABN AMRO.[24]

Box 1

Sociaal plan Achmea 2011/2012

Toetsing ondersteuning door Achmea
Als de herplaatsingskandidaat van mening is dat de werkgever onvoldoende ondersteuning heeft geboden tijdens de herplaatsingsperiode, dan kan hij het herplaatsingsdossier ter toetsing voorleggen aan de Begeleidingscommissie.

De Begeleidingscommissie toetst aan de hand van het dossier of de werkgever in voldoende mate aan zijn in dit Sociaal Plan en in het 'herplaatsingsreglement' vastgelegde verplichtingen heeft voldaan. De Begeleidingscommissie stelt daarbij zowel de werkgever als de herplaatsingskandidaat in de gelegenheid hun standpunten ter zake mondeling toe te lichten.

Als de Begeleidingscommissie van oordeel is dat de werkgever in onvoldoende mate ondersteuning heeft geboden tijdens de herplaatsingsperiode, dan kan de Begeleidingscommissie besluiten de herplaatsingsperiode te verlengen.

Als de Begeleidingscommissie van oordeel is dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de werkgever te weinig ondersteuning heeft geboden tijdens de herplaatsingsperiode, dan vervolgt de herplaatsingskandidaat het herplaatsingstraject of, als de herplaatsingstermijn verstreken is, gaat de werkgever over tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst conform hoofdstuk 8 van dit Sociaal Plan.

Toetsing mate van inspanning door de herplaatsingskandidaat
Als de werkgever van mening is dat de medewerker in onvoldoende mate actief meewerkt aan het vinden van een passende functie, dan kan hij het dossier ter toetsing voorleggen aan de Begeleidingscommissie.

24 ABN AMRO kent aan de geschillencommissie een uitgebreide taak toe bij de procedure en besluitvorming inzake plaatsing in verband met reorganisatie. Voorbeelden zijn ook: Sociaal plan CHR Bouwmaterialenhandel 2013, Sociaal plan KEMA 2012 en Sociaal plan Stichting Amerpoort 2013.

De Begeleidingscommissie toetst aan de hand van het dossier of de herplaatsingskandidaat in voldoende mate aan zijn in dit Sociaal Plan en in het 'herplaatsingsreglement' vastgelegde verplichtingen heeft voldaan. De Begeleidingscommissie stelt daarbij zowel de herplaatsingskandidaat als de werkgever in de gelegenheid hun standpunten ter zake mondeling toe te lichten.

Als de Begeleidingscommissie van oordeel is dat de herplaatsingskandidaat in onvoldoende mate heeft meegewerkt aan het vinden van een passende functie, dan kan de werkgever over gaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een beëindigingsvergoeding.

Als de Begeleidingscommissie van oordeel is dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de herplaatsingskandidaat onvoldoende actief heeft meegewerkt aan het vinden van een passende functie, dan vervolgt de herplaatsingskandidaat het herplaatsingstraject of, als de herplaatsingstermijn verstreken is, gaat de werkgever over tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst conform hoofdstuk 8 van dit Sociaal Plan.

Een derde onderdeel van de bevoegdheid van de commissie is te oordelen over de toepassing van de hardheidsclausule die in nagenoeg alle sociale plannen is opgenomen. De formulering is meestal vergelijkbaar: Als toepassing van het sociaal plan in een individueel geval zou leiden tot een onbillijke situatie, kan werkgever van het sociaal plan afwijken ten gunste van de medewerker. In die gevallen waarin het sociaal plan niet voorziet, zal werkgever handelen in de geest van het sociaal plan.

Box 2

Sociaal plan Michelin 2012

Het geven van een oordeel over de vraag of de hardheidsclausule van toepassing moet worden verklaard in een individueel geval en het doen van een voorstel voor de wijze waarop de hardheidsclausule in het desbetreffende geval toegepast zou kunnen worden.

Zeer uitgebreide omschrijvingen van de taak van de commissie zijn nogal zeldzaam. Een voorbeeld is de regeling van de Rabobank die geformuleerd is in de vorm van gronden voor bezwaar.

Box 3

Centraal Sociaal plan RABO Bank 2013

1. de medewerker meent dat de faciliteiten uit het Sociaal Plan in de actieve mobiliteitsfase onterecht zijn geweigerd of toegekend;
2. de medewerker meent dat op onjuiste wijze of gronden het op de functie van toepassing zijnde scenario van reorganisatie, zoals beschreven in hoofdstuk 3 van het Sociaal Plan, is bepaald;
3. de medewerker meent dat de aanwijzing van boventalligheid niet op de wijze zoals aangegeven in het Sociaal Plan heeft plaatsgevonden;
4. de werkgever of de medewerker meent dat de wederpartij en/of het externe mobiliteitsbureau onvoldoende de afspraken uit het Plan van Aanpak inzake de begeleiding van baan-naar-baan is nagekomen;
5. de medewerker meent dat een functie als passende functie, zoals bepaald in het Sociaal Plan aangeboden had moeten worden;
6. een passende functie, zoals bepaald in het Sociaal Plan, door de medewerker naar de mening van de werkgever onterecht wordt geweigerd;
7. de medewerker een beroep wenst te doen op de hardheidsclausule in een situatie die is aangegeven in hoofdstuk 9 van het Sociaal Plan.

Soms worden ook bepaalde bevoegdheden uitgesloten die veelal in verband staan met ontslagen. Zo sluit het sociaal plan van Parenco 2013 uitdrukkelijk uit dat de commissie betrokken wordt bij het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV evenals het indienen van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter.[25] In andere sociale plannen wordt de commissie niet geacht te oordelen over het al dan niet boventallig verklaren van medewerkers.[26]

Een bevoegdheid om te oordelen over ontslagen wordt zelden uitdrukkelijk aan de commissie gegeven. In een enkel geval gebeurt dat wel. Zo wordt in het sociaal plan van Feenstra Verwarming bepaald dat de commissie erop toeziet dat het deel van het Sociaal Plan met betrekking tot boventalligheid en ontslag conform de Sociale Regeling wordt toegepast.[27] Indirect heeft een commissie wel vaak met ontslagen te maken, met name in de situaties van herplaatsing of toepassing van andere mobiliteits- of transitievoorzieningen die in een sociaal plan zijn opgenomen. Indien een

25 Zo ook Sociaal Plan Cerexagri 2013.

26 Zie bijvoorbeeld Sociaal plan Teijin Aramid en Sociaal plan KPN Corporate Market 2010.

27 Sociaal plan Feenstra verwarming 2012-2014 Bijlage 1.

werknemer zonder goede gronden niet (goed of behoorlijk) meewerkt aan een herplaatsing of zonder goede gronden geen gebruik maakt van aangeboden voorzieningen, kent het sociaal plan de mogelijkheid om de werknemer te ontslaan, gewoonlijk onder uitsluiting van (verder) gebruik van die voorzieningen of andere geldelijke voorzieningen in het kader van beëindiging van de arbeidsverhouding. Dergelijke gevallen kunnen bij de commissie komen wanneer de werkgever meent dat de werknemer dergelijk gedrag te verwijten is en de werknemer meent dat dat niet het geval is, daarmee tot uitdrukking brengend dat de werkgever het sociaal plan niet juist toepast dan wel dat er reden is voor toepassing van de hardheidsclausule.

Het gebeurt slechts zelden dat een sociaal plan de commissie de bevoegdheid toekent om te adviseren over een (voorgenomen) ontslag in verband met een reorganisatie of zich uit te spreken over de selectie van werknemers die voor ontslag in aanmerking komen (de ontslagvolgorde). Voorbeelden van een soort preventieve toetsing is te vinden in het sociaal plan van Amerpoort (voorbeeld van de eerste soort) en in het Sociaal plan van de SVB waarin de adviescommissie de bevoegdheid heeft een bezwaar tegen de aanwijzing van 'sleutelfunctionarissen' in behandeling te nemen en er advies over uit te brengen (voorbeeld van de tweede soort).

Box 4

Sociaal plan SVB 2012

artikel 9 vaststelling boventalligheid:
Sleutelfunctionarissen kunnen worden uitgezonderd van ontslag tot een maximum van 15% van de formatie per bedrijfsvestiging of directie van het hoofdkantoor. Een sleutelfunctionaris is een werknemer die een zodanige positie binnen de organisatie inneemt dat de kwaliteiten en persoonlijke eigenschappen van de functionaris bepalend zijn voor het succes van de SVB c.q. de directie c.q. de afdeling.

Sociaal Plan Amerpoort 2009/2012

Artikel 7.4:
De werkgever is verplicht de commissie om advies te vragen wanneer zij in het kader van een reorganisatie/organisatiewijziging voornemens is:
een werknemer te ontslaan, die weigert mee te werken aan mobiliteitsbevorderende maatregelen, in casu detachering, nadat is gebleken dat aan betrokkene geen passende functie kan worden aangeboden.

Concluderend kan worden gezegd dat in verreweg de meeste gevallen een commissie die opereert in het kader van een reorganisatie of organisatiewijzigingen de bevoegdheid krijgt zich een oordeel te vormen over de toepassing van de bepalingen van een Sociaal Plan. Als gezegd, dit zijn nagenoeg uitsluitend sociale plannen op ondernemingsniveau.[28] Bij grote bedrijven bestaat er een centraal sociaal plan dat op het niveau van de onderdelen verbijzonderd kan worden met het oog op een bepaalde reorganisatie.[29] De omvang van de bevoegdheden kan verschillen. Wij constateren een grote diversiteit.

In een aantal gevallen krijgt een commissie uitdrukkelijk de mogelijkheid om te adviseren over herplaatsing. Als die taak niet uitdrukkelijk wordt genoemd, dan zegt dat echter niet dat een commissie dat niet doet. Dat valt vaak onder de algemene bevoegdheid van toezicht op de uitvoering en toepassing van het sociaal plan waarin gewoonlijk herplaatsingsregelingen zijn opgenomen. Slechts in enkele gevallen krijgt de commissie uitdrukkelijk de bevoegdheid om te adviseren over ontslagen (wegens reorganisatie, dat wil zeggen bedrijfseconomische ontslagen). Uit onderzoek blijkt dat meestal dan verwezen wordt naar de Beleidsregels Ontslagtaak die het UWV hanteert.[30] Wat de reden is van deze 'volgzaamheid' is niet gemakkelijk te achterhalen omdat een redengeving ontbreekt. Dat de wettelijke regelingen hiervoor geen of in elk geval niet veel ruimte geeft, zal daaraan zeker bijdragen. Er zijn ook voorbeelden waarin die ruimte wel gebruikt wordt (of: genomen wordt).[31]

Toetsingskader voor de commissie

Om een beter beeld te krijgen van de rol van de geschillencommissies is een analyse van de toetsingsnormen die de commissies ter beschikking staan nuttig. De algemene en veel voorkomende toetsingsnorm is correcte toepassing en uitvoering van het sociaal plan. Wat deze vrij vage norm meer precies inhoudt, is afhankelijk van de onderwerpen en de wijze van formulering die in het sociaal plan staan opgenomen. In het overgrote deel van de door ons onderzochte

28 Bij grote bedrijven met meerdere vestigingen of onderdelen kan het zijn dat voor het geheel, voor het concern een sociaal plan geldt dat op alle onderdelen van toepassing is. Zie bijvoorbeeld ABNAMRO en RABO bank.

29 Voorbeeld daarvan is o.a. Philips Centraal Sociaal plan 2014.

30 Zie o.a. DSM, met aparte sociale plannen voor Gist Services 2013, Engineering Plastics 2013 en Resins en NeoResins 2011-2013.

31 De regelingen bij ABNAMRO zijn daarvan een voorbeeld.

sociale plannen is de her- en overplaatsing, mobiliteitsbevordering van (boventallige) werknemers ten gevolge van reorganisatie of organisatiewijziging een centraal onderwerp voor de commissie.[32] Veelal bevatten sociale plannen meer of minder uitgebreide regelingen op dit terrein, waarbij allerlei instrumenten ter bevordering van het doel 'van werk naar werk' kunnen worden ingezet en gebruikt. Hoe concreter deze regelingen zijn, hoe concreter de commissie kan toetsen of ze correct zijn toegepast. Wanneer termen als 'redelijkheid' in regelingen staan opgenomen,[33] wordt de beoordelingsruimte voor de commissie vergroot, wat niet zonder gevolgen is of zal moeten zijn voor de motivering van het advies van de commissie en het 'gezag' dat aan het advies wordt gegeven.

Indien het sociaal plan een hardheidsclausule bevat,[34] dan is er uiteraard sprake van een redelijkheidstoetsing, onafhankelijk van hoe de formulering precies luidt.

Opmerkelijk, maar niet onverwacht, is dat, als sociale plannen bevoegdheden met betrekking tot bedrijfseconomisch ontslag bevatten, het Beleidskader ontslagtaak UWV wordt overgenomen of als toetsingskader wordt gebruikt. Dit duidt erop dat het uitgangspunt van de wetgever, om deze regels in beginsel ook van toepassing te laten zijn voor 'ontslagcommissies', aansluit bij de (beperkte) reeds bestaande praktijk.

5.4.3 Samenstelling en onafhankelijkheid

Aan de hand van een steekproef van 29 sociale plannen hebben wij vastgesteld hoe de commissies gemiddeld genomen worden samengesteld. Het volgende beeld ontstaat:

Tabel 1

Categorie	A.	B.	C.	D.	E.
Indeling	Onafhankelijk (neutrale voorzitter)	Gelijke leden (werkgevers-lid voorzitter)	Gelijke leden (werknemers-lid voorzitter)	Ongelijke leden (werknemers dominant)	Gelijke leden (onduidelijk)
Totaal (%)	16 (55%)	5 (17%)	0 (0%)	2 (7%)	6 (21%)

32 Daartoe rekenen wij ook allerlei scholingsregelingen met het doel her- en overplaatsing of (interne en externe) mobiliteit te bevorderen.

33 Dat is in veel sociale plannen het geval.

34 Dat is in de grote meerderheid van de door ons onderzochte sociale plannen het geval.

Bovenstaande tabel toont dat van de 29 sociale plannen die wij hebben meegenomen in de toets, in de meerderheid van de gevallen sprake is van een 'neutrale commissie'. Dat wil zeggen dat er evenveel werkgever- als werknemersleden worden aangesteld en dat daarbij een derde lid wordt gekozen door de werknemer- en werkgeververtegenwoordiger gezamenlijk. Het derde, onafhankelijke lid is vervolgens in alle gevallen voorzitter van de commissie. Wij gebruiken de term 'neutraal' omdat bij deze samenstelling sprake lijkt te zijn van een zeker machtsevenwicht tussen sociale partners, maar voorzichtigheid is geboden. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat één van de partijen nog steeds een dominante invloed heeft en dus niet een 'neutrale' situatie bestaat. Zo kan een sociaal plan eisen dat een werkgever alleen rekening hoeft te houden met een oordeel van de commissie als er een unaniem negatief advies ligt. Het werkgeverslid heeft dan in effect een vetorecht en een sterkere positie dan de twee andere leden van de commissie.[35]

De overige kolommen (B tot en met E) van de tabel tonen andere situaties. Allereerst in hoeveel situaties sprake was van gelijk aantal leden met een werkgever (B) of werknemerslid (C) als voorzitter. Wij veronderstellen dat de voorzittersrol verschillende rechten met zich meebrengt, zoals het leiden van de vergaderorde. Een voorzitter die effectief gebruik maakt van zijn rol kan in letterlijke en figuurlijke zin de agenda bepalen van de commissie. Wij noemen de situatie onder B daarom een werkgever-dominante commissie en C een werknemer-dominante commissie. Daarnaast zijn er gevallen waarin de werknemers juist meer leden mogen benoemen, waardoor ons inziens gesproken kan worden van dominantie van de werknemers (D). Ten slotte zijn er sociale plannen die niet invullen wie voorzitter wordt (E). Juist omdat de voorzitter (vaak) agendabepalend is was het ons inziens verrassend dat in een relevant groot aantal sociale plannen deze rol nog niet wordt ingevuld (21% van de keren). Een mogelijke verklaring is dat partijen geen akkoord konden bereiken over de voorzittersrol juist omdat deze rol gewicht heeft. Wat de reden ook moge zijn, het lijkt ons voor zowel werkgever als werknemer ongunstig dat deze onduidelijkheid in de praktijk kennelijk kan bestaan. In feite verschuiven sociale partners het probleem zodoende naar de commissie.

35 Terzijde: juist waar géén sprake was van een neutrale commissie, leek er in onze steekproef sprake te zijn van een situatie waarin relatief minder bevoegdheden werden gegeven aan de commissie.

De volgende observaties maken wij verder wat betreft de samenstelling en onafhankelijkheid van de in de steekproef bekeken sociale plannen.

i. Regelmatig wordt in sociale plannen de eis gesteld dat de leden van de commissie niet werkzaam mogen zijn bij de onderneming. Soms is de kwalitatieve uitsluiting enger geformuleerd, zoals de meer expliciete uitsluiting dat directieleden geen lid mogen zijn van de commissie. Aan de andere kant zijn er ook sociale plannen waarin juist een kwalitatieve eis wordt gesteld: dan moet een lid werknemer zijn van de onderneming (of zelfs van een specifieke afdeling). Het stellen van deze eis is interessant. Ervoor pleit dat het lid waarschijnlijk goed op de hoogte is van de toestand binnen de onderneming en dus contextgevoelig een individuele zaak kan beoordelen. Een nadeel is echter dat het de vraag is of dit de onafhankelijkheid van het lid wel ten goede komt. Het lid zal immers mogelijk een oordeel moeten geven over een vraagstuk dat gaat over zijn of haar naaste collega's.
ii. Aan werknemerszijde wil het nog wel verschillen of het de ondernemingsraad of de werknemersvereniging is die de werknemersleden kiest. Er zijn ook sociale plannen waarbij zowel de OR als de vakbonden leden kunnen kiezen. In geen van de bestudeerde sociale plannen was sprake van een vetoregeling van de andere partij (de andere sociale partner).
iii. Duidelijke waarborgen om eenmaal benoemde leden onafhankelijk te houden ontbreken in bijna alle sociale plannen in de steekproef, tenzij men de verplichting tot geheimhouding en verplichting de zitting in beslotenheid te verrichten een waarborg voor onafhankelijk acht.[36] Deze procedurele elementen zijn juist in veel sociale plannen terug te vinden. Dit gaat ons inziens hoofdzakelijk om het waarborgen van de *vertrouwelijkheid* van het geschil, maar deze bepalingen kunnen inderdaad (ook) bijdragen aan de *onafhankelijkheid* van het geschil. Als het gaat om de onafhankelijkheid van de leden, bevatten de sociale plannen minder bepalingen. Incidenteel wordt wel vastgesteld dat de leden van de commissie onafhankelijk moeten zijn, maar een invulling van die eis van onafhankelijkheid ontbreekt.[37] Een uiterst expliciete uitzondering bevat het sociaal plan van GWK

36 Wij beschouwen dit niet als waarborgen voor onafhankelijkheid. Een wrakingsregeling is ons inziens wel geboden.

37 Sociaal Plan Stichting Centrale Dienst Samenwerkingsverband VO West-Friesland.

Travelex.[38] Deze stelt dat een commissielid wordt vervangen zodra hij zelf met boventalligheid krijgt te maken. Dat lijkt ons een verstandige regeling. Het is opvallend dat niet meer sociale plannen expliciete regelingen treffen om de onafhankelijkheid van leden te waarborgen.

iv. Sommige sociale plannen bevatten regelingen over plaatsvervangende leden. Het riep de voor de hand liggende vraag op of deze leden verplicht zijn op te treden indien de 'echte' leden niet kunnen, bijvoorbeeld omdat zij een tegenstrijdig belang hebben in een individuele kwestie. Wij hadden te weinig gegevens om hierover verder te rapporteren in dit bestek.

5.4.4 Procedureregels

De procedure regels die worden gesteld in de verschillende sociale plannen lopen zeer uiteen. In een groot aantal sociale plannen waren de volgende soorten procedureregels terug te vinden: (i) regels over termijnen, (ii) inhoudseisen voor bezwaarschriften, verweerschriften en oordelen, (iii) hoor en wederhoor rechten en verplichtingen, (iv) regels over de zittingsorde en (v) regels over de besluitvorming.

Opvallend is vooral de diversiteit tussen de verschillende sociale plannen wat betreft de procedureregels. De diversiteit betreft allereerst het soort procedureregels dat wordt vastgesteld. Er zijn sociale plannen die slechts één procedurele regel bevatten ('*De commissie stelt zelf een set spelregels samen, deze worden binnen de organisatie gecommuniceerd*')[39] en er zijn sociale plannen die verschillende soorten procedureregels bevatten en deze ook in meer detail uitwerken.[40] Ten tweede zijn er grote verschillen wat betreft de inhoud van hetzelfde soort procedureregel in verschillende sociale plannen. Als het bijvoorbeeld gaat om termijnen, dan valt op dat deze behoorlijk uiteen lopen. Zo zijn er voorbeelden waar een termijn wordt gegeven van twee weken na binnenkomst van een klacht,

38 Sociaal Plan GWK Travelex N.V. 2013-2015.

39 Sociaal Plan CRH Bouwmaterialenhandel B.V. Looptijd van 1 juni 2013 tot 1 januari 2015.

40 Een voorbeeld van een meer uitgewerkt sociaal plan: Sociaal akkoord reorganisatie 2013 Woonfriesland.

terwijl in andere gevallen een termijn van 4,5 maand wordt vastgesteld voor afhandeling van een klacht.[41]

Door de diversiteit van de procedureregels – zowel qua soort als qua vorm binnen dezelfde soort – in de sociale plannen zijn weinig (betekenisvolle) geaggregeerde cijfers te geven over de procedurele regels. Wij wijzen wel op het overzicht in tabel 2, waaruit is op te maken of een bepaald soort procedureregel te vinden was in een sociaal plan en zullen daar vervolgens nader op ingegaan.

Tabel 2

Soort procedureregel	Ja	Nee
1. Termijn	24	5
2. Besluitvormingsregeling/stembepaling	11	18
3. Geheimhouding	20	9

Ad 1.

Voor de beslistermijn geldt dat wij gekeken hebben of op basis van het sociaal plan een ruwe (beslis)termijn vast te stellen was. Indien een voornemen is uitgesproken om binnen een bepaalde periode te reageren of zelfs te adviseren, dan werd dat geteld als een voldoende heldere termijn.[42] Indien deze vriendelijke lezing wordt gehanteerd dan blijkt dat bijna alle cao's wel een beslistermijn in één of andere vorm bevatten. Het is eigenlijk opvallend dat een aantal sociale plannen zelfs bij deze vriendelijke lezing geen termijn bevatten. Het gaat dan om sociale plannen zoals het eerder genoemde geval waarin werd gesteld dat de commissie de eigen spelregels vaststelt.[43] Het is zeer waarschijnlijk dat in deze gevallen buiten het sociaal plan om termijnen zijn vastgesteld, door sociale partners of door de commissie zelf.

Een andere observatie over termijnen is al gemaakt: de duur van de termijnen loopt nogal uiteen. Sommige sociale plannen hebben

41 Sociaal plan Feenstra verwarming 2012-2014 Bijlage 1 geeft een termijn van 4,5 na boventalligheid om te bepalen of het ontslagverbod kan worden opgeheven. Dit is juist het een sociaal plan waarin de commissie de bevoegdheid heeft om te oordelen over ontslag.

42 Wij beseffen dat dit een vriendelijke lezing is. Ten eerste is een voornemen nog geen verplichting en ten tweede is lang niet altijd op basis van de termijn wanneer het advies/oordeel beland bij werkgever en werknemer. Een andere maatstaf was evenwel al snel zeer subjectief geworden, gezien de nogal grote uitlegruimte die sommige sociale plannen bieden.

43 Zie voetnoot 39.

het over een beslistermijn van enkele weken, terwijl een ander sociaal plan een beslistermijn hanteert van 4,5 maand. Deze tijdsverschillen zijn mogelijk te verklaren aan de hand van de taak van de commissie. Naarmate meer ingrijpende bevoegdheden bestaan zijn ook langere behandeltermijnen te verwachten. In de meerderheid van de sociale plannen wordt overigens gesteld dat de commissie 'zo spoedig mogelijk' een oordeel of advies moet geven aan de betrokkenen. Het is onduidelijk wat de gemiddelde doorloopsnelheid is van een klacht bij commissies.

Ad 2.

Opvallend is dat in de meerderheid van de sociale plannen een expliciete besluitvormingsregeling ontbreekt. Dat wil zeggen dat het niet altijd duidelijk is of bij meerderheid of unanimiteit besluiten moeten worden genomen. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat bij het ontbreken van een expliciete procedureregel de normale meerderheidsregel geldt. Het lijkt erop dat de meerderheidsregels zodanig is ingeburgerd in de rechtscultuur dat dit niet wordt opgeschreven in sociale plannen.

Ad 3.

De overgrote meerderheid van de sociale plannen bevat een geheimhoudingsverplichting in één of andere vorm. Het gaat bij sommige sociale plannen om een algemene verplichting voor commissieleden om alle informatie vertrouwelijk te behandelen terwijl andere sociale plannen slechts expliciet iets contracteren over de vertrouwelijkheid van de eventuele mondelinge behandeling. Er is, met andere woorden, ook op dit front een grote diversiteit waar te nemen. Opvallend is dat in relatief veel sociale plannen toch nog geen expliciete geheimhoudingsregeling is te vinden voor de leden van de commissie.

Hoor en wederhoor & een mondelinge behandeling

Twee belangrijke procedureregels staan niet in tabel 2: de eis van hoor- en wederhoor en het recht op een mondelinge behandeling. Het is namelijk lastig te kwantificeren wanneer een sociale plan het 'hoor en wederhoor' beginsel onderkent. In sommige sociale plannen is een expliciete bevestiging dat de commissie hoor- en wederhoor toepast, in andere sociale plannen wordt niet expliciet over het beginsel gesproken, maar wordt wel duidelijk gemaakt dat de

werkgever recht heeft een verweer in te dienen in reactie op de stellingen van de werknemer. Dat kan men ook als een uitwerking van het hoor en wederhoor beginsel beschouwen. Uiteindelijk is onze conclusie dat in bijna alle sociale plannen wel iets is terug te vinden van de gedachte dat er hoor en wederhoor moet zijn. Ook is geregeld in de sociale plannen de mogelijkheid van een mondelinge behandeling terug te vinden, waarbij overigens opvalt dat minder vaak duidelijk is of een mondelinge behandeling verplicht is of dat sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de commissie.

5.4.5 Deskundigheidseisen

Harde deskundigheidseisen worden niet gesteld in de sociale plannen. Zo wordt nergens in onze steekproef de eis gesteld dat minimaal één van de leden een specifieke professionele of opleidingsachtergrond heeft, zoals een juridische opleiding. Twee nuances zijn daarbij gepast.

Ten eerste wordt soms de eis wordt gesteld dat een lid van de commissie *per se* werkzaam moet zijn bij de onderneming. Deze eis gaat bovendien soms nog verder. Dan wordt een specifiek personeelslid, bijvoorbeeld de HR manager, als commissielid aangewezen. Dit zijn geen deskundigheidsvereisten in de gebruikelijke zin, maar deze regels brengen wel met zich mee dat de commissie wordt samengesteld uit een bepaald soort personen. Om dit algemener te trekken: in de praktijk zijn vaak OR of vakbondsleden de werknemersleden in de commissie. Deze leden hebben vaak wel bepaalde opleidingen en cursussen gevolgd. Het is dus niet zo dat de leden van de commissie een willekeurige achtergrond hebben.

Een tweede nuance is ook gegrondvest in de praktijk: het is ons bekend dat de onafhankelijke voorzitter die veelal wordt gekozen door de niet-onafhankelijke leden een jurist is of in ieder geval een persoon met een specifieke deskundigheid op het vlak van geschillenbeslechting en/of arbeidsverhoudingen.

5.4.6 Tussentijdse conclusie: diversiteit & openheid

De tussentijdse conclusie van onze analyse is als volgt. Ten eerste blijkt er een zeer grote diversiteit te zijn in de sociale plannen.[44] Dat wil zeggen dat de sociale plannen verschillende doelen nastreven en dus verschillende soorten commissies oprichten, maar het wil in het

44 Dat lieten ook eerdere onderzoeken zien van C.J. Loonstra en G.W. van der Voet, a.w. (noot 16), p. 69-70; en G.W. van der Voet, a.w. (noot 20), p. 23 e.v.

bijzonder ook zeggen dat de plannen verschillende soorten regels bevatten en deze regels verschillend worden uitgewerkt. Een tweede conclusie is dat veelal de regels vrij summier worden uitgewerkt en dat kennelijk veel aan de commissie, of aan de praktijk, wordt overgelaten. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede. Partijen die betrokken worden in een procedure bij een commissie zullen dit veelal als 'black box' ervaren. Het gegeven dat vrij weinig wordt uitgewerkt maakt de vraag naar het rechtskarakter van de adviezen en uitspraken van commissies des te interessanter. Dat vraagstuk behandelen wij in de volgende paragraaf.

5.5 Rechtskarakter en kwaliteit

Ten aanzien van het rechtskarakter van de adviezen van de commissies onderscheiden wij drie aspecten. Het eerste is de formeel juridische status van het advies. De tweede is de motivering van het advies. En tenslotte het 'gezag' dat een rechter in een vervolgprocedure aan het advies toekent. Dat zou kunnen worden afgemeten aan de aard van de toetsing door de rechter: toetst de rechter de zaak volledig of is er sprake van een min of meer marginale toetsing.[45] Daarbij zou verschil kunnen worden gemaakt tussen de toetsingsgronden die de commissie ter beschikking staan en die zij heeft gehanteerd. Is de grond helder en zonder beoordelingsmarges geformuleerd dan ligt deze kwestie anders dan in het geval er voor de commissie beoordelingsruimte ligt.[46] Dat is het geval als 'inspanningen' van werknemer en/of werkgever beoordeeld moeten worden en ook bij de toepassing van de hardheidsclausules. In die situaties zal de rechter vol toetsen. Een andere factor die hierbij een rol kan spelen is de wijze en mate van motivering van het advies door de commissie. Een – kwalitatief – degelijke motivering zal in een rechterlijke procedure een grotere rol spelen dan wanneer het advies niet of mager gemotiveerd is. Aangezien er onvoldoende empirisch toetsbare informatie is over hoe rechters omgaan met adviezen van commissies, kunnen wij op dit moment geen uitspraak doen over dit aspect. Dat geldt ook voor het aspect motivering. In veel sociale

45 Uiteraard geldt dit niet voor bindende adviezen, zeker wanneer in sociale plannen uitdrukkelijk een toegang tot de gewone rechter wordt ontzegd. Dat komt nogal eens voor.

46 Het ligt ook anders in het geval in het sociaal plan het oordeel van de commissie het karakter van een bindend advies heeft. De toetsing zal dan ook anders plaatsvinden.

plannen wordt geëist dat de commissie haar advies motiveert. Óf en, zo ja, hoe en in welke mate commissies in de praktijk hun adviezen motiveren, konden wij niet nagaan omdat wij niet over deze adviezen beschikten bij het schrijven van deze bijdrage.[47]

Een zeer belangrijk aspect van de macht van dergelijke commissies is de – juridische – status van de uitspraken van de commissie. Wij hebben bij beoordeling van de status gekeken naar 69 sociale plannen en komen tot het volgende overzicht:

Tabel 3

Totaal aantal	Advies	Zwaarwegend advies	Bindend advies	arbitrage
69	10	37	21	1

In de sociale plannen wordt kennelijk aan ruim de helft van de beslissingen/uitspraken van de commissies het karakter toegekend van zwaarwegende adviezen. Dat wordt uitgedrukt met een term als: 'zwaarwegend advies', waaraan soms wordt toegevoegd dat van dat advies alleen gemotiveerd – en schriftelijk – kan worden afgeweken. In een aantal gevallen wordt de term 'zwaarwegend' niet gebruikt maar wordt volstaan met de toevoeging dat 'alleen gemotiveerd – en schriftelijk – van het advies van de commissie kan worden afgeweken'.[48] Een kleine minderheid van de adviezen krijgt geen hogere status dan enkel advies. De werkgever lijkt hier een grote vrijheid te hebben om van het advies af te wijken. Men kan zich afvragen of dat in de praktijk ook gebeurt. In die gevallen staat beroep op de rechter in elk geval volledig open. Zou men dan niet mogen verwachten dat een rechter met het advies van de commissie rekening houdt?[49] Opmerkelijk, maar wellicht niet verrassend is, dat in een aantal gevallen dat in deze categorie valt, de commissie niet de kenmerken heeft van onafhankelijkheid, zoals we dat hierboven hebben gedefinieerd. Het is dan veeleer een interne commissie die vaak een begeleidende taak heeft, veelal in de sfeer van (her)plaatsing en/of mobiliteitsbevordering. Een niet onaanzienlijk aantal sociale plannen kent aan de uitspraken van de commissie een bindend karakter toe.[50]

47 Voor een betrouwbaar beeld hiervan is nader empirisch onderzoek nodig.

48 Soms heet het dat de werkgever alleen op 'zwaarwichtige of zwaarwegende gronden' ervan mag afwijken.

49 Empirisch onderzoek zou dat moeten uitwijzen.

50 Dat gebeurt in verreweg de meeste gevallen door het woord 'bindend'. Maar in enkele gevallen wordt het bindend karakter meer omschreven: 'de werkgever zal het unanieme advies volgen of er zich bij aansluiten'.

Het is dan bindend voor beide partijen: werkgever en individuele werknemer.[51]

Soms wordt een gang naar de rechter uitgesloten.[52] In slechts één sociaal plan wordt de beslissing van de commissie gekarakteriseerd als arbitrage.[53] Dat bindend karakter wordt in nagenoeg alle gevallen gebonden aan de voorwaarde dat de commissie bij unanimiteit beslist. Zodra unanimiteit ontbreekt, is het niet altijd duidelijk wat de status van de beslissing/het advies is. Dat blijft vaak in het midden, wat kan inhouden dat een niet unaniem genomen advies slechts een advies is dan wel een advies met verzwaard karakter: zwaarwegend advies. Opmerking in dit verband verdient dat adviezen met bindende kracht voorkomen in bedrijven waarin de commissie niet voldoet aan het criterium van onafhankelijkheid als ook in bedrijven waarin dat wel het geval is. Als we dit gegeven in verband brengen met de breedte van de taak of bevoegdheid van de commissie dan geeft dat het volgende beeld:

Tabel 4

Bindende adviezen (22)	Onafhankelijk	Niet-onafhankelijk
Brede taken[54]	11	5
Beperkte taken[55]	2	3

Deze tabel laat interessante zaken zien. Het is niet verrassend te noemen dat een unaniem genomen advies van een commissie die is samengesteld uit personen die aan het bedrijf of instelling verbonden zijn (personen aangewezen door de werkgever al dan niet personeelsleden en vakbondsmensen of OR-leden of door hen voorgedragen) bindende kracht krijgt, zowel in situaties van een brede

51 In een enkel sociaal plan heeft de beslissing van de commissie een bindend karakter voor een heel beperkt terrein en is de beslissing voor het overige 'zwaarwegend'. Zie sociaal plan Landelijke Publieke Omroepen 2010-2014 en in het sociaal plan Damen Schelde Naval Shipbuilding. In het sociaal plan Laurentius 2013 is er de combinatie van bindend voor ingrijpende reorganisatiebesluiten en voor het overige heeft de commissie een adviserende rol.

52 Het is op zijn zachts gezegd de vraag of dit wel mogelijk is. Ons inziens is dit een nietige bepaling.

53 Sociaal Plan ABNAMRO 2013-2015. Het betreft hier met name beslissingen in het kader van (over- of her)plaatsing bij reorganisaties. Het plan heet niet voor niets: 'Van werk naar werk'.

54 In termen van toezien op uitvoering en toepassing sociaal plan.

55 Dit betreft in hoofdzaak taken met betrekking tot typische reorganisatieonderwerpen zoals boventalligheid, herplaatsing, passende functie.

taakomschrijving als met betrekking tot aangelegenheden die direct verbonden zijn met een reorganisatie. Het is eerder opmerkelijk dat er ook een (relatief) groot aantal onafhankelijke commissies is waaraan de bevoegdheid van het nemen van bindende beslissingen is toegekend ook als het gaat om een brede taakformulering. Dat kan erop duiden dat dergelijke commissies een groot, of althans een voldoende mate van vertrouwen krijgen van zowel de bedrijfsleiding als de vakbonden en ondernemingsraden als partijen van een sociaal plan.

Als we eenzelfde exercitie uitvoeren bij de zwaarwegende adviezen, dan is het beeld niet anders. Onafhankelijke commissies die een brede taak/bevoegdheid hebben, dat wil zeggen dat zij over het brede parket van onderwerpen in het sociaal plan kunnen oordelen en een zwaarwegend advies uitbrengen blijken bij de partijen bij het sociaal plan vertrouwen te genieten.

Tabel 5

zwaarwegende adviezen (37)	onafhankelijk	Niet-onafhankelijk
Brede taken[56]	26	3
Beperkte taken[57]	1	5

5.6 Ervaringen met commissies van beroep in het bijzonder onderwijs

Commissies van Beroep in het onderwijs bestaan al heel lang. Zij hebben een belangrijke rol vervuld waar het gaat om het beslechten van conflicten op individueel niveau. Het is voor deze bijdrage nuttig om te analyseren wat de ervaringen zijn van deze commissies van beroep. Oorspronkelijk hadden zij ten doel het bieden van een alternatieve rechtsbescherming voor werknemers in het bijzonder onderwijs tegen willekeurig ontslag.[58] De functie van preventieve toetsing van ontslag hebben de commissies na de totstandkoming van het BBA 1945 behouden, omdat het onderwijs uitgezonderd was van de werking van het BBA. In 1992 zijn bij de invoering van decentraal georganiseerd overleg de bevoegdheden uitgebreid tot een

56 In termen van toezien op uitvoering en toepassing sociaal plan.

57 Dit betreft in hoofdzaak taken met betrekking tot typische reorganisatie-onderwerpen zoals boventalligheid, herplaatsing, passende functie.

58 Zij bestaan sinds 1905. H.J.A. Jansen en W. Lindeboom, Hebben de Commissies van Beroep nog toekomst?, *School en Wet*, november 2012, p. 10.

aantal andere besluiten van het bevoegd gezag, zoals vermindering van de omvang van de betrekking, plaatsing van een personeelslid in het risicodragend deel van de formatie, onthouden van promotie en overplaatsing.[59] Een belangrijk onderwerp van discussie in verband rol en functie van deze commissies is de vraag van de gebondenheid aan de uitspraken van de commissies. Op grond van al wat oudere en meer recente rechtspraak kan worden vastgesteld dat, hoewel de werkgever gebonden is aan de uitspraken van de commissies, voor de werknemer de weg naar de rechter openstaat en dat de rechter niet beperkt is tot een marginale toetsing.[60]

In een onderzoek hebben Brekelmans c.s. het functioneren van de commissies geanalyseerd op een aantal criteria. Deze criteria vertonen grote overeenkomst met de criteria die gebruikelijk worden aangelegd als het om deze vormen van (alternatieve) geschillenbeslechting gaat.[61] Op de verschillende punten komt het onderzoek tot een gemengd oordeel. Dat betreft de onafhankelijkheid van de commissie, de deskundigheid, procedureregelingen, termijnen en met name naleving van wat een redelijke termijn kan worden genoemd waarop een beslissing wordt genomen en de te hanteren toetsingsnormen. Het rapport komt evenwel tot de conclusie dat de Commissies van Beroep het in de praktijk[62] goed doen op belangrijke criteria voor goede rechtsbescherming voor werknemers in het bijzonder onderwijs, te weten: de toegankelijkheid voor de werknemer (laagdrempeligheid), de beginselen van hoor en wederhoor en het motiveren van de uitspraak. Ook voldoen in het algemeen de procedureregelingen en de deskundigheid van de Commissies, al zijn daarop wel aanmerkingen te maken. Als de onvolkomenheden en

59 Zie hierover het rapport *De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: De toekomst van de Commissies van Beroep*, november 2012, auteurs: F.H.J.G. Brekelmans, J. Sperling, L.C.J. Sprengers, W.G.A.M. Veugelers, p. 5-8.

60 Zie hierover rapport *De rechtsbescherming van werknemers in het bijzonder onderwijs: De toekomst van de Commissies van Beroep*, november 2012, p, 18 e.v.; en H.J.A. Jansen en W. Lindeboom, a.w. (n 58), p. 11-12.Tot het arrest van de Hoge Raad van 1996 in Amghane-zaak werd aangenomen dat de uitspraak een bindend advies was met een beperkte beoordelingsruimte voor de rechter. Overigens is niet uitgesloten dat de weg van (voorwaardelijke) ontbinding door de rechter openstaat; zie H.J.A. Jansen en M.L.M. van de Laar, Ontslagprocedures in het bijzonder onderwijs: de kantonrechter en de Commissie van Beroep, *School en Wet*, juni 2010, p. 11.

61 Zie ook C.J. Loonstra en G.W. van der Voet, a.w. (noot 16), p. 69-70; en G.W. van der Voet, a.w. (noot 20), p. 23 e.v.

62 Het rapport stelt wel vast dat de hoeveelheid materiaal waarop deze conclusie gebaseerd is, niet groot is; zie rapport Brekelmans c.s., p. 36.

gebreken worden gerepareerd, dan wordt ook in de toekomst een bestaansrecht voor deze commissies wenselijk geacht.[63]

In een recent rapport van de Werkgroep Verbetering positie Commissies van Beroep, in opdracht van de Stichting Onderwijsgeschillen, worden enkele voorstellen gedaan ter verbetering.[64] Deze hebben met name betrekking op de juridische status van de beslissingen: bindend advies of arbitrage. De werkgroep kiest – onder verwijzing naar de praktijk in de bankenwereld en de uitzendbranche[65] – voor een arbitrageprocedure die ook bij cao kan worden overeengekomen.[66] Uit praktische overwegingen kiest de werkgroep ervoor om dit in een sector cao vast te leggen.[67] Voorts bepleit de werkgroep een uitbreiding van de bevoegdheden.[68] Op het punt van de normen waaraan getoetst kan worden, stelt de werkgroep voor die breed en algemeen te houden: beslissen 'naar de regelen des rechts'.[69]

Box 5

Uitbreiding bevoegdheden commissies voor het bijzonder onderwijs

- geschillen omtrent bestaan en inhoud van een tussen partijen gesloten overeenkomst tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst;
- geschillen omtrent de geldigheid van een opzegging van de arbeidsovereenkomst door werkgever of werknemer, over de ter zake door werkgever of werknemer verschuldigde (schade)vergoeding, alsmede over de vordering van de werknemer tot herstel van de arbeidsovereenkomst;
- verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:685 BW en toekenning van een vergoeding naar billijkheid als bedoeld in het achtste lid van dat wetsartikel

63 Dat is de conclusie van het rapport Brekelmans, maar ook Jansen en Lindeboom komen tot die conclusie; zie H.J.A. Jansen en W. Lindeboom, a.w. (noot 58), p. 14. Als het wetsontwerp Normalisatie overheidspersoneel dat thans in behandeling is bij het parlement, wordt aangenomen, kan worden aangenomen dat zij onder een commissie van beroep vallen, tenzij de Wet Werk en Zekerheid in de huidige vorm wordt aangenomen. Nu kan nog niet worden voorzien hoe de situatie dan zal zijn.

64 Rapport Werkgroep *Verbetering positie Commissies van Beroep*, in opdracht van de Stichting Onderwijsgeschillen, november 2013, auteurs: W.H.A.C.M Bouwens, F.H.J.G. Brekelmans en W. Lindeboom.

65 Het sociaal plan van ABNAMRO 2013-2015 en de ABU cao 2009-2014.

66 De werkgroep Bouwens c.s. verwijst in dit verband op het arrest van de HR 17 januari 2003, LJN AF0136 (ABN/Teisman).

67 Daarmee worden problemen met betrekking tot incorporatiebedingen in individuele arbeidsovereenkomsten voorkomen; zie rapport Bouwens, p. 10-11.

68 Rapport Bouwens c.s., p. 11.

69 Zie rapport, p. 11-12. Dat hangt samen met de uitbreiding van de bevoegdheden.

De over het algemeen genomen positieve beoordeling van de commissies van beroep en de verbeteringsvoorstellen verdienen ons inziens bijzondere aandacht bij het bestuderen van het wetsvoorstel, omdat het erop lijkt dat geleerd kan worden van de reeds bestaande ervaringen.

5.7 Verhouding tussen de praktijk en het wetsvoorstel

5.7.1 De grenzen gesteld door de wetgever en de huidige praktijk

Ons onderzoek naar recente sociale plannen en de ervaringen met commissies van beroep kunnen ons helpen het idee van de wetgever te beoordelen om het ontslagrecht gedeeltelijk te privatiseren. Hieronder beoordelen wij de verhouding tussen de reeds bestaande praktijk en het wetsvoorstel en doen wij verschillende voorstellen tot versterking van het wetsvoorstel.

5.7.2 Onafhankelijks- en deskundigheidswaarborgen

Ten eerste blijkt uit onze analyse dat in de praktijk sociale plannen slechts zelden duidelijke onafhankelijkheid- en deskundigheidswaarborgen bevatten (zie subpar. 5.4.3 en 5.4.5).[70] Dat is thans al bezwaarlijk, maar dit zal des te bezwaarlijker zijn als de commissies mogen beslissen over de vraag of een werknemer ontslagen mag worden. Bij beslissingen van een dergelijk belang behoort er geen twijfel te zijn over de onafhankelijkheid en deskundigheid van de commissie.

Ook de wetgever heeft ook gesteld dat een verzoek op een eerlijke en onpartijdige manier moet worden behandeld.[71] Daarom is het opmerkelijk dat het wetsvoorstel op dit front tekort schiet. De wetgever stelt slechts in algemene termen dat sprake behoort te zijn van '*een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie*' in het voorgesteld artikel 7:671a BW. Dat is te mager om een eerlijke en onpartijdige behandeling veilig te stellen.

Opvallend is dat men deze tekst zo kan lezen dat de commissie *wel* partijdig mag zijn voor de werknemersvereniging die bij cao de

70 Dat was ook de conclusie van C.J. Loonstra en G.W. van der Voet, a.w. (noot 16), p. 69-70.

71 *Kamerstukken* 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 105.

commissie instelt. Onze steekproef bevatte weinig situaties waarin sprake was van een duidelijk werknemer dominante commissie (subpar. 5.4.3), maar de wetgever lijkt deze mogelijkheid open te houden. Misschien is hier sprake van een verschrijving en is deze focus op de rol van de werkgever alleen ingegeven vanwege de vrees voor juist dominantie van de werkgever (hetgeen niet vreemd is, ons onderzoek toonde ook dat vaker de werkgever een dominante invloed heeft op de commissies, zie wederom subpar. 5.4.3). Wat de reden van deze zinsnede ook is, er is geen goede reden te geven voor een partijdige commissie, ook niet voor een ontslagcommissie die partijdig is voor werknemers. De enkele mogelijkheid van partijdigheid, in welke vorm dan ook, komt het gezag van de commissie niet ten goede. Wij achten het aannemelijk – en ook correct – dat de rechtbank bij een eventueel 'beroep' (waarover later meer) tegen het besluit van de commissie een meer kritische toets zal toepassen dan bij een onafhankelijke commissie. Dat lijkt ons correct, maar het creëert het onwenselijk fenomeen dat er commissies zullen zijn met besluiten van een verschillend gezag. Dat komt de eenheid en complexiteit van het ontslagrecht niet ten goede. Het is beter reeds aan de voorkant duidelijk te stelen dat de commissie onafhankelijk moet zijn van *beide* sociale partners.

Een algemene zinsnede die vaststelt dat de commissie onafhankelijk en onpartijdig moet zijn brengt het wetsvoorstel echter nog niet veel verder. Het is nodig dat het wetsvoorstel vaststelt welke onafhankelijkheidswaarborgen in elk geval verplicht zijn. Meer concreet stellen wij voor dat altijd sprake zou moeten zijn van:

i. Minimaal één onafhankelijk lid. Deze persoon zou dan moeten worden gekozen door de sociale partners gezamenlijk. De onafhankelijkheid kan mogelijk verder versterkt worden door verplicht te stellen het onafhankelijk lid voorzitter te maken, vanuit de gedachte dat de voorzitter in grote mate de agenda kan bepalen van de commissie.
ii. Een duidelijke regeling die vaststelt dat en hoe leden zich laten vervangen in geval van een tegenstrijdig belang.
iii. Een duidelijke wrakingsregeling die betrokkenen in de procedure toestaat een lid te wraken als er een reden is om te twijfelen aan de onafhankelijkheid van het lid. Deze wrakingsregeling kan dezelfde contouren hebben als de wrakingssystematiek die wordt toegepast in het civiele recht.
iv. Een bepaling dat minimaal één lid aantoonbare ervaring moet hebben op het gebied van geschillenbeslechting (*i.e.* een advocaat, rechter of mediator bijvoorbeeld).

De voorgaande suggesties lijken misschien paternalistisch, maar wij menen dat een beperking van de contractsvrijheid van sociale partners geboden is in het licht van de vergaande beslissingen die de ontslagcommissie kan nemen over het dienstverband van individuele werknemers. Bovendien moet niet onderschat worden hoeveel contractsvrijheid de sociale partners nog steeds hebben met deze beperkte onafhankelijkheidswaarborgen. Zij hebben immers de mogelijkheid af te wijken van de gebruikelijke procesregels die gelden bij de UWV en, wellicht nog belangrijker, ook van de inhoudelijke regels zoals de regels over het afspiegelingsbeginsel (over dit laatste: zie verder subpar. 5.8.4).

5.7.3 De procedurele eisen gesteld door het wetsvoorstel

Dan de procedurele eisen die de wetgever stelt in artikel 7:671(a) lid 2 BW. Vier soorten regels moeten worden vastgesteld in de cao. Het gaat om regels over:
(a) hoor en wederhoor,
(b) de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens,
(c) redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en
(d) een redelijke beslistermijn.

Uit onze analyse van de huidige praktijk volgt dat de meeste sociale plannen sporen bevatten van dit soort regels. Bijna alle sociale plannen bevatten een soort van termijn van behandeling en in nagenoeg alle sociale plannen zijn elementen van het hoor en wederhoor beginsel terug te vinden. Ook geheimhoudingsverplichtingen staan bij de sociale partners vaker wel dan niet op het netvlies (zie subpar. 5.4.4). Tegelijk wijst onze analyse erop dat een wel erg grote diversiteit is wat betreft de manier waarop de procedure wordt geregeld. Zo kan men meestal wel elementen van de idee van hoor en wederhoor terugvinden, maar dat vorm en strekking van hoor en wederhoor verschilt sterk. Dit is op te vatten als een gebrek, omdat het moeilijk is te bedenken waarom een werknemer of werkgever in de bouwsector minder belang zou hebben bij een goede regeling van hoor en wederhoor dan een werknemer of werkgever werkzaam in de bancaire sector. Bovendien zijn er niet alleen verschillen: vaak worden erg open normen vastgesteld in sociale plannen zodat het voor de lezer onduidelijk is wat nu precies de procedure omvat. De procedure is voor de 'outsider' een 'black box'. Dat is niet bevorderlijk voor het gezag van de commissies.

Het wetsvoorstel doet ons inziens (te) weinig om de randvoorwaarden van de procedure van de ontslagcommissie verder in te vullen. Het blijft bij de open en vage eis dat 'regels' moeten worden gesteld. Het is echter onduidelijk wanneer voldaan wordt aan deze eis. Is het voldoende om één geschreven ronde te hebben, of vereist hoor en wederhoor meer? Is het voldoende om in algemene zin op te schrijven in een cao dat gegevens vertrouwelijk moeten worden behandeld? Mensen kunnen van mening verschillen hoeveel en welke regels moeten gelden. Net zoals men anders kan denken over wat redelijke termijnen zijn voor reacties en de beslistermijn.

Het gebrek aan invulling van de procedurele randvoorwaarden in het wetsvoorstel is opvallend. Ten eerste omdat onze analyse van de praktijk toont dat er wel erg verschillend over wordt gedacht hoe de procedure er uit moet zien en dat sociale partners vaak volstaan met zeer algemene, open procedure regels. Dat levert het gevaar op dat niet alleen de wetgever onduidelijk is over de procedurele randvoorwaarden, maar ook de cao die de ontslagcommissie instelt. Ten tweede is het opvallend omdat de wetgever toch echt heeft gezegd dat het doel van de wet (mede) is: het ontslagrecht begrijpelijker en simpeler maker. Als dat serieus moet worden genomen, dan is het nodig de open procedurele randvoorwaarden verder in te vullen. Dit zal de rechtszekerheid vergroten.[72] Als niets wordt gedaan aan het wetsvoorstel, dan kunnen er vreemde situaties zijn, zoals de situatie dat twee werknemers in hetzelfde concern onder verschillende cao's vallen, waarbij de ene cao een beslistermijn van zes weken stelt voor de commissie en de andere cao een termijn van zes maanden.[73] Of dat de ene werknemer binnen één week moet reageren op een verzoek van de werkgever op toestemming van de ontslagcommissie, terwijl een andere werknemer een maand meer tijd krijgt om zijn positie te onderzoeken en eventuele verdediging te bepalen (alleen maar omdat de tweede werknemer toevallig een ander soort werk verricht en dus onder een andere cao valt).

Wij willen benadrukken dat het hier niet om een technisch detail gaat. In de praktijk hebben procedurele regels een significant, zelfs

72 Wij herinneren eraan dat de wetgever ook nog stelt dat het een doel van de wet is de rechtszekerheid te bevorderen. *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 44.

73 Overigens zijn er ook auteurs die juist voorstanders zijn van *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid, commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, nr. 41, p. 65. In te zien op: http://www.estibbe.com/nieuwontslagrecht/documenten/Vva-commentaar-feb-2014.pdf (laatst ingezien op 14 februari 2014).

doorslaggevend effect op de materiële uitkomst van zaken. Het vaststellen van een recht op tegenbewijs in het kader van hoor en wederhoor kan bijvoorbeeld voor werknemers het verschil betekenen tussen thuiszitten en met lunchpakket naar het werk gaan. Aangezien de wetgever met deze wetswijziging ook de gelijkheid van werknemers in het ontslagrecht wil vergroten lijkt het ons niet de bedoeling dat ongelijkheid weer ontstaat via deze privatisering van een gedeelte van het ontslagrecht. Het verder invullen van de procedurele randvoorwaarden is dus nodig vanwege (i) de bestaande praktijk, (ii) het begrijpelijk maken van het ontslagrecht, (iii) het gelijk(er) trekken van de positie van werknemers.

Wat moet er dan gebeuren? In subparagraaf 5.7.2 hebben wij al een aantal andere procedurele regels voorgesteld (de onafhankelijkheids- en deskundigheidswaarborgen). In aanvulling daarop stellen wij voor ook de volgende regels nader voor te schrijven.

i. Een recht op minimaal één schriftelijke ronde voor alle betrokkenen.
ii. Een recht op een mondelinge behandeling.
iii. Een verduidelijking in hoeverre getuigenbewijs is toegestaan en bijstand van deskundigen.
iv. Maximale termijnen voor de schriftelijke ronden (bijvoorbeeld: binnen maximaal binnen vier weken het verweerschrift) en een uiterst tijdstip waarop de mondelinge behandeling moet hebben plaatsgevonden (bijvoorbeeld maximaal 6 weken na de start van de procedure).
v. Een verduidelijking dat alle leden van de commissie verplicht zijn alle ingediende stukken vertrouwelijk te behandelen. Een mondelinge openbare behandeling zou weliswaar kunnen bijdragen aan de zorgvuldigheid maar zou het vertrouwelijk karakter kunnen schaden.
vi. Een maximale beslistermijn van twee maanden, in uitzonderingsgevallen bij expliciete beslissing maximaal één maand uit te stellen, bij gebreke waarvan de commissie niet langer bevoegd is een oordeel te geven.
vii. Een verplichting om het oordeel naar behoren te motiveren. Die motiveringsplicht moet ver strekken, gezien de verstrekkende consequenties van een oordeel van de commissie. In elk geval zou de motivering moeten bevatten: (a) een weergave van de relevante, toegepaste regels, (b) een weergave van de stellingen van de werkgever, (c) een weergave van de kern van het verweer, (d) de inhoudelijke beoordeling of op grond van de regels het dienstverband kan worden beëindigd, (e) een expliciete toetsing

of andere omstandigheden in de weg staan aan een beëindiging van het dienstverband, zoals bijzondere opzegverboden, (d) indien ontvankelijkheidsverweren of andere bijzondere verweren zijn gevoerd: een expliciete beoordeling van deze verweren.

Tijdens het schrijven van deze bijdrage bereikt ons het bericht dat de wetgever niet van plan is de onafhankelijkheidswaarborgen en procedurele regels verder in te vullen. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt gesteld dat:

'(...) *de primaire verantwoordelijkheid voor zowel de samenstelling als het verder waarborgen van de onafhankelijkheid van de commissie bij de cao-partijen zelf ligt'.*[74]

Een soortgelijke opmerking wordt gemaakt over de procedure regels. Daarover zegt de regering dat:

'niet in de ruimte wordt getreden die cao-partijen hebben om de procedure zelf nader vorm te geven binnen de in de wet opgenomen randvoorwaarden.'[75]

Dit is een gemiste kans. Wij hopen dat de politiek nog eens serieus naar dit onderwerp kijkt. De aanpak van de wetgever strookt niet met de aan de voorkant gestelde doelstellingen van het wetsvoorstel en miskent de risico's die wij hebben geïdentificeerd in ons onderzoek. Het argument van de regering is dat sociale partners beiden een groot belang hebben de procedure goed vorm te geven en het dus wel goed komt.[76] Dit lijkt ons te optimistisch en verliest uit het oog dat dan nog steeds grote inhoudelijke verschillen kunnen bestaan tussen de procedurele posities van verschillende werknemers. Een feit dat niet echt strookt met de gestelde uitgangspunten.

Het verdient ten slotte de nadruk dat een verdere invulling van de procedurele randvoorwaarden het voordeel van de ontslagcommissie niet zal wegnemen: sociale partners zullen veel inhoudelijke vrijheid houden (zie ook subpar. 5.8.4). Het gaat er louter om dat de wetgever allereerst duidelijke minimum voorwaarden stelt aan de procedure, zodat de sociale partners en vooral de werknemers ook weten waar ze recht op hebben en waar ze aan toe zijn.

74 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 50.
75 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 51.
76 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 51.

5.7.4 Het instrument en de contracterende partijen

Het wetsvoorstel stelt verder expliciet de eis dat de ontslagcommissie moet worden opgericht bij cao. Dit brengt een aantal interessante consequenties met zich mee.

Ten eerste hebben wij vastgesteld dat het in de praktijk vaak zo is dat geen sprake is van een cao, bijvoorbeeld omdat het sociaal plan niet is aangemeld. Het wetsvoorstel werpt hiermee geen groot probleem op, omdat het aanmelden van een sociaal plan als cao *an sich* geen grote inspanning hoeft te vergen. Echter, wij stellen vast dat sommige sociale plannen en sommige thans bestaande commissies aldus geen 'ontslagcommissie' kunnen worden die de taken van het UWV gaat overnemen: indien het sociaal plan wordt overeengekomen met louter de ondernemingsraad dan is het uitgesloten dat sprake is van een cao in de zin van de Wet CAO.

Dit blijkt een expliciete keuze te zijn van de wetgever, aangezien de wetgever al eisen heeft gesteld met betrekking tot de vraag wie partijen bij de cao kunnen zijn. Aan de werkgeverszijde kan elke werkgever of werkgeversorganisatie de cao afsluiten. Hier worden geen eisen gesteld. Maar aan werknemerszijde wordt geëist dat sprake is van een vereniging van werknemers die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder de leden telt, die krachtens de statuten ten doel heeft de belangen van de leden als werknemers te behartigen en dat ten minste twee jaar sprake is van volledige rechtsbevoegdheid van de vereniging (artikel 7: 671(a) lid 3 BW).[77] Dit komt neer op een marginale representativiteitseis.

Wij hebben niet getoetst in hoeverre de in ons onderzoek betrokken sociale plannen zijn afgesloten door werknemersverenigingen die voldoen aan de door de wet gestelde eisen. Daarom kunnen wij niet beoordelen in hoeverre de praktijk al voldoet aan de nieuwe voorwaarden, maar zoals gezegd is het zo dat in ieder geval het minder aantrekkelijk wordt afspraken te maken met louter de ondernemingsraad.[78]

De introductie van de representativiteitseis is op zichzelf geen gek idee, al was het maar om het mogelijke probleem van 'gele bonden' tegen te gaan.[79] Dat is in deze relevant omdat het hier kan gaan om afspraken van partijen bij een cao die van de wettelijke regelingen afwijken. Voorkomen moet worden dat een werkgever

77 Hiermee sluit de wetgever aan bij artikel 9 WOR en artikel 3 van de WMCO.

78 Zie hierover de bijdrage in dit boek van De Blécourt, M. Diepenbach en R. Hampsink in hoofdstuk 6 van deze bundel.

79 Zie ook de bijdrage van Plessen e.a., in hoofdstuk 4 van deze bundel.

een werknemersvereniging opricht of controleert om langs die weg een cao tegen voor hem zeer voordelige voorwaarden af te sluiten gebruik makend van de mogelijkheid om van driekwart dwingend recht af te wijken.

Wij vragen ons dan wel af of het wetsvoorstel niet de aanleiding moet zijn een meer fundamentele bezinning aan te gaan over het representativiteitsvereiste. Zoals Beltzer in dit kader zich ook afvraagt: waarom zou deze marginale representativiteitseis wel gelden bij deze afwijkingen van de wet, maar bijvoorbeeld niet bij een afwijking van de ketenregeling ex artikel 7:668a BW?[80] Los daarvan is ook kritiek te geven op de representativiteitstoets die de wetgever hanteert: de gestelde eis is nogal licht. Het gaat hier immers om een belangrijke afwijking van de wettelijke ontslagregeling niet alleen door de introductie van een ontslagcommissie maar ook omdat in een cao afgeweken kan worden van onderwerpen als ontslagvolgorde en transitievergoedingen. Bovendien kan deze cao een verreikende betekenis hebben vanwege de mogelijke binding van alle werknemers.[81] Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om hier dieper op in te gaan, maar wij stellen vast dat ook al zijn er al verdergaande normen om dergelijke praktijken door gele bonden tegen te gaan, implementatie van minstens deze normen of eerder wellicht nog strengere normen ons inziens noodzakelijk is.[82]

5.8 Over bijzondere vragen die het wetsvoorstel opwekt

5.8.1 Inleiding

Een voorlopige conclusie moet zijn dat de huidige praktijk geen onoverkomelijke problemen met zich meebrengt voor het wetsvoorstel, maar dat het wetsvoorstel zwakke plekken heeft juist op de punten waar ook de praktijk zwakke resultaten scoort. Het wetsvoorstel was een kans verbeteringen te implementeren, met name verbeteringen op het procedurele vlak. Nu de wetgever heeft gezegd dat na te laten, lijkt het er echter op dat de zwakte van de huidige praktijk ook de zwakte van de toekomst wordt.

80 Zie ook: R. Beltzer, Enkele aspecten van cao-recht, *TRA* 2014-1, p. 74.

81 Zie hierover in de bijdrage van Plessen e.a. in hoofdstuk 4 van deze bundel.

82 Men kan daarbij denken aan aanbeveling 3.7 van de Kring van Kantonrechters of het Toetsingskader AVV. Zie ook: J.M. van Slooten, Het komende driekwartdwingende ontslagrecht, *TRA* 2013/76.

De analyse is echter nog niet afgerond. Wij geven nog aandacht aan een aantal andere, dogmatische en technische problemen die in de literatuur zijn opgeworpen tegen de ontslagcommissie. Wij bespreken de meest relevante in deze paragraaf.

5.8.2 Het bindingsprobleem van de artikel-14-werknemer

Een heel belangrijk probleem dat kan worden opgeworpen tegen de ontslagcommissie betreft ons inziens het 'bindingsprobleem'.[83] Dit is het probleem dat niet altijd duidelijk is of de werknemer gebonden kan worden door een oordeel van de ontslagcommissie, omdat niet altijd zeker is dat de werknemer gebonden is aan de cao die de ontslagcommissie tot leven wekt. Het levert – voor juristen én voor de praktijk – een prachtige puzzel op.

Het startpunt is dat de leden van werknemersverenigingen die vallen onder de werkingssfeer van een cao gebonden zullen zijn. Hetzelfde zal gelden voor werknemers die vallen onder een algemeen verbindend verklaarde (AVV) cao waarin een ontslagcommissie wordt vastgesteld.[84] Het bindingsprobleem begint in theorie te ontstaan in (of anders gezegd: is beperkt tot) de situaties waarin de werknemer juist géén lid is van de vakbond die de cao afsluit en er géén AVV is. In dergelijke gevallen kan er evenwel alsnog binding zijn: via een incorporatiebeding of via artikel 14 Wet CAO.

Indien er een incorporatiebeding is, brengt het arrest TPG/Bollemeijer met zich mee dat de werknemer zal moeten ondergaan dat de regels van de cao op hem van toepassing zullen zijn. In dat arrest werd immers vastgesteld dat het incorporatiebeding ook effectief afwijkingen van driekwart dwingend recht kan laten doorsijpelen.[85] Omdat in sectoren waarin cao's worden afgesloten werkgevers steeds vaker incorporatiebedingen hanteren, wordt het bindingsprobleem weer kleiner en blijft het in feite beperkt tot de zogenoemde artikel-14 werknemers. Een artikel-14-werknemer is in essentie een werknemer die niet gebonden wordt door lidmaatschap, door AVV of een incorporatiebeding, maar die mogelijk alsnog gebonden wordt door de cao omdat hij (al dan niet stilzwijgend) de toepasselijkheid van de cao heeft geaccepteerd. De stilzwijgende acceptatie wordt vaak ontleend aan het feit dat de werknemer loonsverhogingen of andere

83 Zie hierover ook de bijdrage van Plessen e.a. in hoofdstuk 4 van deze bundel.

84 Men bedenke wel dat in geval van instelling van een commissie bij een ondernemings-cao deze weg niet bestaat.

85 HR 20 december 2002, *NJ* 2003/153; J.M. van Slooten, a.w. (n 82); R. Beltzer, a.w. (noot 80), p. 75.

'snoepjes' van de cao heeft geaccepteerd, maar het blijft inderdaad zo dat een artikel-14- werknemer in principe expliciet kan verklaren niet akkoord te gaan met de cao. De werknemer heeft nog volledige contractsvrijheid.

Het komt thans relatief weinig voor dat een werknemer expliciet een beroep doet op de contractsvrijheid, maar dit hangt natuurlijk samen met het feit dat een werknemer dit pas doet als hij of zij nadelen ondervindt vanwege de cao. De ontslagcommissie introduceert een nieuw, reëel potentieel nadeel. Het is dus denkbaar dat artikel-14-werknemers zich vaker expliciet zullen roeren. Er is bovendien terecht erop gewezen dat het probleem van de artikel-14-werknemer mogelijk groter is dan op het eerste gezicht lijkt, omdat – wanneer de geselecteerde werknemer niet gebonden is – men uitkomt bij de volgende kandidaat.[86] De vraag is dan of deze kandidaat kan stellen dat hij of zij volgens de eigenlijke regels niet geselecteerd was en dat de ongebondenheid niet tot zijn of haar nadeel mag leiden?

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is het probleem van de artikel-14-werknemer ook gesignaleerd. Het kabinet meent het probleem te kunnen oplossen door de term van '*een toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst*' waarbij een commissie wordt ingesteld (een term die in het aanvankelijk ontwerp in artikel 671a, lid 2 is opgenomen)[87] te vervangen door de term: '*een cao*'. Het kabinet redeneert dat als de *werkgever* maar gebonden is aan die cao-bepaling, de rechtsgang via de commissie verzekerd is. Als argument voor deze wijziging wordt aangevoerd dat:

> *'(...) het immers de werkgever* [is] *die om toestemming moet vragen voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van een arbeidsplaats op grond van bedrijfseconomische redenen. Het enkele feit dat de werknemer niet direct, door lidmaatschap of door algemeen verbindendverklaring, gebonden is aan de cao doet daar niet aan af'.*[88]

Dit lijkt ons onjuist en dus geen oplossing. Met deze wijziging wordt er niets veranderd aan de Wet CAO en dus blijft artikel 14 van die wet haar volle kracht en werking behouden. Dat wil zeggen dat ook al is de *werkgever* door zijn binding aan de cao rechtens verplicht de commissie in te schakelen (in plaats van naar het UWV te stappen),

86 J.M. van Slooten, a.w. (noot 82).
87 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 2.
88 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 7, p. 130-131.

dat nog niet automatisch inhoudt dat ook de 'ongebonden' *werknemer* zich daarbij en bij het optreden van de commissie moet neerleggen. De wetgever miskent dat het enkel schrappen van het woord 'toepasselijk' niet miraculeus de ongebonden werknemer alsnog zal binden aan de cao. Daarvoor zal nog steeds nodig zijn dat óf een AVV geldt óf een incorporatiebeding óf de werknemer de cao heeft aanvaard. In andere gevallen is nog immer sprake van contractsvrijheid en heeft de werknemer nog altijd de mogelijkheid te stellen niet gebonden te zijn aan de commissie en de door haar genomen beslissing. Dat speelt natuurlijk met name wanneer de cao afwijkt van de wettelijke of op de wet gebaseerde regels met betrekking tot het ontslag. Indien de wetgever ook ongebonden werknemers wil binden aan de cao voor wat betreft de ontslagcommissie, dan is een verdergaande wijziging van het wetsvoorstel nodig.

De wetgever kan het 'probleem' op verschillende manieren aanpakken. Ten eerste kan een expliciete wettelijke regel worden ingevoerd die stelt dat alle werknemers, ook artikel-14-werknemers, gebonden zijn aan de cao en dus aan de ontslagcommissie. Dit lijkt ons echter weinig aantrekkelijk omdat het afbreuk doet aan de contractsvrijheid van individuele werknemers. Wordt daarmee niet de beschermingsgedachte die nog steeds in belangrijke mate onder het arbeidsrecht ligt, aangetast? Deze oplossing zou in effect een enorme '*incentive*' zijn voor sociale partners om een ontslagcommissie overeen te komen, omdat daarmee de artikel-14-werknemer wordt 'uitgeroeid'.[89] Deze oplossing, die in feite een juiste implementatie zou zijn van wat de bedoeling lijkt van de wetgever, heeft al met al niet onze voorkeur.

Een tweede, meer elegante oplossing is te bepalen dat alleen sprake kan zijn van een ontslagcommissie als er een AVV is. In die situatie is immers altijd duidelijk dat iedere werknemer die onder de werkingssfeer van de AVV valt gebonden is. Deze oplossing is niet onaardig en verdient serieuze overweging. Wat ervoor pleit is dat een zekere mate van rechtszekerheid wordt gecreëerd en dat de wetgever, op grond van het Toetsingskader, zal beoordelen of de door de sociale partners gestelde regels voldoen aan het door de wet gestelde

89 Deze oplossing is door meerdere auteurs aangedragen. We verwijzen hier naar onder andere F.B.J. Grapperhaus, De wenselijkheid van een nieuwe regeling voor de verhouding van niet-gebonden werknemers tot een cao, *SR* 2002, p. 184; radicaler is A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer 2003, p. 95. Zie ook E. Koot-van der Putte, *Collectieve arbeidsvoorwaarden en individuele contractsvrijheid*, diss. UvA, 2007, pp. 79 e.v.

kader.[90] Er kleven echter ook nadelen aan deze AVV oplossing. Ten eerste is het thans niet mogelijk om ondernemings-cao's te AVV-en. Aldus zou een groot aantal potentiële ontslagcommissies nooit tot leven komen, want reorganisaties worden juist regelmatig gegoten in de vorm van een ondernemings-cao. Ten tweede wijst Van Slooten terecht nog op problemen en onduidelijkheden die ontstaan in het kader van de geldingsduur. Hoe om te gaan met de situatie dat de AVV afloopt juist terwijl verschillende zaken naar de ontslagcommissie gaan (zie hierover ook de volgende paragraaf)? Deze twee bezwaren zijn te ondervangen met verdere wetswijzigingen en maatregelen door sociale partners, maar het wordt er in elk geval niet simpeler op.

Er is ook een derde, wellicht meer voor de hand liggende oplossing mogelijk: een acceptatie van de consequentie dat de ontslagcommissie simpelweg niet ontvankelijk is indien de artikel-14-werknemer een beroep doet op zijn recht niet gebonden te worden door de cao. De werknemer zal dan expliciet een beroep moeten doen op zijn status als artikel 14-werknemer tijdens de procedure. Hij draagt dan ook de bewijslast om aan te tonen dat hij een artikel-14-werknemer is en zal moeten aantonen dat er inderdaad geen sprake is van een akkoord tussen werknemer en werkgever om alsnog de cao toe te passen. De vraag wordt bij deze oplossing: wanneer moet de werknemer een beroep daarop doen (een tijdigheidsvraag)? Moet hij of zij dat doen bij de totstandkoming van de cao waarin het instellen van de ontslagcommissie wordt vastgelegd? Of kan hij of zij dat ook nog doen als hij of zij met een procedure voor een dergelijke commissie wordt geconfronteerd? Die vraag is niet zo gemakkelijk eenduidig te beantwoorden. Voor de eerste mogelijkheid zou men kunnen kiezen als de cao als een 'package deal' wordt gezien. Aanvaarding van een belangrijk of substantieel deel ervan is dan voldoende om hem of haar ook hieraan te gebonden te achten. Wordt dit te rigide geacht, dan is mogelijk voldoende dat hij of zij zich bij het inroepen van de (bedrijfs)economische reden beroept op zijn of haar vrijheid om niet gebonden te zijn. De consequentie van te laat ageren is in beide situatie helder: als de werknemer niet tijdig een beroep doet op zijn of haar artikel-14-werknemer status, dan vervalt het recht om daar een beroep op te doen. Verder zal, als men de 'package deal' gedachte aanhangt, bij een succesvol beroep op niet-toepasselijkheid van cao het gevolg zijn dat de werkgever in potentie

90 Met enige voorzichtigheid uiten wij daarbij overigens onze twijfels of deze toets altijd even goed wordt uitgevoerd. Dit lijkt vaak toch een wassen neus te zijn.

een claim heeft bepaalde betaalde posten terug te vorderen, zoals toeslagen en loonsverhogingen die onverschuldigd zijn voldaan.[91] Kiest men voor de minder rigide variant dan wordt de contractsvrijheid van werknemers op dit punt niet aangetast.

Een gevolg van deze laatste oplossing – de oplossing dat de artikel-14-werknemer gebruik kan maken van contractsvrijheid om zich aan binding te onttrekken – is wel dat de ontslagcommissie aan waarde en betekenis zal inboeten, ook als het gaat om reorganisaties.[92] Opmerking verdient nog wel dat in de huidige praktijk nauwelijks beroep blijkt te worden gedaan op het niet gebonden zijn van artikel-14-werknemers aan regelingen in sociale plannen en dat steeds meer werknemers een incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst hebben staan.

5.8.3 De geldingsduur

Een ander technisch probleem dat is opgeworpen betreft de geldingsduur. Het is de vraag hoe men moet omgaan met eventuele ontslagen bij de ontslagcommissie als de cao afloopt. Er wordt in dit kader op gewezen dat cao's maximaal 5 jaar kunnen gelden en dat het nog niet duidelijk is in hoeverre sprake kan zijn van nawerking.[93]

Het wetsvoorstel laat weinig onduidelijkheid over de insteek van de wetgever:

> *'Met het oog op het meer structurele karakter van een ontslagcommissie door cao-partijen kan worden besloten om de betreffende cao-bepalingen over instelling van de commissie voor langere tijd aan te gaan dan de cao-bepalingen over reguliere arbeidsvoorwaarden. In de instelling van de cao-commissie voor langere tijd kan ook worden voorzien bij afzonderlijke cao.'*[94]

91 Die vordering zal de werkgever dan wel in een afzonderlijke procedure moeten indien (als verrekening niet slaagt), omdat de ontslagcommissie niet over dit soort civiele claims gaat.

92 Het incorporatiebeding kan deze gevolgen opvangen.

93 Zie over nawerking ook: Vakgroep arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht Universiteit van Amsterdam, Het wetsvoorstel Werk en Zekerheid – dertig concrete voorstellen tot aanscherping en verduidelijking, in te zien via http://www.estibbe.com/nieuwontslagrecht/documenten/Uva-30-voorstellen-jan-2014.pdf (laatst ingezien op 14 februari 2014).

94 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 29.

Met andere woorden, de wetgever stelt dat het aan sociale partners is om in dit kader de juiste voorzieningen te treffen. Dat kan door middel van duidelijke overgangsbepalingen en door middel van langere afspraken (al dan niet bij AVV). De wetgever laat er ook geen misverstand over bestaan dat bij het uitblijven van een AVV of duidelijke overgangsregels bij cao, de reguliere regels over nawerking en binding van ongebonden werknemers gelden.[95]

Als de geldingsduren van verschillende cao's niet aansluiten[96] en de wetgever geen oplossing geeft, dan worden de problemen verplaatst naar de sociale partners en indirect naar de werknemers. Het probleem doet zich vooral voor wanneer terugwerkende kracht in het spel is (hetgeen geregeld het geval is bij de AVV). Het kan zich voordoen dat sociale partners geen voorziening treffen voor de situatie dat met terugwerkende kracht na AVV nieuwe afspiegelingsregels van toepassing worden en dat in de tussentijd werknemers op basis van de oude (en dus met terugwerkende kracht onjuiste) regels zijn ontslagen. Het zou elegant zijn als de wetgever in het wetsvoorstel dit soort weeffouten oplost. Dat kan bijvoorbeeld door in het wetsvoorstel als regel in te voeren dat het sociale partners niet is toegestaan om met terugwerkende kracht nieuwe inhoudelijke of procedurele regels overeen te komen. De implementatie van deze regel heeft als voordeel dat sociale partners gedwongen worden om tijdig te bedenken welke regels zij willen afspreken, ook omdat het nogal wat tijd kan duren voordat bijvoorbeeld een AVV wordt gegeven. Een beetje dwang van de wetgever komt de rechtszekerheid ten goede.

Problematisch kan het worden als het gaat om een korte duur. Dat kan het gevaar van niet aansluiten van cao's op elkaar vergroten. Een oplossing is dat sociale partners óf een aparte cao op dit onderwerp afsluiten met een lange geldingsduur van bijvoorbeeld de maximale periode van vijf jaren óf dit onderwerp in een apart onderdeel van een cao opnemen met daarvoor een eigen, lange geldingsduur. Daarbij merken wij op dat deze oplossing niet waterdicht is, aangezien er eerder discussie kan ontstaan over de artikel-14-werknemer. Geaccepteerde salarisverhogingen en andere effecten die al dan niet stilzwijgend worden geaccepteerd zullen onderdeel zijn van een geheel andere cao, of een geheel ander gedeelte van de cao. De acceptatie van die cao – of die onderdelen van de cao – zijn niet per

95 *Kamerstukken II* 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 29.

96 Een langere geldingsduur voor de regeling op dit onderwerp lost al wel wat problemen op, zeker in combinatie met tijdige heronderhandelingen om dergelijke gaten te voorkomen.

se te lezen als een stilzwijgende aanvaarding van de ontslagcommissie en daarbij behorende regels.

5.8.4 De inhoudelijke toets

Wij vragen verder aandacht voor de grote mate van vrijheid die sociale partners krijgen om de criteria te bepalen die moeten worden toegepast bij de vaststelling van bedrijfseconomische ontslagen. Zo kunnen sociale partners afwijken van het afspiegelingsbeginsel, maar ook op andere onderwerpen als de vergoedingen wordt hun vrijheid vergroot. Dit wordt wel – niet geheel ten onrechte – een 'revolutie in het arbeidsrecht' genoemd.[97]

In de literatuur is kritiek geuit op deze vergrote vrijheid van sociale partners. Daarbij is onder meer opgeworpen dat men kritisch kan zijn over de procedures die worden toegepast door de cao geschillencommissies. Het moge duidelijk zijn dat wij de kritiek op de procedurele vormgeving delen. Ons onderzoek toont dat de wetgever hier nog werk te doen heeft. Maar deze kritiek staat los van de vraag of sociale partners in staat moeten zijn de *inhoudelijke* maatstaf voor bedrijfseconomische ontslagen vast te stellen.

Enig vertrouwen in de sociale partners op dit front is eigenlijk wel gepast. Al was het alleen al omdat de bestaande UWV regels niet gegrondvest zijn op moreel of politiek onaantastbare gronden. De (impliciete) veronderstelling van de wetgever dat het beter kan zijn indien sociale partners context-gebonden boventalligheidsregels ontwerpen dan dat de nationale '*one size fits all*' regels altijd gelden is eigenlijk goed te volgen: de context is regelmatig belangrijk. Daar komt bij dat sociale partners sowieso verstrekkende inhoudelijke afspraken maken over loon, arbeidstijden enzovoorts. Is het onlogisch ook een rol weg te leggen voor de sociale partners bij de exit van de arbeid als zij ook al de inhoud van de arbeid vergaand determineren?

Natuurlijk kan de vrijheid van sociale partners niet onbeperkt zijn. Een duidelijke grens is dat de gestelde inhoudelijke regels moeten gaan over economische ontslagen. Regels die daar niets mee van doen hebben zullen niet relevant zijn en mogelijk nietig. Een andere duidelijke grens is dat de criteria niet in strijd mogen zijn met het recht. Dat wil zeggen dat bijvoorbeeld de gelijke behandelingsregels, maar ook dat het beginsel van redelijkheid en billijkheid, in acht moeten worden genomen.

97 Zie onder andere: R.M. Beltzer, a.w. (noot 80), p. 74.

5.8.5 De toetsing door de rechter

Ten slotte de rechtelijke toetsing. Wij hebben er hierboven al op gewezen dat uiteindelijk betrokkenen die het oneens zijn met een beslissing van de ontslagcommissie nog altijd naar de rechter kunnen stappen. Dat geldt uiteraard ook na een – door de cao gedwongen – gang naar de commissie. Een nog onbeantwoorde vraag is welke toets de rechter in die situatie moet toepassen. Gaat de rechter een volledige toets aanleggen en dus het werk van de commissie overdoen of baseert de rechter zich op het oordeel van de commissie? Hanteert de rechter de criteria die in de cao zijn vastgelegd, ook als ze afwijken van de wettelijke of op de wet gebaseerde regels, *in casu* de regels die het UWV hanteert? Dit zijn vragen waar het wetsvoorstel vaak weinig duidelijk over is. Die onduidelijkheid zou moeten worden weggenomen. Wij nemen de vrijheid een aantal voorstellen te doen.

Hier willen wij een onderscheid maken tussen de situaties dat er vragen rijzen bij de procedurele regels en situaties dat de inhoudelijke ontslagregelingen (bijvoorbeeld: een aangepast afspiegelingsbeginsel) aan de orde zijn. Het ligt het ons inziens, ook gezien de nadruk van de wetgever op het belang van een onpartijdige en onafhankelijke procedure, voor de hand dat de rechter de *procedurele* regels vol en strikt toetst. Stel dat bijvoorbeeld geen of kennelijk onvoldoende hoor en wederhoor wordt toegepast door de ontslagcommissie. Wij pleiten ervoor dat fouten op procedureel niveau moeten leiden tot nietigheid van het oordeel van de ontslagcommissie. In dat geval is het aan de rechter om de zaak volledig overnieuw te doen.

De vervolgvraag is dan wat het 'overnieuw' doen van de zaak omvat. Dient de rechter de ontslagcriteria toe te passen die gelden op grond van de wet of gelden nog steeds de eventueel afwijkende regels die bij cao door sociale partners zijn ingesteld? Als de rechter in de individuele zaak andere ontslagcriteria toepast dan zijn toegepast door de commissie in tegelijk spelende bedrijfseconomische ontslagen, dan zullen op min of meer gelijke situaties verschillende regels van toepassing zijn. Dat is onwenselijk, dus wij zouden ervoor pleiten dat de rechter de bij cao ingestelde afwijkende regels blijft toepassen, mits deze regels een marginale toets kunnen doorstaan. Met een marginale toets bedoelen wij dat de regels de toets van artikel 6:248 lid 2 BW moeten kunnen doorstaan.

Indien er geen procedurele tekortkomingen zijn en de weg langs de commissie is gevolgd, dan geldt ons inziens dat de rechter zal

moeten oordelen of de commissie de ontslagcriteria van de cao juist heeft toegepast. Onderdeel van deze toetsing moet zijn of de werknemer en werkgever gebonden zijn aan de cao-regeling. Als dat zo is, dan is het dogmatisch juist dat de rechter zich baseert op de regeling in de cao. Zoals wij hierboven in subparagraaf 5.8.2 al hebben besproken zijn er voor de ongebonden werknemers verschillende mogelijke oplossingen. Wij volstaan hier met te verwijzen naar onze bespiegelingen daar. Voor gebonden werknemers geldt nog altijd dat zij kunnen stellen dat de inhoudelijke regels onjuist zijn. Dat is ons inziens dan een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

5.9 Conclusie

Wij zijn bewust de vraag uit de weg gegaan of het wenselijk is dat de wetgever een gedeelte van het ontslagrecht 'privatiseert' op de wijze zoals in het wetsvoorstel voorzien. Deze politiek – en eigenlijk politiek-filosofische – vraag verdient aandacht, maar onze focus lag bij de vraag of het wetsvoorstel praktisch uitvoerbaar is en juridisch verdedigbaar.

Ons antwoord daarop is dat het kan werken, maar dat voor een goede invoering van de ontslagcommissie het wetsvoorstel op een aantal punten moet worden aangepast. Het is wenselijk dat expliciete wetsbepalingen worden geïntroduceerd die bijvoorbeeld buiten kijf stellen wanneer sprake is van een onafhankelijke en onpartijdige commissie, die verduidelijken wanneer de procedure zuiver is vormgegeven en hoe de procedure van de ontslagcommissie wordt getoetst en hoe de rechter moet omgaan met de ongebonden werknemer en de situatie waarin sprake is van nawerking.

Dat is eigenlijk nog een behoorlijke lijst van openstaande punten. En daar komt nog bij dat wij interessante vragen hebben wij laten rusten. Om één niet behandelde vraag te noemen: welke rechtsgevolgen kan de rechter verbinden aan een geslaagd beroep van een werknemer tegen het oordeel van de ontslagcommissie? Gelden de sancties uit het ontwerpartikel 7:682 BW en zo ja, is dat redelijk? Dat lijkt een nogal beperkte opvatting en doet wellicht geen recht aan de beschermingsgedachte en het sanctioneringsgrondslag van het nieuwe ontslagrecht. Het gaat het bestek van deze bijdrage helaas te buiten om nog meer vragen te behandelen of het voorgaande nog verder uit te diepen. Eén ding is evenwel glashelder na het voorgaande: het wetsvoorstel verdient nog verdere uitwerking.

Het is fascinerend om te zien hoe na decennialange discussies over het ontslagrecht, plotseling in zeer korte tijd het systeem fundamenteel op de schop gaat. Maar die fascinatie gaat samen met een zekere frustratie over de inhoud van het wetsvoorstel en de manier waarop het wordt behandeld. Het lijkt niet erg goed doordacht. De werknemers en werkgevers verdienen een beter ontslagrecht dan nu bestaat, maar ook een beter voorstel dat nu voorligt. De – te – snelle behandeling van het wetsontwerp in het parlement, met name de Tweede Kamer, maakt een – in onze ogen – noodzakelijke aanpassing van de voorstellen op deze aspecten moeilijk. En dat is te betreuren wanneer men deze 'alternatieve route' een echte en faire kans van slagen zou willen geven. Wij hopen dat de politiek alsnog de gelegenheid te baat neemt om van de verschillende geluiden uit rechtswetenschap en praktijk kennis te nemen en te verwerken in de uiteindelijke wettelijke regeling.

6 Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid

*M.A. de Blécourt, M. Diepenbach en R. Hampsink**

6.1 Inleiding

Op grond van het Ontslagbesluit is afspiegeling binnen uitwisselbare functies het uitgangspunt bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomische ontslagen. De praktijk leert echter dat werkgevers – en in toenemende mate ook werknemers en ondernemingsraden – behoefte hebben aan meer flexibiliteit om zodoende maatwerk op het niveau van de onderneming te kunnen leveren en dat het huidige afspiegelingsbeginsel daartoe onvoldoende mogelijkheden biedt.

In het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 (hierna: *'het Sociaal Akkoord'*) wordt voorgesteld om afwijking van het afspiegelingsbeginsel bij cao onder nader te bepalen voorwaarden mogelijk te maken.[1] Op 29 november 2013 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: *'de minister'*) het Wetsvoorstel 'Werk en Zekerheid' aan de Tweede Kamer gezonden (hierna: *'het Wetsvoorstel'*).[2] In het Wetsvoorstel wordt voor het bepalen van de ontslagvolgorde het afspiegelingsbeginsel wederom als uitgangspunt genomen.[3] Wel wordt de werkgever daarbij de mogelijkheid geboden om onder bepaalde voorwaarden werknemers die bovengemiddeld presteren, of dienaar zijn verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken

* *Mirjam de Blécourt is advocaat bij Baker&McKenzie in Amsterdam, Marloes Diepenbach is als promovenda verbonden aan de vakgroep arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht Universiteit van Amsterdam en René Hampsink is advocaat bij Sprengers Advocaten in Utrecht.*

1 Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten*, Den Haag 2013. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, brief van 11 april 2013, *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 566 nr. 15.

2 *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 818, nr. 2.

3 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 47.

voor de toekomst, buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel te houden. Bovendien wordt in het Wetsvoorstel – net als in het Sociaal Akkoord, waarop het Wetsvoorstel voortborduurt – de mogelijkheid geïntroduceerd om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel. De uitwerking hiervan zal – net als thans het geval is – worden neergelegd in een ministeriële regeling die in overleg met de sociale partners zal worden opgesteld.[4] Deze voorgestelde wijzigingen vormen voor de Werkgroep Medezeggenschapsrecht aanleiding het afspiegelingsbeginsel tegen het licht te houden.

In deze bijdrage staan daarom het afspiegelingsbeginsel, de mogelijkheden tot afwijking hiervan, de rol van de ondernemingsraad alsmede de toekomstige behoefte aan het behouden dan wel uitbreiden van deze rol centraal. Voorts zal in beperkte mate de rol van de vakorganisaties aan de orde komen.[5] Het Wetsvoorstel lijkt de rol van de vakbonden namelijk uit te breiden en de ondernemingsraad buitenspel te zetten.

Wij gaan in deze bijdrage allereerst in op de status van het Ontslagbesluit en de geschiedenis van het afspiegelingsbeginsel (par. 6.2). Daarna bespreken wij de basisbegrippen van het afspiegelingsbeginsel en de afwijkingsmogelijkheden die het Ontslagbesluit bij de invulling van die basisbegrippen biedt (par. 6.3), alsmede de alternatieve selectiecriteria die werkgevers in de huidige praktijk met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad overeenkomen (par. 6.4). Hierbij komt ook de vraag aan de orde in hoeverre deze praktijk kan worden voortgezet als het Wetsvoorstel van kracht wordt. Vervolgens onderzoeken wij welke afwijkingsmogelijkheden van het afspiegelingsbeginsel wenselijk zouden zijn, zowel binnen als buiten het Ontslagbesluit om (par. 6.5). Daarbij besteden wij tevens aandacht aan het antwoord op de vraag welke randvoorwaarden door de wetgever zouden moeten worden gesteld. We ronden onze bijdrage tot slot af met een conclusie (par. 6.6).

4 Op het moment van het schrijven van deze bijdrage is er nog geen ministeriële regeling opgesteld.

5 Zie daarvoor de bijdrage in deze bundel van de Werkgroep Cao-recht: Driekwart dwingend recht in (de ontwerp) Wet Werk en Zekerheid.

6.2 Het afspiegelingsbeginsel

6.2.1 Inleiding

Omdat het afspiegelingsbeginsel is neergelegd in het Ontslagbesluit, is het eerst van belang te bezien wat de status van het Ontslagbesluit is. Daarop zal hieronder kort worden ingegaan (subpar. 6.2.2). Vervolgens zal kort de geschiedenis van het afspiegelingsbeginsel uiteen worden gezet (subpar. 6.2.3).

6.2.2 De status van het Ontslagbesluit

Het Ontslagbesluit heeft zijn grondslag in artikel 6 lid 3 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) van 5 oktober 1945. Het BBA is een Koninklijk Besluit (KB) dat direct na de Tweede Wereldoorlog als tijdelijke noodmaatregel tot stand is gekomen om de chaotische arbeidsverhoudingen direct na het vertrek van de Duitse bezetter te reguleren en daarmee het herstel van de verstoorde economie te bevorderen. Daarmee vormt het BBA de feitelijke opvolger van het op 27 mei 1940 tijdens de Duitse bezetting door de opperbevelhebber van de Nederlandse krijgsmacht uitgevaardigde besluit dat een verbod inhield om in een tijdvak van 30 dagen 25 of meer werknemers te ontslaan zonder toestemming van de Directeur-Generaal van de Arbeid.[6]

Een KB is een besluit dat is genomen door de regering alleen, zonder betrokkenheid van de Eerste en Tweede Kamer. Een KB heeft twee verschijningsvormen: de algemene maatregel van bestuur (AMvB) en het Klein Koninklijk Besluit (Klein KB). Een AMvB is een algemeen verbindend voorschrift afkomstig van de regering waarin de inhoud van een wet nader is uitgewerkt. Een AMvB moet eerst voor advies naar de Raad van State en treedt in werking na bekendmaking in het Staatsblad.[7] Het BBA is een voorbeeld van een AMvB.

Artikel 6 lid 1 BBA schrijft voor dat de werkgever voor de opzegging van de arbeidsverhouding de voorafgaande toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) behoeft. Die

6 Zie voor een beschrijving van de geschiedenis van het BBA C.G. Scholtens, *Ontstaansgeschiedenis van het ontslagverbod van art. 6 BBA in 1940-1945*, *ArA* 2005/3, p. 28-59; Commissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het duale ontslagrecht*, Den Haag 2000.

7 Een Klein KB richt zich op individuele gevallen, bijvoorbeeld de benoeming van een burgemeester of de verlening van een koninklijke onderscheiding. Een Klein KB behoeft niet voor advies naar de RvS.

toestemming is niet vereist, indien de opzegging onverwijld om een dringende reden geschiedt, tijdens de proeftijd of ten gevolge van faillissement (of schuldsanering). Sinds 1 januari 1999 geldt het toestemmingsvereiste niet meer voor de werknemer die de arbeidsovereenkomst wenst op te zeggen.[8] Volgens artikel 6 lid 3 BBA worden er bij ministeriële regeling regels gesteld met betrekking tot de toestemming van het UWV als bedoeld in artikel 6 lid 1 BBA. Net als een AMvB is een ministeriële regeling een algemeen verbindend voorschrift, waarvan niet mag worden afgeweken.

Daar waar het BBA aanvankelijk ter bescherming van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland strekte, strekt het thans veeleer ter bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag, zoals de Hoge Raad in 2012 in het arrest Nuon-Olbrych onder verwijzing naar een eerder arrest van 23 oktober 1988 overwoog.[9] In zijn conclusie bij het arrest Nuon-Olbrych benadrukte advocaat-generaal Vlas ook terecht dat het BBA (nog steeds) van dwingend recht is.

Naar de letter is het enkel het UWV dat het afspiegelingsbeginsel dwingend moet toepassen en wel bij de toetsing van een voorgenomen opzegging van de arbeidsovereenkomst. De civiele rechter is naar de letter niet gehouden het afspiegelingsbeginsel in acht te nemen: noch in situaties waarin hem wordt verzocht een arbeidsovereenkomst te ontbinden, noch in situaties waarin hem wordt gevraagd de kennelijke onredelijkheid van een opzegging te beoordelen.

Hoewel hij er niet aan is gebonden,[10] blijkt de civiele rechter bij bedrijfseconomische ontslagen in de praktijk aansluiting te zoeken bij het Ontslagbesluit en het afspiegelingsbeginsel zoals dat daarin is opgenomen.[11] Veelal overweegt de rechter dan dat het Ontslagbesluit en/of de daarop gebaseerde beleidsregels van het UWV 'reflexwerking'

8 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, nr. 300.

9 HR 24 februari 2012, *LJN* BU8512, *JAR* 2012/93 (Nuon Personeelsbeheer/Olbrych); HR 23 oktober 1987, *LJN* AD0017, *NJ* 1988/842 (Sorensen/Aramco). Zie ook Commissie Duaal Ontslagstelsel, a.w. (noot 6), p. 18.

10 Zie bijvoorbeeld Ktr. Enschede 21 augustus 2009, *JAR* 2009/238.

11 Zie bijvoorbeeld Ktr. Delft 23 mei 2013, *JAR* 2013/167; Ktr. Oude IJsselstreek 27 maart 2012, *LJN* BW0249, *JAR* 2012/121; Ktr. Nijmegen 8 maart 2012, *JAR* 2012/102; Ktr. Heerenveen 24 januari 2011, *LJN* BP1576, *JAR* 2011/59; Vrzrtr. Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, *LJN* BK1886, *JAR* 2009/273; Ktr. Amsterdam 6 augustus 2008, *JAR* 2008/282.

hebben.[12] Wat de exacte juridische grondslag daarvoor vormt, blijkt niet uit de lagere rechtspraak. Wellicht zou men kunnen stellen dat die grondslag is gelegen in het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW. Het goed werkgeverschap brengt met zich mee dat de werkgever niet alleen in situaties waarin hij de arbeidsovereenkomst opzegt, maar ook daar waar hij een arbeidsovereenkomst op een andere wijze beëindigt het algemeen (nog) als redelijk aanvaarde afspiegelingsbeginsel in acht heeft te nemen.[13]

Ook onze hoogste rechter lijkt zich niet druk te maken om het bestaan van een juridische grondslag en lijkt deze dan maar zelf te creëren, zoals blijkt uit het arrest Cemsto-El Azzouti uit 1997.[14] In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de ratio van anciënniteitsregelingen allereerst hierin ligt dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naar gelang de werknemer langer in dienst is, dat voorts toepassing van het anciënniteitsbeginsel willekeur voorkomt en dat tenslotte oudere werknemers veelal in een ongunstige positie verkeren bij het zoeken naar vervangend werk, terwijl juist zij langdurige dienstverbanden hebben. De Hoge Raad bepaalde in hetzelfde arrest echter ook dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of de opzegging kennelijk onredelijk is, niet is gebonden aan het oordeel van het UWV noch aan de instructie die de minister aan het UWV heeft gegeven in het Delegatiebesluit BBA 1945, waarin hij zijn bevoegdheid op grond van artikel 6 BBA heeft gedelegeerd.[15]

In zijn conclusie bij het arrest constateerde advocaat-generaal Koopmans dat het anciënniteitsbeginsel zich langzamerhand verdicht tot een rechtsregel, die algemeen wordt toegepast in geval van bedrijfseconomisch ontslag, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die in een andere richting wijzen. Wat Koopmans constateerde ten aanzien van het anciënniteitsbeginsel, kan thans ook worden geconstateerd ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel, dat eigenlijk

12 Zie voor recente voorbeelden waarin dat expliciet geschiedt Ktr. Arnhem 3 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1410; Ktr. Utrecht 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:801; Ktr. Utrecht 16 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7191; Ktr. Leiden 31 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:13658, *JAR* 2013/258; Ktr. Alphen aan den Rijn 11 september 2012, *JAR* 2012/262; Ktr. Nijmegen 8 maart 2012, *JAR* 2012/102; Ktr. Lelystad 28 april 2009, *LJN* BI2857, *JAR* 2009/155. Anders: Ktr. Utrecht 3 januari 2012, *LJN* BU9919, *JAR* 2012/47.

13 R. Hampsink, 'Selectie op basis van kwaliteit', *TRA* 2012/6/7, p. 11-14.

14 HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90 (Cemsto/El Azzouti). Heerma van Voss ziet nog een vierde grondslag: het belang van de werkgever bij het ter beschikking houden van de ervaring van de langer in dienst zijnde werknemers. Zie G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan* (diss.), Utrecht 1992, p. 345 e.v.

15 R. Hampsink, a.w. (noot 13), p. 12.

ook niet meer is dan een variant van het anciënniteitsbeginsel. Niet alleen in concrete individuele situaties, maar ook in collectieve onderhandelingen over cao's en/of sociale plannen wordt doorgaans – al dan niet op aandringen van de vakorganisaties – het afspiegelingsbeginsel als uitgangspunt genomen,[16] zelfs wanneer het om sectoren gaat waarbinnen het Ontslagbesluit in zijn geheel niet van toepassing is, zoals binnen de Rijksoverheid[17] en het onderwijs.[18]

Het BBA is dus buiten het parlement om als tijdelijke noodmaatregel tot stand gekomen, maar heeft (nog altijd) de rechtskracht van een wet in formele zin. Het Ontslagbesluit, dat op het BBA is gebaseerd, bindt naar de letter enkel het UWV, maar bevat rechtsregels waaronder het afspiegelingsbeginsel die in de praktijk algemeen worden toegepast en in de rechtspraak in beginsel tot uitgangspunt worden genomen en daarmee deel zijn gaan uitmaken van ons arbeidsrecht.

6.2.3 Korte geschiedenis van het afspiegelingsbeginsel

Sinds 1 maart 2006 is het afspiegelingsbeginsel, zoals thans neergelegd in artikel 4:2 Ontslagbesluit, het uitgangspunt bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Tot die tijd was het anciënniteitsbeginsel[19] – ook wel dienstjaren- of lifo-beginsel genoemd – leidend.[20] Zoals hiervoor beschreven, is de ratio van het anciënniteitsbeginsel dat de zorgplicht van de werkgever toeneemt bij een langer dienstverband. Dit, omdat naar mate het dienstverband langer voortduurt, de beroepskwalificaties van de werknemer steeds meer afgestemd raken op de arbeid bij zijn werkgever en het voor de oudere werknemer veelal moeilijker is om na ontslag een nieuwe baan te vinden. Verder gaat het anciënniteitsbeginsel willekeur tegen, omdat het een objectief, controleerbaar en gemakkelijk toetsbaar criterium is, aldus de minister.[21]

16 R. Hampsink, a.w. (noot 13), p. 12.

17 *Overeenkomst Sociaal Beleid Rijk: van werk naar werk (VWNW) beleid*, 11 april 2013, Http://wetten.overheid.nl/BWBR0033486/geldigheidsdatum_22-01-2014#BIJL1366709.

18 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4994.

19 Zie voor een korte beschrijving van de geschiedenis van het anciënniteitsbeginsel W.A. Zondag, 'De rol van het anciënniteitsbeginsel als selectiecriterium bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen', *SMA* 2005/ 10, p. 458-477.

20 Per bedrijfsvestiging en per categorie uitwisselbare functies worden de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking gebracht.

21 Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Notitie heroverweging van het Last in/first out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag*, 25 mei 2004. Zie over de ratio van het anciënniteitsbeginsel W.A. Zondag, a.w. (noot 19).

Met de circulaire van eind 1976 werd – naast het anciënniteitsbeginsel – het afspiegelingsbeginsel geïntroduceerd.[22] De toepassing van het afspiegelingsbeginsel werd gekoppeld aan de Wet melding collectief ontslag (Wmco). Hierdoor kan bij collectief ontslag de afvloeiing een getrouwe weergave zijn van de opbouw van het personeelsbestand naar leeftijd, terwijl binnen een vijftal leeftijdsgroepen wederom het anciënniteitsbeginsel wordt toegepast.[23] Het afspiegelingsbeginsel werd ingevoerd om paal en perk te stellen aan het gebruik dat met voorrang werknemers van 57,5 jaar en ouder werden ontslagen. Oudere werknemers bleken vaak bereid om slechts formeel bezwaar tegen hun ontslag te maken omdat hun uitkeringssituatie tot aan de pensioengerechtigde leeftijd relatief goed was.[24]

In het begin van de jaren '80 ontstond bij de grotere (en sterkere) bedrijven de behoefte om bij noodzakelijke herstructureringen/inkrimpingen, gepaard gaande met collectief ontslag, jongeren in dienst te houden en ouderen te laten afvloeien om vergrijzing van het personeelsbestand tegen te gaan.[25] In 1982 werd, tegen de achtergrond van een sterk verslechterde arbeidsmarktsituatie, de zogenaamde Ouderenrichtlijn uitgevaardigd.[26] Deze richtlijn bood werkgevers onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid om af te wijken van het anciënniteits- en afspiegelingsbeginsel en werknemers van 57,5 jaar en ouder (later ouder dan 55 jaar) met voorrang voor ontslag voor te dragen. Als gevolg van een veranderd overheidsbeleid dat juist beoogde de arbeidsparticipatie van ouderen te bevorderen, werd de Ouderenrichtlijn per 1 januari 1994 weer ingetrokken.[27]

Om meer bedrijven van het afspiegelingsbeginsel gebruik te kunnen laten maken, werd in 1996 besloten de koppeling van het afspiegelingsbeginsel aan de Wmco te laten vervallen en werd de

22 G.A.M. van Atteveld, 'Ontslagbeleid oudere werknemers onder (periode 1982-1994) en zonder (vanaf 1 januari 1994) het regime van de 'Ouderenrichtlijn', *PS* 1994/10, p. 828-832. Zie voor een beschrijving van de geschiedenis van het afspiegelingsbeginsel voorts R. Kamminga, 'Van anciënniteit naar afspiegeling', *Arbeid Integraal* 2005/4, p. 61-73.

23 Zie G.A.M. van Atteveld, a.w. (noot 22).

24 R. Kamminga, a.w. (noot 22).

25 Adviesaanvraag van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 25 september 1991 over de ontslagrichtlijn oudere werknemers, p. 2.

26 Arbvo/Jura/M./nr. 98324 van 25 januari 1982. Zie voor een beschrijving van de geschiedenis van de Ouderenrichtlijn: G.A.M. van Atteveld, a.w. (noot 22).

27 G.A.M. van Atteveld, a.w. (noot 22), p. 829 en W.J.P.M. Fase, 'Het einde van de ouderenrichtlijn', *SMA* 1994/1, p. 2-7.

ondergrens van tien werknemers ingevoerd.[28] Tot 1 maart 2006 had de werkgever – om een onevenwichtige leeftijdsopbouw van het overgebleven personeel in de onderneming na reorganisatie te voorkomen – derhalve de mogelijkheid om bij groepsontslagen van tien of meer werknemers voor toepassing van het afspiegelingsbeginsel te kiezen. Afspiegelen diende echter plaats te vinden naar de leeftijdsopbouw binnen de onderneming als geheel (en niet, zoals nu, naar de leeftijdsopbouw in de categorie uitwisselbare functies waar de arbeidsplaatsen komen te vervallen). Gezien de drempel van tien en de onevenwichtige uitkomst in geval de leeftijdsopbouw in een categorie uitwisselbare functies sterk afweek van die van de onderneming als geheel, bleef de toepassing van het afspiegelingsbeginsel in de praktijk beperkt.[29]

Eind 2003 werd het anciënniteitsbeginsel ter discussie gesteld. Dit naar aanleiding van de motie Verburg c.s. waarin de regering werd verzocht het anciënniteitsbeginsel te heroverwegen omdat – kort gezegd – bij de beoordeling van ontslagaanvragen onvoldoende zou worden ingespeeld op de behoefte aan flexibiliteit en diversiteit in het personeelsbestand (zoals op basis van leeftijd, kleur, sekse en deskundigheid).[30] Deze motie werd door de Tweede Kamer met zeer ruime meerderheid aangenomen (alleen de aanwezige leden van de SP stemden tegen) en als reactie hierop zond de minister een notitie aan de Tweede Kamer waarin de heroverweging van het anciënniteitsbeginsel werd aangekondigd.[31] Deze notitie werd onder meer ter advisering voorgelegd aan de Stichting van de Arbeid. Ondanks het feit dat de Stichting van de Arbeid op 1 december 2004 een verdeeld advies uitbracht,[32] werd bij regeling van 6 december 2005 het

28 Besluit van 20 december 1995, *Stcrt.* 1995, 249.

29 Zie de notitie van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, a.w. (noot 21). Zie ook A.G. Veldman, 'Voorbij het 'last in first out beginsel'- bij reorganisatie', *Arbeid Integraal* 2005/1, p. 43-59.

30 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200XV, nr. 48; *Handelingen II* 2003-2004, p. 2888-2890.

31 Zie de notitie van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, a.w. (noot 21).

32 Stichting van de Arbeid, *Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag*, 1 december 2004. Zie voor een korte bespreking van dit advies W.A. Zondag, a.w. (noot 19), p. 469-470 en E.G. Hoorn, F. Schabos en J. van Hoeckel, 'Van Lifo naar Biwo', *Arbeid Integraal* 2005/1, p. 33-41.

afspiegelingsbeginsel per 1 maart 2006 verplicht gesteld als selectiecriterium bij bedrijfseconomische ontslagen.[33] De keuzemogelijkheid tussen anciënniteit en afspiegeling kwam hiermee te vervallen.[34] Gezien de bezwaren die kleefden aan het oude afspiegelingsbeginsel werd ervoor gekozen het afspiegelingsbeginsel op twee punten aan te passen. De ondergrens van tien werknemers kwam te vervallen en in plaats van spiegelen aan de leeftijdsopbouw in de gehele bedrijfsvestiging (waar mogelijk), diende voortaan te worden gespiegeld aan de leeftijdsopbouw in de desbetreffende categorie uitwisselbare functies waarbinnen de arbeidsplaatsen kwamen te vervallen.[35]

Met de verplichte toepassing van het afspiegelingsbeginsel beoogde de minister te voorkomen, dat steeds de laatst binnengekomen werknemers als eerste voor ontslag in aanmerking zouden komen. Het gevolg zou zijn dat aan de verschillende groepen werknemers (jongeren, ouderen, herintreders) een gelijkmatiger ontslagbescherming zou worden geboden. Dit was niet alleen in het belang van een gezonde leeftijdsopbouw in de onderneming, maar ook in het belang van het streven te komen tot een evenwichtiger vertegenwoordiging van de verschillende groepen van werknemers binnen de onderneming.[36]

33 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 december 2005 tot wijziging van het Ontslagbesluit, *Stcrt.* 13 december 2005, nr. 242, p. 24. Voor het schoonmaakbedrijf en de uitzendsector gelden specifieke regels die in deze bijdrage buiten beschouwing worden gelaten.

34 De werkgeversvertegenwoordigers hebben destijds voor behoud van de keuzemogelijkheid voor de werkgever gepleit, omdat het gaat om een keuze tussen twee objectiveerbare en legitieme beginselen, die ieder voor zich leiden tot een redelijk geachte uitkomst. De werknemersvertegenwoordigers hechten echter aan een verplichte toepassing van het afspiegelingsbeginsel, teneinde werknemers vooraf zekerheid te verschaffen over de regels die gelden bij een bedrijfseconomisch ontslag. Zie minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Met de WW en het ontslagrecht aan het werk voor een flexibele arbeidsmarkt*, Den Haag 2005, p. 31.

35 Zoals hiervoor beschreven, is in 1996 de grens voor het kunnen toepassen van het afspiegelingsbeginsel verlaagd van 20 naar 10 werknemers. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gaf destijds aan dat een verdere verlaging van de grens om uitvoeringstechnische redenen niet mogelijk was. Bij het laten vervallen van de ondergrens van 10 werknemers heeft de minister niet aangegeven waarom dit thans wel mogelijk is.

36 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 december 2005 tot wijziging van het Ontslagbesluit, *Stcrt.* 13 december 2005, nr. 242, p. 24.

Naast het verplicht stellen van het afspiegelingsbeginsel diende de minister op 22 november 2005 het wetsvoorstel 'Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht' in, waarin onder meer de mogelijkheid was opgenomen om bij cao eigen selectiecriteria overeen te komen.[37] Voorgesteld werd om artikel 6 BBA als volgt te wijzigen:

'1. Onder vervanging van de punt door een puntkomma aan het slot van onderdeel c, wordt aan het tweede lid een onderdeel toegevoegd, luidende: d. indien de opzegging haar grond vindt in redenen van bedrijfseconomische aard en in de van toepassing zijnde collectieve arbeidsovereenkomst selectiecriteria zijn overeengekomen die in acht zullen worden genomen bij de bepaling van de ontslagkeuze, mits deze overeenkomst is afgesloten met een of meer verenigingen van werknemers die in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder haar leden telt, krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen, als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is en die ten minste 2 jaar in het bezit is van volledige rechtsbevoegdheid en daarbij tevens is voorzien in een regeling op grond waarvan: 1°. de arbeidsverhouding van de werknemer niet kan worden opgezegd dan nadat hij in de gelegenheid is gesteld om over zijn bezwaar tegen die opzegging te worden gehoord door een commissie die is belast met de behandeling van de bezwaren van werknemers tegen de door de werkgever beoogde opzegging van de arbeidsverhouding; 2°. de bezwaren door de commissie eerst in behandeling worden genomen nadat de werkgever de verplichting tot schriftelijke melding, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wet melding collectief ontslag overeenkomstig de daarvoor geldende voorschriften heeft gedaan. 2. Onder vernummering van het derde tot en met tiende lid tot vierde tot en met elfde lid, wordt na het tweede lid een lid ingevoegd, luidende: 3. Ten aanzien van een vereniging van werknemers als bedoeld in het tweede lid, onderdeel d, aanhef, die krachtens haar statuten geacht kan worden een voortzetting te zijn van een of meer andere verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werknemers, wordt de duur van de volledige rechtsbevoegdheid van die vereniging of verenigingen voor de vaststelling van de tijdsduur van 2 jaar mede in aanmerking genomen.'

37 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 370, nr. 2.

Zo zou meer ruimte voor maatwerk ontstaan en zou – indien wenselijk – ook rekening kunnen worden gehouden met verschillen in prestaties van werknemers. Ontslagen op grond van de door caopartijen vastgestelde ontslagcriteria zouden niet meer door de Raad van Bestuur van de Centrale Organisatie Werk en Inkomen (CWI) – de voorganger van het UWV – worden getoetst (het lag niet op de weg van de CWI om tussen private partijen afgesproken ontslagcriteria toe te passen). Dat was aan partijen zelf en in laatste instantie aan de rechter. Artikel 6 en artikel 9 BBA zouden daartoe worden gewijzigd. Voorts zou – om te voorkomen dat onevenredig veel ouderen een beroep op een WW-uitkering zouden gaan doen – een systeem van premiedifferentiatie worden ingevoerd.[38] In januari 2006 liet de minister echter weten dat voornoemd onderdeel kwam te vervallen:

> *'De regering concludeert dat zij op dit moment geen mogelijkheden ziet te komen tot een evenwichtig pakket aan maatregelen dat én de dynamiek van de arbeidsmarkt versterkt én voorkomt dat ouderen meer dan evenredig in de WW instromen. Op grond daarvan heeft de regering besloten om de voorgestelde mogelijkheid om bij CAO eigen ontslagcriteria overeen te komen niet te handhaven en nu geen preventieprikkel in te voeren. De regering realiseert zich hierbij, dat de versoepeling van het ontslagrecht die werd beoogd met de afwijkingsmogelijkheid bij CAO op dit moment nog niet wordt gerealiseerd, maar weegt het mogelijk oneigenlijk gebruik van de WW zwaarder.'*[39]

6.3 Basisbegrippen afspiegelingsbeginsel

6.3.1 Inleiding

Het huidige artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit bepaalt dat binnen een categorie uitwisselbare functies per bedrijfsvestiging per leeftijdsgroep de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking worden gebracht, waarbij het aantal ontslagen per leeftijdsgroep voor zover mogelijk in verhouding moet staan tot het aantal werknemers per leeftijdsgroep. Deze leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar,

38 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 370, nr. 3.
39 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 370, nr. 9.

van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet (AOW) genoemde leeftijd.[40]

De verdeling van de ontslagen over de leeftijdsgroepen dient op een zodanige wijze plaats te vinden dat de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies vóór en ná de inkrimping verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft. Vervolgens wordt binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag voorgedragen.[41]

In het hiernavolgende zullen wij eerst kort ingaan op de begrippen 'uitwisselbare functies' (subpar. 6.3.2), 'bedrijfsvestiging' (subpar. 6.3.3), 'leeftijdsgroepen' (subpar. 6.3.4) en 'kortste dienstverband' (subpar. 6.3.5). Vervolgens zullen wij ingaan op de afwijkingsmogelijkheden (subpar. 6.3.6), waarna wij deze paragraaf zullen afronden met een tussenconclusie (subpar. 6.3.7).

6.3.2 Uitwisselbare functies

Het begrip 'uitwisselbare functies' wordt in het Ontslagbesluit zelf niet nader toegelicht. De invulling van deze (open) norm heeft plaatsgevonden in de jurisprudentie. In 1994 overwoog de Kantonrechter Apeldoorn, dat ter beantwoording van de vraag of de functie van kantinemedewerkster uitwisselbaar is met die van medewerkster op de controle-/inpakafdeling, slechts maatstaf kan zijn of bepaalde functies onderling uitwisselbaar zijn en niet of zij met elkaar te vergelijken zijn. Met andere woorden: niet zo zeer aan de orde is volgens de kantonrechter dus de vraag naar de aard c.q. status van het opgedragen werk, maar de vraag of iemand geschikt is zonder (noemenswaardige) bijscholing andere werkzaamheden te verrichten.[42] De Nationale ombudsman gaf in 1998 aan dat van uitwisselbare functies sprake is:

40 Bij Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2014 tot wijziging van het Ontslagbesluit inzake regels voor AOW-gerechtigden in geval van bedrijfseconomisch ontslag is de leeftijdsgroep 55 jaar en ouder met ingang van 1 april 2014 gewijzigd in de leeftijdsgroep 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet genoemde leeftijd. Zie *Stcrt.* 26 februari 2014, nr. 5210.

41 In hoofdstuk 10 van de beleidsregels ('Afspiegelingsbeginsel') is een stappenplan opgenomen om een afvloeiing naar de verhouding van de leeftijdsgroepen van de categorieën uitwisselbare functies te bereiken. Voorts bevat dit hoofdstuk een aantal rekenvoorbeelden.

42 Ktr. Apeldoorn 11 november 1994, *Prg.* 1995/4283.

'(...) indien het gaat om vergelijkbare en gelijkwaardige (zowel naar de aard van de functie als naar de beloning) functies.'[43]

De Rechtbank Amsterdam voegde hier in 2000 aan toe dat werknemers over en weer elkaars functie volledig moeten kunnen overnemen (wederkerigheid).[44]

Het UWV heeft ter uitvoering van het Ontslagbesluit beleidsregels opgesteld: de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna: *'de beleidsregels'*).[45] Hoofdstuk 12 ('Uitwisselbare functies') van de beleidsregels bevat een uitwerking van het begrip uitwisselbare functies uit het Ontslagbesluit en een uitwerking van de handelwijze van het UWV bij het vaststellen van de categorieën uitwisselbare functies. Het begrip uitwisselbare functies wordt in de beleidsregels als volgt omschreven:

'Uitwisselbare functies zijn functies die naar functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden en vereiste competenties vergelijkbaar en naar niveau en beloning gelijkwaardig zijn.'

De factoren voor de vaststelling van uitwisselbaarheid van functies moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld. De functies moeten wederzijds uitwisselbaar zijn. Het gaat daarbij om de vraag of de functies uitwisselbaar zijn en niet of de personen die de functies vervullen wellicht uitwisselbaar zijn. De achtergrond van een werknemer behoeft derhalve niet te worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een uitwisselbare functie. Dit in tegenstelling tot het begrip passende functie, zoals dat in de jurisprudentie is ontwikkeld, waarbij wel wordt gekeken naar de subjectieve/persoonlijke mogelijkheden van de werknemer.[46]

43 Nationale ombudsman 24 november 1997, 1997/528, *JAR* 1998/1.

44 Rb. Amsterdam 26 juli 2000, *JAR* 2000/189.

45 Https://www.werk.nl/pucs/groups/public/documents/document/ptl137470.pdf.

46 Het begrip passende functie komt in dit kader pas aan de orde nadat op grond van het afspiegelingsbeginsel is vastgesteld welke werknemer voor ontslag moet worden voorgedragen. Indien er vervolgens een herplaatsingsmogelijkheid is, dient aan de hand van een beoordeling van de geschiktheid van de werknemer voor deze functie te worden bepaald of sprake is van een passende functie. Zie over de toets op herplaatsing bij ontslag om bedrijfseconomische redenen hoofdstuk 20 van de beleidsregels ('Herplaatsing').

Ook als functies niet in alle opzichten vergelijkbaar en gelijkwaardig zijn, kunnen zij niettemin naar inhoud, benodigde kennis etc. zo dicht tegen elkaar aanliggen (nagenoeg vergelijkbaar/gelijkwaardig zijn) dat het redelijk is deze functies als uitwisselbaar te beschouwen. Om die reden wordt door het UWV rekening gehouden met een zogeheten 'overdrachtsperiode'. In de praktijk wordt vaak een periode van enkele dagen tot enkele weken voor bepalende, essentiële functie-eisen gehanteerd en een periode van drie tot zes maanden voor minder bepalende functie-eisen. Naarmate de benodigde overdrachtsperiode langer is, zal eerder moeten worden geconcludeerd dat de functies niet uitwisselbaar zijn. Zie in dit kader bijvoorbeeld een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem uit 2013. Daarin ging het om een werknemer die werkzaam was als warehouse coördinator bij DHL ten behoeve van Dell, een specifieke klant van DHL. Bij DHL werd gewerkt in vier verschillende zogeheten warehouses (mainstream, seagate, SBL en Dell). Dell beëindigde de samenwerking met DHL. Het Dell warehouse werd opgeheven als gevolg waarvan de functie van Dell dedicated warehouse coördinator kwam te vervallen. De werkgever stelde zich op het standpunt dat de functie van Dell dedicated warehouse coördinator niet onderling uitwisselbaar was met de andere warehouse coördinator functies (SBL, mainstream en seagate). De enkele omstandigheid dat de Dell dedicated warehouse coördinator met andere regels en eisen van de klant en met enigszins andere processen te maken had, was – aldus de kantonrechter – onvoldoende nu niet aannemelijk was geworden dat de werknemer zich deze niet eigen zou kunnen maken als een zekere overdrachtsperiode in acht werd genomen. Een overdrachtsperiode van twee maanden werd door de kantonrechter niet onaanvaardbaar lang geacht, nu uit de beleidsregels van het UWV valt op te maken dat voor sommige functies een overdrachtsperiode van een paar maanden als redelijk wordt aangemerkt.[47]

Volgens het Gerechtshof Amsterdam dient er, in lijn met de beleidsregels, in beginsel te worden gelet op de objectieve gegevens: de overeengekomen functie, de inhoud ervan volgens de functiebeschrijving en de wijze waarop de functie in het algemeen moet worden uitgeoefend. Wanneer aan de functie van all round hovenier een leidinggevend aspect wordt toegevoegd, betekent dat nog niet die functie uitwisselbaar is met die van voorman.[48]

47 Ktr. Haarlem 22 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA0276, *RAR* 2013/116.
48 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2002.

Ofschoon het in de praktijk voorkomt dat er met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad afspraken worden gemaakt over het vaststellen van categorieën uitwisselbare functies, is er nog geen rechtspraak gepubliceerd waarin dat aan de orde is.

6.3.3 Bedrijfsvestiging

Volgens hoofdstuk 11 ('Bedrijfsvestiging') van de beleidsregels zijn voor de omschrijving van het begrip bedrijfsvestiging twee elementen van belang:

1) optreden in de maatschappij: de wijze waarop de eenheid zich naar buiten toe presenteert en daarmee voor derden als zelfstandige eenheid kenbaar is, en
2) organisatorisch verband: de wijze waarop de eenheid intern is georganiseerd en waaruit blijkt of er een interne zelfstandigheid qua bedrijfsvoering bestaat.

Op basis van die elementen komt het UWV tot de volgende niet-limitatieve lijst externe en interne verschijningskenmerken die in onderlinge samenhang moeten worden beschouwd.

Externe kenmerken:

- de eenheid presenteert zich extern publiekelijk als zelfstandige aanbieder van goederen en diensten;
- een eigen adres c.q. bedrijfslocatie;
- registratie als aparte vestiging/locatie bij de Kamer van Koophandel;
- een eigen klantenkring of doelgroep;
- een eigen product- en/of dienstenlijn;
- een eigen naam;
- een eigen website, briefpapier, logo, huisstijl;
- de geografische afstand tussen de verschillende locaties.

Interne organisatorische kenmerken:

- een aparte rechtspersoon;
- een zelfstandige (financiële) rapportage;
- de organisatorische eenheid is als zelfstandig onderdeel in de (financiële) rapportage opgenomen, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit jaarplannen en een eigen winst & verlies verantwoordelijkheid;
- een eigen management is verantwoordelijk voor de bedrijfsvoering;

- het zelfstandig in dienst nemen en ontslaan van personeel;
- een eigen, separate medezeggenschap.

Indien beide categorieën kenmerken dezelfde eenheid als bedrijfsvestiging identificeren, is deze uitkomst voor het UWV maatgevend. Indien dat niet het geval is, is een nadere afweging nodig, waarbij het noodzakelijk kan zijn om terug te gaan naar de waarneembare kenmerken zoals gelegen in de externe presentatie en in de interne organisatie en aansturing. Als beide categorieën kenmerken elkaar dan nog steeds qua aantal en karakter in evenwicht houden, is het van belang om te bezien welk van beide invalshoeken het meest beantwoordt aan het uitgangspunt, te weten transparante en eenvoudige toepasbaarheid voor de praktijk. Aldus de beleidsregels van het UWV. Volgens de Nationale ombudsman moet het UWV deze redelijkheidstoets ook aanleggen, wanneer het bij een ontslagaanvraag van een werkgever tot een andere conclusie komt dan de ontslagcommissie van het UWV en dan bij een eerdere ontslagaanvraag van die werkgever het geval is geweest, bijvoorbeeld doordat het – in tegenstelling tot bij die eerdere ontslagaanvraag – tot de conclusie komt dat er zodanig sprake is van regelmatige uitwisseling van personeel en/of samenvoeging dat aparte bedrijfsvestigingen voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel als één bedrijfsvestiging moeten worden gezien.[49]

Met de mix van externe en interne kenmerken lijkt er in de beleidsregels van het UWV aansluiting te zijn gezocht bij de Wet op de ondernemingsraden (WOR), zoals ook Sprengers constateert.[50] Artikel 1 WOR omschrijft het begrip 'onderneming' namelijk als:

> *'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.'*

Volgens de Kantonrechter Groningen is daarvoor nodig dat alle drie in deze omschrijving genoemde elementen samenkomen. Er moet sprake zijn van een organisatorisch verband, dat wil zeggen van een groep personen die onder een bepaalde leiding en op een bepaalde locatie samenwerken. Dat is niet het geval wanneer er geen eigen management met eigen bevoegdheden is. Daarnaast moet het orga-

49 Nationale ombudsman 8 augustus 2013, 2013/096.

50 L.C.J. Sprengers, 'Doorvoeren van bedrijfseconomische ontslagen', in: L.G Verburg en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer 2003, p. 73-102.

nisatorisch verband naar buiten toe als zelfstandige eenheid optreden door onder eigen naam werkzaam te zijn, of door onder eigen naam producten of diensten rechtstreeks in het maatschappelijk verkeer te brengen. Tenslotte moeten er binnen de onderneming werknemers en/of ambtenaren werkzaam zijn.[51]

Uit de spaarzame jurisprudentie is slechts in beperkte mate op te maken hoe het UWV in de praktijk met het begrip bedrijfsvestiging omgaat. Daar waar op andere onderdelen het Ontslagbesluit door het UWV vrij strikt wordt uitgelegd, lijkt uit de beleidsregels van het UWV voort te vloeien dat er ten aanzien van het begrip bedrijfsvestiging geen strikte uitleg bestaat. Ook de rechter blijkt in de praktijk verschillende kanten uit te kunnen met de criteria zoals die in de beleidsregels zijn geformuleerd.[52]

Zo blijkt uit een uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch uit 2004 in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure dat de regionaal directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA, als voorganger van de CWI en daarmee ook van het UWV) de toepassing van het anciënniteitsbeginsel per afdeling in overeenstemming met het Ontslagbesluit achtte en dat ook het Hof dat aanvaardde. Aan de werkgever kwam naar het oordeel van het Hof een zekere beleidsvrijheid toe bij de beoordeling of per afdeling dan wel per grote bedrijfsvestiging (waar vele verschillende functies werden uitgeoefend) het anciënniteitsbeginsel moest worden toegepast. Daarbij diende ook het belang bij een geslaagde reorganisatie te worden meegewogen, aldus het Hof. Blijkens de uitspraak was er sprake van een sociaal plan dat in overleg met de betrokken vakorganisaties was opgesteld en waarmee de ondernemingsraad had ingestemd, maar uit de uitspraak blijkt niet dat dat voor het Hof een overweging heeft gevormd.[53]

In een latere uitspraak uit 2012 in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure lijkt het Gerechtshof Den Bosch de beleidsvrijheid van de werkgever onder verwijzing naar de beleidsregels van de CWI (thans het UWV) weer enigszins in te perken. Volgens het Hof diende onder een bedrijfsvestiging in beginsel te worden verstaan:

51 Ktr. Groningen 28 mei 2004, *LJN* AQ8813, *JAR* 2004/197.

52 Zie in dit verband ook H. Dammingh en G.M. Gerdes, 'De vaststelling van de bedrijfsvestiging: een riskante zaak', *ArbeidsRecht* 2014/14, p. 59-62.

53 Hof Den Bosch 24 februari 2004, *JAR* 2004/131. In soortgelijke zin: Ktr. Zwolle 28 september 1992, *JAR* 1992/96.

'Elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband.'

Daarbij ging het er niet om dat telkens alle toetsingsaspecten met een 'ja' worden beantwoord, maar veeleer of het merendeel van de gegevens wijst op een zelfstandig opererende eenheid in de maatschappij. In het ter beoordeling voorliggende geval was het de vraag of twee vestigingsplaatsen samen als één bedrijfsvestiging moeten worden gezien. Volgens het Hof was er sprake van een eigen en zelfstandige financiële verslaglegging, waaraan niet afdeed dat de cijfers uiteindelijk in één geconsolideerde jaarrekening van de holding werden vastgelegd. Verder kende de vestigingsplaats waar de werknemer werkzaam was geweest een eigen leiding en een personeelssamenstelling die erop wees dat er sprake was van een zelfstandig opererende entiteit en was onvoldoende gebleken dat de leiding van de vestigingsplaats waar de werknemer werkzaam was geweest geen zelfstandige beslissingsbevoegdheid had. Er was geen sprake van enige structurele uitwisseling van personeel tussen beide vestigingsplaatsen. De vestigingsplaats waar de werknemer werkzaam was geweest, had een eigen bedrijfspand en was gezien de aard van het bedrijf vooral gericht op klanten uit de directe omgeving van de vestigingsplaats. Volgens het Hof deed aan het voorgaande niet af dat er kennelijk wel enige samenwerking bestond tussen beide vestigingsplaatsen onder meer ten aanzien van personeelszaken, het gebruik van bedrijfslogo's, huisstijl en briefpapier en dat op de salarisstroken van de werknemers die werkzaam waren in de vestigingsplaats waar de werknemer werkzaam was geweest het adres van de andere vestigingsplaats stond vermeld.[54]

De Kantonrechter Utrecht kwam in 2013 in een procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot het oordeel dat asfaltploegen met een regionaal werkgebied in beginsel niet als aparte bedrijfsvestigingen konden worden gezien, nu vaststond dat ze zich in het maatschappelijk verkeer niet als zelfstandige eenheid presenteerden en geen intern organisatorisch verband vormden. Volgens de kantonrechter kwam het er op aan dat enerzijds de ontslagbescherming werd gewaarborgd (hetgeen meebracht dat het gebied waarbinnen werd afgespiegeld niet te klein mocht zijn) en anderzijds werd gewaakt tegen een onwerkbare uitkomst (wat meebracht dat het gebied ook niet te groot mocht zijn). Dat bracht de kantonrechter tot

54 Hof Den Bosch 14 februari 2012, *LJN* BV6150, *JAR* 2012/90.

de conclusie dat slechts met betrekking tot functies waarin medewerkers ook buiten de eigen regio werden ingezet landelijk moest worden afgespiegeld, dit in tegenstelling tot unieke functies waarbij medewerkers slechts incidenteel buiten de eigen regio werkten.[55]

In 2012 bevestigde de Kantonrechter Amsterdam in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure het oordeel van het UWV dat het restaurant waar de werknemer werkzaam was als een zelfstandige bedrijfsvestiging moest worden gezien, omdat het restaurant aan het merendeel van de in de beleidsregels genoemde voorbeelden van externe en interne kenmerken van een zelfstandige bedrijfsvoering voldeed. Met name kon volgens de kantonrechter niet worden aangenomen dat er sprake was van een regelmatige uitwisseling van personeel.[56] Een vergelijkbaar oordeel velde de Kantonrechter Utrecht in 2013 in een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure tegen een reisbureau, omdat er volgens de kantonrechter onbetwistbaar sprake was van filialen met een eigen naam, een eigen adres, eigen briefpapier, een eigen logo, een eigen ANVR-nummer, een aparte vermelding bij de Kamer van Koophandel en een eigen financiële administratie. Het feit dat de werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst was opgezegd en andere medewerkers wel eens invielen bij andere vestigingen, maakte dat niet anders nu de frequentie daarvan niet zodanig was dat moest worden geoordeeld dat de medewerkers geen vaste standplaats hadden. Slechts in geval van ziekte of drukte werd bij andere vestigingen ingevallen.[57] Ook een vergelijkbaar oordeel velde de Kantonrechter Assen in 2013 naar aanleiding van een verzoek van een advies- en ingenieursbureau tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die als rentmeester werkzaam was binnen de afdeling Noordoost. De kantonrechter merkte de afdeling Noordoost als een afzonderlijke bedrijfsvestiging aan, omdat deze afdeling in de regio bekend stond als een zelfstandige aanbieder van diensten, een eigen klantenkring bezat (bestaande uit gemeenten en lokale overheden), een eigen adres bezat, eigen briefpapier had, met behulp van een kostenplaats per team een zelfstandige financiële rapportage voerde, een eigen management had dat verantwoordelijkheid voor de bedrijfsvoering droeg en zelfstandig zorg droeg voor het in dienst nemen van personeel.[58] De Kantonrechter Gouda oordeelde aan de hand van

55 Ktr. Utrecht 11 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5263, *LJN* BZ5263, *JAR* 2013/114.

56 Ktr. Amsterdam 13 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4205.

57 Ktr. Utrecht 22 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2677.

58 Ktr. Assen 20 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ2422.

minder kenmerken dat niet de formele werkgever binnen een groep maar de werkgever waarbij de werknemer al jarenlang feitelijk werkzaam was als bedrijfsvestiging moest worden aangemerkt. De kantonrechter achtte het voldoende dat de werkgever waar de werknemer feitelijk werkzaam was een eigen bestuur, een eigen entiteit, een eigen financiële verantwoording, een vaste groep medewerkers die niet met andere bedrijfsonderdelen werden uitgewisseld en een specifieke bedrijfsactiviteit bezat om die werkgever als een bedrijfsorganisatorische eenheid en daarmee als een bedrijfsvestiging te beschouwen.[59]

De Kantonrechter Bergen op Zoom merkte in 2009 twee zustervennootschappen die slechts voor wat betreft de salesactiviteiten gescheiden werkten en voor het overige waren gecentraliseerd voor de toepassing van het Ontslagbesluit aan als één bedrijfsvestiging. Opmerkelijk detail daarbij was, dat juist de werknemer waarvoor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst was verzocht, werkzaam was als Sales Manager voor slechts één van beide zustervennootschappen.[60] De Kantonrechter Amersfoort velde in 2010 in een ontbindingsprocedure een vergelijkbaar oordeel ten aanzien van twee zustervennootschappen die in hetzelfde pand waren gehuisvest en waarvan de werkzaamheden zelfs zodanig door elkaar heen liepen dat alle werknemers feitelijk voor beide vennootschappen werkzaam waren (en ook voor beide vennootschappen de telefoon opnamen en bij beide vennootschappen op de website stonden).[61] De Kantonrechter Arnhem kwam recent, in 2014, in een ontbindingsprocedure tot een tegengestelde conclusie ten aanzien van twee zustervennootschappen die vanuit verschillende showrooms in Tiel en Zaltbommel keukens verkochten en waarbij niet kwam vast te staan dat er uitwisseling van personeel plaatsvond en dat er maandelijkse verkoopbesprekingen plaatsvonden voor alle verkopers gezamenlijk. De kantonrechter achtte van onvoldoende gewicht dat de backoffice voor beide ondernemingen gezamenlijk geschiedde vanuit Tiel en dat vanuit Tiel de keukens werden besteld, nu er ook onderling werd afgerekend. Ook achtte de kantonrechter het niet van belang dat de communicatie via de moedervennootschap geschiedde en de moedervennootschap op de salarisstroken stond vermeld. Wel van belang achtte de kantonrechter dat het om twee aparte rechtspersonen ging die ieder een eigen adres en een eigen bedrijfslocatie hadden.[62]

59 Ktr. Gouda 27 november 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG6662, *JIN* 2009/15.
60 Ktr. Bergen op Zoom 22 juli 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BJ3353, *RAR* 2009/140.
61 Ktr. Amersfoort 16 september 2010, *LJN* BN8123, *RAR* 2010/170.
62 Ktr. Arnhem 3 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1410.

Worden afzonderlijke locaties samengevoegd, dan moeten zij voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel gezamenlijk als één bedrijfsvestiging worden gezien, zoals volgt uit een ontbindingsbeschikking van de Kantonrechter Deventer uit 2004 waarin het nog om de toepassing van het anciënniteitsbeginsel ging.[63]

Recent, in 2014, oordeelde de Kantonrechter Utrecht in een procedure tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst met een locatieleidster bij een organisatie in de kinderopvang dat de werkgever het afspiegelingsbeginsel juist had toegepast door niet enkel over de locatie Abcoude, maar over de gehele organisatie af te spiegelen. De kantonrechter overwoog dat de werkgever een zekere mate van beleidsvrijheid heeft bij de inrichting van de bedrijfsvoering en geëigende beslissingen moet kunnen nemen die nodig zijn voor een gezonde en doelmatige bedrijfsvoering, maar dat er tegelijkertijd ook een belang is van werknemers bij behoud van hun baan en bij een evenwichtige en zorgvuldige ontslagprocedure. De kantonrechter vond dat voldoende was gebleken dat bedrijfseconomische redenen de werkgever dwongen om zo te reorganiseren dat de functie van locatieleider op iedere vestiging werd opgeheven en voortaan werd uitgeoefend op het Centraal Kantoor. Wanneer een locatie voorheen goede resultaten boekte, zoals de locatie waar de locatieleidster werkzaam was, betekende dat niet dat er geen noodzaak was voor een reorganisatie waarbij ook deze vestiging werd betrokken. De kantonrechter achtte daarbij van belang dat de onderlinge afstand tussen de verschillende locaties gering was en dat de locatieleidsters onderling uitwisselbaar waren. De reorganisatie was daardoor niet onredelijk. Bovendien had de ondernemingsraad op dit punt niet negatief geadviseerd, als er met de vakorganisaties maar een sociaal plan werd overeengekomen. Zou er wel per locatie worden afgespiegeld, dan zou dit eveneens het einde van het dienstverband van de locatieleidster tot gevolg hebben, nu zij op de locatie Abcoude de enige locatieleidster was. Aldus de kantonrechter.[64]

Ofschoon het in de praktijk voorkomt dat er met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad afspraken worden gemaakt over de invulling van het begrip bedrijfsvestiging, is er nog geen rechtspraak gepubliceerd waarin zulke afspraken uitdrukkelijk aan de orde komen.

63 Ktr. Deventer 8 juli 2004, *LJN* AP8634, *JAR* 2004/195.
64 Ktr. Utrecht 5 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:801.

6.3.4 Leeftijdsgroepen

Het afspiegelingsbeginsel gaat zoals gezegd uit van een indeling in vijf (vaste) leeftijdsgroepen van elk tien jaar: 15 tot 25 jaar, 25 tot 35 jaar, 35 tot 45 jaar, 45 tot 55 jaar en 55 jaar tot de AOW-leeftijd.[65]

Het Ontslagbesluit biedt de werkgever niet de mogelijkheid om het aantal leeftijdsgroepen te wijzigen dan wel voor een indeling in andere leeftijdsgroepen te kiezen. Alhoewel de indeling in leeftijdsgroepen door de werkgever kan worden beïnvloed door de verjaardag van een werknemer af te wachten (die bijvoorbeeld 35 of 45 jaar wordt en op basis daarvan in een volgende leeftijdsgroep moet worden ingedeeld) of juist niet af te wachten, is deze speelruimte zeer beperkt.[66]

In de praktijk komt het echter wel voor dat met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad afspraken worden gemaakt over het aantal en/of de samenstelling van de leeftijdsgroepen. Zo wordt bijvoorbeeld bij ABN AMRO afgespiegeld in vier in plaats van vijf leeftijdsgroepen, te weten de groepen tot 35 jaar, vanaf 35 jaar tot 45 jaar, vanaf 45 jaar tot 57,5 jaar en vanaf 57,5 jaar.[67] Deze leeftijdsgroepen wijken af van de vaste leeftijdsgroepen zoals neergelegd in artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit.

6.3.5 Kortste dienstverband

Onderdeel van het afspiegelingsbeginsel is dat de werkgever per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging en per leeftijdsgroep als eerste die werknemer voor ontslag in aanmerking brengt, die het kortst in dienst is. De werkgever dient daarom in de ontslagaanvraag inzichtelijk te maken hoe lang de werknemers in dienst zijn. Het Ontslagbesluit laat zich niet uit over de (wijze van) berekening van de duur van het dienstverband. Ter bevordering van de uniformiteit in de berekening van de duur van het dienstverband heeft het UWV op dit punt een uitvoeringsbeleid vastgesteld. Dit beleid is opgenomen in hoofdstuk 13 ('Berekening duur dienstverband') van de beleidsregels. De algemene toetsingsmaatstaf van artikel 3:1 Ontslagbesluit – waarin staat dat de in acht te nemen

65 Sinds 1987 worden deze vijf leeftijdsgroepen voorgeschreven, zie R. Kamminga, a.w. (noot 22).

66 Zie ook M. Margadant, 'Spiegeltje, spiegeltje in de praktijk; een analyse van het nieuwe afspiegelingsbeginsel', *ArbeidsRecht* 2006/56, p. 11-17.

67 ABN AMRO, *Sociaal Plan CAO, Van werk naar werk 1 januari 2013 – 1 januari 2015.*

duur van het dienstverband in redelijkheid dient te worden vastgesteld – is daarbij volgens het UWV maatgevend.

Het UWV hanteert twee hoofdregels voor de berekening van de duur van het dienstverband:

1) bij een *ononderbroken* dienstverband bij één werkgever is de duur van het dienstverband gelijk aan de periode die is gelegen tussen de datum van indiensttreding en de peildatum voor afspiegeling;[68]
2) bij *onderbroken* dienstverbanden neemt het UWV voor de berekening van de duur van het dienstverband in beginsel alleen de duur van het laatste dienstverband in aanmerking.

Overeenkomstig de tweede hoofdregel neemt het UWV in geval van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd – al dan niet met korte onderbrekingen –in beginsel alleen de duur van de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in aanmerking. Het UWV acht het niet redelijk om voor de berekening van de duur van het dienstverband de duur van het vorige dienstverband bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel mee te nemen, omdat bij de beëindiging van de eerdere arbeidsovereenkomst al tussen de werkgever en de werknemer onderling is afgerekend. Dit is anders indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt beëindigd en aansluitend voor minder uren wordt voortgezet. In dat geval telt het UWV de dienstverbanden wel samen.

Het UWV volgt de ketensystematiek van artikel 7:668a lid 1 BW bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Voor de berekening van de duur van het dienstverband gaat het UWV uit van de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor zover er geen tussenpozen tussen de arbeidsovereenkomsten zijn gelegen die langer dan drie maanden hebben geduurd. De onderbrekingen zelf tellen niet mee.

68 Voor het UWV is de peildatum de datum waarop de ontslagaanvragen worden ingediend, tenzij een eerdere objectiveerbare datum is aan te wijzen die in redelijkheid door de werkgever als peildatum mag worden gehanteerd (hoofdstuk 10: Afspiegelingsbeginsel).

Het UWV volgt bij de berekening van de duur van het dienstverband de strekking van de Ragetlieregel.[69] De dienstjaren tellen door indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De teller gaat echter op 0 indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtsgeldig is beëindigd door opzegging (met toestemming van het UWV of door de curator) of ontbinding door de kantonrechter. In dat geval heeft de werkgever reeds via het volgen van een ontslagprocedure, het in acht nemen van de opzegtermijn of het betalen van een vergoeding met de werknemer afgerekend. Het UWV acht het niet redelijk om dan voor de berekening van de duur van het dienstverband het vorige dienstverband weer mee te tellen.

In geval van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW is het beleid van het UWV dat de duur van het dienstverband bij de vorige werkgever wordt samengeteld met de duur van het dienstverband bij de opvolgend werkgever. Van een opvolgend werkgever is volgens het UWV (in beginsel) sprake indien de volgende factoren (vrijwel) gelijk blijven: de (aard van de) verrichte werkzaamheden, de locatie waar de werkzaamheden worden verricht en de bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend. Voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel vormen deze dienstverbanden dus samen de in acht te nemen duur van het dienstverband, voor zover er geen tussenpozen zijn die langer dan drie maanden hebben geduurd. De onderbrekingen zelf tellen niet mee. Het UWV maakt hierbij geen onderscheid tussen de situatie waarin de werknemer bij de opvolgend werkgever voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd in dienst treedt. Steeds als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd bij de vorige werkgever wordt gevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd bij een opvolgend werkgever, worden de

69 De zogenaamde Ragetlieregel is neergelegd in artikel 7:667 lid 4 BW. Wanneer een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging is geëindigd, eenmaal of meermalen is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, eindigt de laatste overeenkomst niet van rechtswege. Voor de beëindiging van deze laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is dan een voorafgaande opzegging nodig.

dienstverbanden samengeteld. Dit is alleen anders indien het dienstverband bij de vorige werkgever rechtsgeldig is geëindigd.[70]

Het UWV-beleid bij opvolgend werkgeverschap geldt ook in geval een werknemer na het eindigen van een uitzend- of detacheringsperiode bij de inlener in dienst treedt en dezelfde werkzaamheden blijft verrichten. Voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel worden derhalve uitzendperioden meegeteld voor zover er geen tussenperioden zijn die langer dan drie maanden hebben geduurd. Ook hier tellen de onderbrekingen zelf niet mee.[71]

In het geval van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW is het beleid van het UWV dat bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel de door de werknemer opgebouwde dienstjaren bij de vervreemder mee tellen bij de bepaling van de duur van het dienstverband bij de verkrijger. Het beleid van het UWV strekt verder dan op grond van jurisprudentie verplicht lijkt te zijn.[72] Het Hof van Justitie EU heeft geoordeeld dat anciënniteit op zichzelf geen recht is dat voor overgang vatbaar is, maar dat anciënniteit wel mee overgaat voor zover deze medebepalend is voor een financieel recht bij de vervreemder.[73] Dit lijkt ook in de Nederlandse jurisprudentie te

70 Analoog aan de toelichting op de Ragetlieregel en de berekening van de duur van het dienstverband, acht het UWV het ook in dit geval niet redelijk om het dienstverband bij de vorige werkgever voor de berekening van de duur van het dienstverband weer mee te tellen, indien dat dienstverband bij de vorige werkgever rechtsgeldig is geëindigd.

71 In het verleden zijn door kantonrechters verschillende uitspraken gedaan over het al dan niet meetellen als diensttijd van als uitzendkracht gewerkte jaren. Zo telde bijvoorbeeld de Kantonrechter Den Bosch in 2004 de als uitzendkracht gewerkte periode niet mee omdat met de vakorganisaties was overeengekomen dat de uitzendjaren niet worden meegerekend, noch voor het bepalen van de anciënniteit, noch voor het bepalen van de vergoeding. Zie Ktr. Den Bosch 15 maart 2004, *JAR* 2004/90. De Kantonrechter Wageningen overwoog in 2010 dat het niet mee tellen van de als uitzendkracht gewerkte jaren in strijd was met de beleidsregels van het UWV, waaraan de kantonrechter in deze zaak reflexwerking toekent en niet getuigde van goed werkgeverschap in relatie tot de werknemer. Zie Ktr. Wageningen 8 september 2010, *JAR* 2010/264.

72 Zie hierover ook R.M. Beltzer en F. Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's, *ArA* 2012/2, p. 36-51 en J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss.), Amsterdam 2012, p. 172-175.

73 HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia), HvJ EU 6 september 2011, *JAR* 2011/262 (Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca). Zie ook R.M. Beltzer, 'De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies, *ArbeidsRecht* 2012/1, p. 3-6 en R.M. Beltzer en F. Koopman, a.w. (noot 72).

worden aanvaard.[74] Zo overwoog de Kantonrechter Bergen op Zoom dat nu werknemers bij hun vorige werkgever geen recht hadden op een financiële vergoeding bij het bereiken van een 25-jarig dienstverband, de nieuwe werkgever de dienstjaren bij de vorige werkgever niet hoefde mee te tellen bij de berekening van de jubileumuitkering. De jubileumregeling vloeide immers niet voort uit de arbeidsverhouding van deze werknemers met de vervreemder.

Het UWV acht het niet redelijk om de bij de gefailleerde onderneming opgebouwde dienstjaren mee te tellen bij een doorstart na faillissement. Een belangrijk argument hiervoor is, aldus het UWV, dat het meenemen van de anciënniteitsrechten de doorstartende ondernemer ervan kan weerhouden om bepaalde werknemers van de gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het UWV sluit zich voor de berekening van de duur van het dienstverband in dit geval aan bij de inhoud en strekking van artikel 7:666 BW. Bij een ontslagprocedure nadat er een doorstart heeft plaatsgevonden na faillissement worden de dienstjaren voorafgaand aan het faillissement door het UWV niet meegeteld. De datum waarop het dienstverband bij de doorstartende werkgever aanvangt, geldt als de datum van indiensttreding bij de vaststelling van de ontslagvolgorde. Ook als sprake is van opvolgend werkgeverschap, acht het UWV het redelijk om voor de berekening van de duur van het dienstverband uit te gaan van alleen de arbeidsovereenkomst met de doorstartende ondernemer.[75] Van der Pijl vraagt zich ons inziens terecht af of de beleidsopvatting van het UWV ten aanzien van een doorstart tijdens faillissement nog juist is na de uitspraak van Van Tuinen/Taxicentrale Wolters.[76]

Met betrekking tot mutaties binnen een concern is het uitgangspunt van het UWV dat de vennootschap waarmee een werknemer de arbeidsovereenkomst heeft gesloten, wordt gezien als de (juridische) werkgever. Dienstverbanden bij andere vennootschappen binnen het concern tellen derhalve (in beginsel) niet mee voor de berekening

74 Ktr. Bergen op Zoom, 5 oktober 2011, *JAR* 2011/285.

75 Zie J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?, *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 5-10.

76 HR 11 mei 2012, *LJN* BV9603, *JAR* 2012/150 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters).

van de duur van het dienstverband, tenzij een concern op structurele basis een kenbaar employabilitybeleid voert.[77,78] In dat geval telt het UWV de dienstjaren bij de verschillende dochtervennootschappen samen voor de berekening van het dienstverband. Het komt voor dat een werknemer bij indiensttreding bij een andere vennootschap binnen een concern in zijn arbeidsovereenkomst laat opnemen dat zijn anciënniteitsrechten behouden blijven. Het UWV acht zich niet gehouden onderhandse afspraken tussen werkgever en werknemer in acht te nemen. De vraag rijst of het UWV dan ook geen rekening houdt met afspraken tussen werkgever en vakorganisaties en/of de ondernemingsraad met betrekking tot het meenemen van anciënniteit. Zo achtte de Kantonrechter Den Bosch zich gebonden aan de met de vakorganisaties gemaakte afspraak dat uitzendjaren niet worden meegerekend, noch voor het bepalen van de anciënniteit, noch voor het bepalen van de vergoeding.[79]

In de beleidsregels wordt ten slotte nog opgemerkt dat het soms redelijk is om onderbroken dienstverbanden voor onbepaalde tijd bij één werkgever samen te tellen voor de berekening van de duur van het dienstverband. Het wel of niet samentellen van twee dienstverbanden is afhankelijk van de omstandigheden waaronder de onderbreking tot stand is gekomen en de duur van de onderbreking. Indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is beëindigd zonder uitzicht op herintreding, zal volgens het UWV niet snel van een onderbreking kunnen worden gesproken. Dit is echter anders in het geval waarin van meet af aan duidelijk is dat de werknemer zal terugkomen, zoals bijvoorbeeld het geval zal zijn bij een studieverlof of een zorgverlof. Hoewel in zo'n geval volgens het UWV de juridische dienstbetrekking wordt beëindigd, eindigt de band tussen werkgever en werknemer niet. De duur van de onderbreking mag echter niet te lang zijn. Het UWV acht het van belang dat ook tijdens

77 Dit is opmerkelijk omdat in die situatie vaak sprake zal zijn van opvolgend werkgeverschap. Naar onze mening kan dan ook worden beargumenteerd dat de dienstjaren bij de verschillende dochtervennootschappen wel moeten worden samengeteld voor de berekening van de duur van het dienstverband indien sprake is van opvolgend werkgeverschap.

78 Het door de werkgever gevoerde employability-beleid kan blijken uit bijvoorbeeld het gezamenlijk publiceren van vacatures en de regel dat interne kandidaten voorrang hebben boven externe kandidaten, aldus het UWV. Van belang is dat het concern een bestendig beleid voert om diensterbanden binnen (een deel van) het concern samen te tellen.

79 De kantonrechter lijkt hier conform de aanbevelingen bij artikel 7:685 BW voorrang te verlenen aan hetgeen in het sociaal plan is overeengekomen. Ktr. Den Bosch 15 maart 2004, *JAR* 2004/90.

de onderbreking (enige) binding blijft bestaan tussen de werkgever en de werknemer. Deze band zal afnemen naarmate de onderbreking langer duurt. Een onderbreking van meer dan een jaar acht het UWV dan ook te lang. De Kantonrechter Bergen op Zoom oordeelde in 2013 dat de periode ter vervulling van de militaire dienstplicht (juni 1983-augustus 1984) meetelt voor de berekening van de duur van het dienstverband. Volgens de kantonrechter was geen sprake van een onderbreking van het dienstverband. Het opzegverbod in artikel 7:670 lid 3 BW (opzegverbod tijdens militaire dienst) impliceert dat de wetgever er van uit is gegaan dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft gedurende de periode dat de werknemer zijn militaire dienstplicht vervult, aldus de kantonrechter. Nu niet was gesteld of gebleken dat de arbeidsovereenkomst voorafgaand aan of tijdens het vervullen van de dienstplicht was geëindigd, oordeelde de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst gedurende de periode waarin de werknemer zijn militaire dienstplicht vervulde, onverminderd was doorgelopen. Derhalve had niet de werknemer, maar zijn collega op basis van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag moeten worden voorgedragen.[80]

In de praktijk komt het nogal eens voor dat met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad afspraken worden gemaakt met betrekking tot het meenemen van anciënniteit. De Kantonrechter Den Bosch achtte zich aan een zodanige afspraak gebonden.[81] Uit de beleidsregels blijkt dat het UWV met zodanige afspraken in beginsel geen rekening houdt. Er zijn echter geen uitspraken van het UWV gepubliceerd, waarin dit aan de orde is.

6.3.6 Afwijkingsmogelijkheden

Artikel 4:2 Ontslagbesluit beschrijft in de leden 3, 4 en 5 drie afwijkingsmogelijkheden. Daarbij gaat het om afwijkingen ten behoeve van:

1) de werknemer die bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn en ten aanzien van wie de vervanging in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd;
2) de werknemer die over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn;

80 Ktr. Bergen op Zoom 22 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7743, *RAR* 2014/24.

81 Ktr. Den Bosch 15 maart 2004, *JAR* 2004/90.

3) de werknemer met een zwakke arbeidsmarktpositie.

In het kader van dit artikel is enkel het tweede criterium – ook wel het 'onmisbaarheidscriterium' genoemd – interessant. Van 1 augustus 2009 tot 1 januari 2012 is dit onmisbaarheidscriterium tijdelijk verruimd. Dat geschiedde mede naar aanleiding van het aannemen door de Tweede Kamer van de motie Van Hijum c.s., waarin de regering werd gevraagd het mogelijk te maken om bij ontslag rekening te houden met de kennis en competenties van werknemers door het onmisbaarheidscriterium en/of de toepassing daarvan te verruimen.[82] De verruiming van het onmisbaarheidscriterium was een van de maatregelen die in juli 2009 werden getroffen in het kader van de economische crisis en werd als volgt in een gewijzigd lid 4 van artikel 4:2 Ontslagbesluit vastgelegd:[83]

'4. Indien een werkgever meent dat een werknemer die op grond van het eerste of tweede lid voor ontslag in aanmerking komt over zodanige kennis en bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming bezwaarlijk zou zijn, laat het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen die werknemer op verzoek van de werkgever bij de toepassing van het eerste lid of tweede lid buiten beschouwing, mits bij een dergelijk verzoek stukken zijn gevoegd waaruit blijkt dat:

a. de werkgever een duidelijk en bestendig beleid voert waaruit blijkt dat aan werknemers eisen worden gesteld wat betreft het verwerven van kennis en bekwaamheden voor het verrichten van de categorie uitwisselbare functies waarbinnen arbeidsplaatsen komen te vervallen;

b. de werkgever aannemelijk maakt, dat de werknemer op wie het verzoek betrekking heeft daadwerkelijk over die kennis en bekwaamheden beschikt die voor het functioneren van de onderneming van zodanig belang zijn dat in zijn plaats een andere werknemer voor ontslag wordt voorgedragen, en

c. door de werkgever maximaal 10% meer werknemers, met een minimum van 1 werknemer, in de leeftijdsgroepen van 15 tot 25 jaar en van 55 jaar en ouder voor ontslag in aanmerking worden gebracht dan op grond van toepassing van het eerste of tweede lid het geval zou zijn.'

82 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 XV, nr. 60.

83 *Stcrt.* 22 juli 2009, nr. 10981; *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 XV, nr. 71.

De verruiming zou aanvankelijk gelden tot 1 september 2011. Nadat uit een evaluatie was gebleken dat van de verruiming slechts in geringe mate gebruik werd gemaakt – naar mag worden aangenomen vanwege de toch wel moeilijk te vervullen eisen – werd de verruiming uiteindelijk in december 2011 weer ongedaan gemaakt en luidde de tekst van artikel 4:2 lid 4 Ontslagbesluit per 1 januari 2012 weer als voorheen:[84]

> *'4. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt, dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn, kan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen deze werknemer bij de toepassing van het eerste en tweede lid buiten beschouwing laten.'*

In hoofdstuk 18 ('Onmisbare werknemer') van de beleidsregels wordt voorgeschreven dat het moet gaan om *bijzondere* kennis of bekwaamheden, dus niet om kennis of bekwaamheden die de functie zelf al vereist. Bij bekwaamheden gaat het bijvoorbeeld om vaardigheden, ervaring en competenties (gedragskenmerken) van de werknemer. De werkgever zal moeten toelichten waarom het behoud van deze kennis of bekwaamheden van zodanig belang is voor het functioneren van de onderneming dat in plaats van de werknemer die er over beschikt een andere werknemer voor ontslag moet worden voorgedragen. Dat het ontslag van de werknemer nadelige gevolgen heeft, is daarvoor onvoldoende. De gevolgen van het ontslag moeten dusdanig bezwaarlijk zijn dat een afwijking van het afspiegelingsbeginsel redelijk is te achten, aldus nog steeds de beleidsregels. Het gaat daarbij om een discretionaire bevoegdheid van het UWV.

Volgens de beleidsregels kan het UWV de werkgever vragen om helder en concreet uit te leggen waarin de genoemde bijzondere kennis of bekwaamheid van de onmisbaar geachte werknemer is gelegen, om een overzicht te verstrekken waaruit blijkt hoe vaak deze specifieke kennis of bekwaamheid de afgelopen zes maanden nodig was alsmede een prognose voor de komende zes maanden en om uit te leggen waarom het ontslag van de onmisbaar geachte werknemer te bezwaarlijk zou zijn, wat de gevolgen van dat ontslag zouden zijn en hoe deze zouden kunnen worden ondervangen, hoe de onmisbaar geachte werknemer bij langdurige afwezigheid (ziekte/

84 *Stcrt.* 14 december 2011, nr. 22456; Brief minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 september 2001 aan de Tweede Kamer.

verlof) wordt vervangen en hoeveel tijd en kosten ermee zouden zijn gemoeid om de bijzondere kennis of vaardigheid van de werknemer aan een collega over te dragen. Voorbeelden van onmisbare werknemers die in de beleidsregels worden genoemd, zijn de medewerker met een langdurig dienstverband in de onderneming die diverse functies heeft vervuld en daardoor over een grote (ook historische) kennis van de (gang van zaken in) de onderneming beschikt, de productiemedewerker die over een 'groot' rijbewijs beschikt en de medewerker die tevens lid is van de vrijwillige bedrijfsbrandweer. Voorbeelden van niet onmisbare werknemers die in de beleidsregels worden genoemd, zijn de potentiële opvolger van de leiding in een familiebedrijf, de meewerkend partner in een familiebedrijf, de trainee die verschillende functies heeft verricht en de software ontwerper (laatstgenoemde vervult bij een nadere beschouwing bijvoorbeeld vanwege de specialisatie naar software applicaties al gauw een niet-uitwisselbare functie).

Van de beroepen die tijdens de verruimingsperiode op het onmisbaarheidscriterium werden gedaan, werd slechts een minderheid gehonoreerd: 27 van de 84.[85] Gepubliceerde jurisprudentie uit die verruimingsperiode is niet voorhanden. Buiten de verruimingsperiode ligt dat niet veel anders.

In 2009 achtte het UWV een verkoopwerknemer in de binnendienst onmisbaar vanwege diens talenkennis, nadat de werkgever – een groothandel in drukinkten – erin slaagde voldoende aannemelijk te maken dat de bedoelde werknemer vloeiend Duits sprak en de Duitse taal in de communicatie met klanten belangrijker was dan het Frans, dat alle verkoopmedewerkers in de binnendienst spraken.[86] Enkele jaren eerder – in 2005 – achtte de Kantonrechter Leiden in een ontbindingsprocedure een werknemer van een ruimtevaartonderneming onmisbaar vanwege diens specialistische defensiekennis en contacten, daar waar de CWI (als voorganger van het UWV) min of meer tegelijkertijd de onmisbaarheid van die werknemer onvoldoende aangetoond achtte. De CWI was er niet van overtuigd dat de werknemer waarvoor het ontslag was aangevraagd, niet in staat zou zijn om zich de specifieke kennis eigen te maken waarover de onmisbaar geachte werknemer beschikte, terwijl de kantonrechter uit de stelling van de niet onmisbaar geachte werknemer, dat hij zich

85 *Stcrt.* 14 december 2011, nr. 22456; Brief minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 september 2001 aan de Tweede Kamer.

86 UWV Werkbedrijf 29 juli 2009, *JAR* 2009/204.

de bedoelde kennis eigen zou kunnen maken de conclusie trok dat de niet onmisbaar geachte werknemer deze kennis niet bezat.[87] In hetzelfde jaar oordeelde de Kantonrechter Sittard-Geleen in een ontbindingsprocedure ten aanzien van een werkneemster in een functie die uitwisselbaar was met die van twee collega's – die vanwege hun vaardigheden en bekwaamheden met name op het gebied van de automatisering volgens de werkgever de meest geschikte personen waren om de voortschrijdende automatisering van de werkzaamheden vorm te geven – dat zij onvoldoende concrete feiten en omstandigheden had aangevoerd waaruit zou kunnen worden geconcludeerd dat zij die vaardigheden en bekwaamheden ook bezat.[88]

In 2012 slaagde Arbo Unie er in een ontbindingsprocedure niet in de Kantonrechter Utrecht ervan te overtuigen dat een werknemer over zodanige vaardigheden en bekwaamheden beschikte, dat ze onmisbaar was en haar ontslag daarmee te bezwaarlijk was. Volgens de kantonrechter diende de werkgever in een zodanige situatie toe te lichten waarom het behoud van de kennis of bekwaamheden van zodanig belang was voor het functioneren van de onderneming, dat in plaats van de betrokken werknemer een andere werknemer voor ontslag zou moeten worden voorgedragen. De gevolgen van het ontslag voor het functioneren van de onderneming dienden namelijk dusdanig bezwaarlijk te zijn, dat een afwijking van het afspiegelingsbeginsel redelijk is te achten. Dit conform de beleidsregels van het UWV. De kantonrechter concludeerde in het concrete geval echter dat Arbo Unie het bestaan van de bijzondere kennis of bekwaamheid van de bedoelde werknemer en de bezwaarlijkheid van het ontslag van de bedoelde werknemer voor de onderneming niet had toegelicht.[89]

Omdat het bij deze afwijkingen om individuele situaties gaat, is een rol voor de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad hier in de praktijk niet aan de orde.

6.3.7 Tot slot

Het onjuist toepassen van het afspiegelingsbeginsel brengt voor de werkgever de nodige risico's mee. In het kader van de UWV-procedure zal de ontslagaanvraag normaal gesproken worden afgewezen. Indien

87 Ktr. Leiden 5 oktober 2005 en Raad van Bestuur CWI 30 september 2005, *JAR* 2006/5.

88 Ktr. Sittard-Geleen 17 mei 2005, *JAR* 2005/143.

89 Ktr. Utrecht 16 juli 2012, *LJN* BX4960, *JAR* 212/252.

de ontslagaanvraag op onjuiste uitgangspunten toch wordt toegewezen, is sprake van een kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:681 lid 2 sub d BW. Zo verwierp het Gerechtshof Den Bosch de stelling van de werkgever dat hij – ook als zou blijken dat de ontslagvolgorde onjuist was – mocht vertrouwen op de door het UWV verleende ontslagvergunning.[90] Het niet op correcte wijze hanteren van het afspiegelingsbeginsel zal bij de kantonrechter in beginsel ook tot een afwijzing van het ontbindingsverzoek leiden. Zo wees de Kantonrechter Oude IJsselstreek in 2012 een ontbindingsverzoek af – evenals 25 (van de 99) andere ontbindingsverzoeken – op grond van een onjuiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel. De kantonrechter overwoog dat het niet op de weg van de rechter ligt om bij geconstateerde tekortkomingen bij, dan wel onvoldoende inzicht in de juistheid van de toepassing van het afspiegelingsbeginsel, alsnog zelf na te gaan hoe het afspiegelingsbeginsel dient te worden toegepast. Nu (vooralsnog) niet was gebleken dat de werknemer op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking kwam, werd het verzoek afgewezen.[91]

De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam – de bevoegde rechterlijke instantie in geschillen omtrent het adviesrecht als bedoeld in artikel 25 Wet op de ondernemingsraden (WOR) – gaat wat flexibeler met het afspiegelingsbeginsel om. Wanneer een ondernemingsraad een ondernemersbesluit aanvecht, omdat daarin volgens de ondernemingsraad van een onjuiste toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan, beoordeelt de Ondernemingskamer niet of de ondernemer het afspiegelingsbeginsel juist heeft toegepast, maar of de ondernemer niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot de door hem voorgestane uitleg van het afspiegelingsbeginsel. Op de voet van artikel 26 WOR heeft de Ondernemingskamer immers enkel te beoordelen of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit heeft kunnen komen.[92]

90 Hof Den Bosch 7 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX3632.

91 Ktr. Oude IJsselstreek 27 maart 2012, *JAR* 2012/121.

92 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4771. In deze zaak waren de beleidsregels niet van toepassing. De te hanteren systematiek voor de ontslagvolgorde was opgenomen in de toepasselijke cao.

6.4 Maatwerk binnen en buiten het Ontslagbesluit

6.4.1 Inleiding

De praktijk leert, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, dat er in toenemende mate behoefte bestaat aan meer flexibiliteit en maatwerk als het gaat om de selectie van werknemers bij bedrijfseconomisch ontslag. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de bestaande mogelijkheden tot afwijking van het afspiegelingsbeginsel. Daarbij zal eerst worden ingegaan op de afwijkingsmogelijkheden binnen het Ontslagbesluit (subpar. 6.4.2) en vervolgens op de afwijkingsmogelijkheden buiten het Ontslagbesluit om (subpar. 6.4.3).

6.4.2 Binnen het Ontslagbesluit

Zoals bleek in subparagraaf 6.3.5, bevat artikel 4:2 Ontslagbesluit enkele afwijkingsmogelijkheden ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel. Uit de spaarzame uitspraken die er zijn van het UWV, blijkt dat het UWV het Ontslagbesluit strikt toepast en slechts afwijkingen toestaat op de gronden die in het Ontslagbesluit zijn opgenomen.[93]

De kantonrechter is in ontbindingszaken en kennelijke onredelijkheidsprocedures, zoals hiervoor beschreven, niet zonder meer gebonden aan de regels van het Ontslagbesluit, waardoor afwijking van het afspiegelingsbeginsel op andere gronden niet per definitie is uitgesloten. Rechters kennen wel reflexwerking toe aan het Ontslagbesluit. Tegelijkertijd hanteren diverse rechters (en het UWV) het uitgangspunt dat het de ondernemer binnen zekere marges vrijstaat om de onderneming in te richten zoals hem goeddunkt.[94] Het Gerechtshof Den Bosch oordeelde dat de werkgever een zekere beleidsvrijheid heeft bij de beoordeling of per afdeling dan wel per bedrijfsvestiging het anciënniteitsbeginsel dient te worden toegepast. Het Hof hechtte er belang aan dat de RDA (een van de voorgangers van het UWV) deze manier van afspiegelen in overeenstemming met het Ontslagbesluit achtte. Het Hof woog eveneens het belang van een geslaagde reorganisatie mee.[95] Uit jurisprudentie blijkt dat rechters zich in beginsel aan de beleidsregels van het UWV houden, maar

93 Regionaal directeur voor de Arbeidsvoorziening Regio Noord-Oost Brabant 18 december 1996, *JAR* 1997/14.

94 Ktr. Delft 9 juli 2013, *JAR* 2013/167. Ktr. Rotterdam 6 januari 1994, *JAR* 1994/53, Regionaal directeur voor de Arbeidsvoorziening Regio Noord-Oost Brabant 18 december 1996, *JAR* 1997/14.

95 Hof Den Bosch 24 februari 2004, *JAR* 2004/131.

daar soms van afwijken. Een aantal keer bepaalden kantonrechters dat het ondernemingsbelang een inbreuk op het afspiegelingsbeginsel kan rechtvaardigen. De Kantonrechter Zwolle vond dat die afwijking gerechtvaardigd was, omdat 'de pijn van de reorganisatie' over het bedrijf moest worden verdeeld.[96] De Kantonrechter Rotterdam vond dat een ondernemer binnen bepaalde grenzen de bevoegdheid heeft om zijn onderneming in te richten zoals hem goeddunkt.[97] In dat kader was een afwijking van het anciënniteitsbeginsel toegestaan. De Kantonrechters Hilversum en Maastricht koppelden de toegestane afwijking aan de betekenis voor de continuïteit van de onderneming.[98] De afwijking van het anciënniteitsbeginsel werd door rechters soms toegestaan als de afwijking was overeengekomen met de vakorganisaties in een sociaal plan. De Kantonrechter Roermond bepaalde dat er van het anciënniteitsbeginsel kon worden afgeweken in een geval waarin werknemers van 55 jaar en ouder niet werden ontslagen, nu de vakorganisaties dat waren overeengekomen in het sociaal plan en de ondernemingsraad positief had geadviseerd.[99] De afwijking van het afspiegelingsbeginsel wordt door rechters ook wel toegestaan als de afwijking in het sociaal plan niet met de vakorganisaties maar met de ondernemingsraad is overeengekomen. De Kantonrechter Almelo oordeelde in een zaak waarbij de werkgever in een sociaal plan met de ondernemingsraad een afspraak had gemaakt over een afwijking van het afspiegelingsbeginsel dat deze is toegestaan, mits de werkgever de afwijking goed motiveert en objectieve en controleerbare criteria hanteert.[100]

6.4.3 Buiten het Ontslagbesluit om

Sommige werkgevers hebben er bij een reorganisatie behoefte aan om het hele afspiegelingskader opzij te zetten en zo de beste mensen te behouden. Dat lukt niet altijd met het afspiegelingsbeginsel en de mogelijkheden tot afwijken daarvan, zoals die in het Ontslagbesluit zijn opgenomen. Het afspiegelingsbeginsel blijft in twee gevallen helemaal buiten toepassing. Allereerst als het een unieke functie – een functie bekleed door één werknemer – betreft. In dat geval is er

96 Ktr. Zwolle 28 september 1992, *JAR* 1992/96.

97 Ktr. Rotterdam 6 januari 1994, *JAR* 1994/53 en Ktr. Rotterdam 7 juni 1995, *JAR* 1995/202.

98 Ktr. Hilversum 30 juni 2005, *JAR* 2005/224; Ktr. Maastricht 28 september 2004, *LJN* AR3578.

99 Ktr. Roermond 25 januari 2003, *JAR* 2003/109.

100 Ktr. Almelo 24 december 2010, *JAR* 2011/26.

geen sprake van een uitwisselbare functie. De werkgever mag er in een reorganisatie voor kiezen om die unieke functie te laten vervallen of te handhaven. Hetzelfde geldt als een categorie uitwisselbare functies in haar geheel komt te vervallen. Immers alle werknemers binnen die categorie uitwisselbare functies verliezen dan hun baan.

Dit laatste doet zich voor bij de stoelendansmethode (ook wel aangeduid als 'de methode De Blécourt').[101] De methode bestaat daarin dat (een aantal) functies vervallen en nieuwe functies ontstaan die niet uitwisselbaar zijn met de vervallen functies. Omdat het niet uitwisselbare functies betreft, komt men aan het afspiegelingsbeginsel en artikel 4:2 Ontslagbesluit niet toe. De werknemers die de vervallen functies bekleden, verliezen hun baan. Zij kunnen solliciteren op de nieuw gecreëerde functies. Zo kan de werkgever zelf vaststellen wie het meest geschikt is om een nieuwe functie uit te gaan oefenen. Cruciaal is dat er aantoonbaar sprake is van een nieuwe, niet uitwisselbare functie en dat er op zorgvuldige en transparante wijze is geselecteerd.[102] Volgens hoofdstuk 12 ('Uitwisselbare functies') van de beleidsregels dient de werkgever aannemelijk te maken dat de nieuwe functie in voldoende mate verschilt van de vervallen functie.[103] Een aantal feiten kan helpen bij het bepalen of een functie daadwerkelijk een nieuwe functie is. De nieuwe functie moet niet voorkomen in het bestaande functiehuis. De functiebeschrijving dient op cruciale punten af te wijken van de bestaande functies. Indien de functie elementen heeft van bestaande functies, verdient het aanbeveling dat het functieniveau in ieder geval hoger of lager is. In alle gevallen geldt dat het een pré is, wanneer een extern gespecialiseerd bureau onderschrijft dat het daadwerkelijk een nieuwe functie is die niet uitwisselbaar is met bestaande functies.

Uit de jurisprudentie blijkt dat rechters bij de beoordeling of al dan niet sprake is van een nieuwe, niet-uitwisselbare functie, naast een motivering van de noodzaak van het creëren van de nieuwe functie, er belang aan hechten of het selectiesysteem inzichtelijk en objectief is, bijvoorbeeld doordat het assessment van kandidaten door een extern bureau wordt gedaan. Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat rechters de gehanteerde selectiemethode eerder accepteren, indien de selectiemethode is overeengekomen met de betrokken vakorganisaties of de ondernemingsraad en de vakorganisaties of

101 Ktr. Almelo 24 augustus 2010, *JAR* 2010/235.

102 Ktr. Almelo 24 augustus 2010, *JAR* 2010/235; Ktr. Utrecht 16 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7191.

103 Raad van Bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen 30 augustus 2007, *JAR* 2007/234.

de ondernemingsraad erkennen respectievelijk erkent dat er daadwerkelijk sprake is van nieuwe, niet-uitwisselbare functies.

De afgelopen jaren hebben kantonrechters zich verscheidene malen gebogen over de vraag of werkgevers het afspiegelingsbeginsel buiten toepassing kunnen laten en mogen selecteren op basis van geschiktheid. De Kantonrechter Almelo boog zich in 2010 over de methode De Blécourt. Als onderdeel van een grotere reorganisatie op bedrijfseconomische gronden was bij deze kantonrechter een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer ingediend. De kantonrechter omschreef 'de zogenaamde methode De Blécourt' als volgt:

> *'De werking daarvan is een kwaliteitsslag te maken door boven een aantal gelijksoortige, veelal hogere, functies een minder groot aantal nieuwe functies te creëren en daar iedereen op te laten solliciteren. De werkgever kan dan zelf bepalen wie voor die hogere functie in aanmerking komt, terwijl de niet geschikt bevonden werknemers langs de weg van de reorganisatie en veelal een sociaal plan moeten afvloeien.'*

De kantonrechter overwoog vervolgens dat bij een reorganisatie objectieve criteria als leidraad dienen te gelden voor het antwoord op de vraag welke personeelsleden hun baan verliezen en dat daarbij veelal het afspiegelingsbeginsel wordt gehanteerd. Het probleem dat de kantonrechter met de methode had, was dat hij vaak oneigenlijk wordt gebruikt, namelijk voor nieuw gecreëerde functies die heel dicht bij de oude functie komen te liggen, in welk geval er nauwelijks nog sprake is van een nieuwe functie en de methode De Blécourt als selectiecriterium voor de reorganisatie gaat gelden. Dit laatste achtte de kantonrechter principieel onjuist. Hij overwoog dat hoe meer er sprake is van een serieuze nieuwe functie met een navenant hoger salaris en meer verantwoordelijkheden, hoe meer kans van slagen de methode De Blécourt heeft. In dit geval vond de kantonrechter de verschillen in functie en functieschaal (1 schaal verschil) te klein en was de kantonrechter van oordeel dat de werknemer de 'nieuwe' functie naadloos zou kunnen invullen.[104]

Nog recenter wees de Kantonrechter Utrecht de toepasselijkheid van de methode De Blécourt van de hand in een ontbindingsprocedure waarin de werkgever onvoldoende was ingegaan op het verweer van de werknemer dat de beweerdelijk nieuwe functie niet in

104 Ktr. Almelo 24 augustus 2010, *JAR* 2010/235.

relevante mate verschilde van de oude functie. De Kantonrechter Utrecht oordeelde dat de werkgever in beginsel de ruimte heeft om voor een nieuwe functie de in zijn ogen meest geschikte kandidaat te selecteren, maar hij moet zijn besluit dan wel goed toelichten. Die toelichting was in dit geval niet gegeven. Het had op de weg van de werkgever gelegen om de geschiktheid van de kandidaat te onderbouwen door bijvoorbeeld functioneringsgesprekken en/of een assessment over te leggen.[105]

Kantonrechters hechten waarde aan het overeenkomen van de selectiemethode met de vakorganisaties in een sociaal plan. De Kantonrechter Leeuwarden boog zich over een zaak waarbij een sociaal plan was overeengekomen met de vakorganisaties, waarin een matchingscommissie was aangesteld die mocht bepalen welke werknemers in de nieuwe organisatie op voor meer dan 50 procent gewijzigde functies konden worden geplaatst. Werknemers die niet werden geplaatst, kwamen in een intern en extern plaatsingstraject terecht. De kantonrechter overwoog dat het niet aan de kantonrechter is om op de stoel van de matchingscommissie te gaan zitten. De kantonrechter dient zich – nu de matchingscommissie in het sociaal plan met de vakorganisaties is overeengekomen – bij de toetsing van de geschiktheid te beperken tot een marginale (redelijkheids)toetsing.[106] De Kantonrechter Den Haag oordeelde in 2004 dat de werkgever, gegeven de omstandigheden, in redelijkheid had kunnen beslissen om een senior opleidingsmanager niet in de nieuwe functie van opleidingsadviseur te herplaatsen, waarbij de kantonrechter er belang aan hechtte dat de ondernemingsraad positief over het reorganisatieplan had geadviseerd en de werkgever de bij de afvloeiing te hanteren selectiecriteria en selectieprocedure met de vakorganisaties in een sociaal plan was overeengekomen.[107]

Het komt ook voor dat een rechter eveneens gewicht toekent aan een 'sociaal plan' overeengekomen met de ondernemingsraad in plaats van met de vakorganisaties, waarin afspraken worden gemaakt over de selectiemethodiek. Dat blijkt onder andere uit een uitspraak van de Kantonrechter Tilburg, waarbij het om een werkgever ging die zijn medewerkers in het kader van een reorganisatie aan de hand van een kwaliteitsscan beoordeelde op geschiktheid en/of opleidbaarheid voor de nieuw ingerichte organisatie. Werknemers werden door drie leidinggevenden uit de onderneming beoordeeld op basis

105 Ktr. Utrecht 16 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7191.

106 Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2003, *LJN* AM2973 en 9 december 2003, *LJN* AN9783 en *LJN* AN9784.

107 Ktr. Den Haag 22 december 2004, *JAR* 2005/55.

van kennis, kunde en persoonskenmerken. De ondernemingsraad adviseerde positief over de reorganisatie waarvan de beoordelingsmethodiek onderdeel was. De kantonrechter oordeelde dat moest worden vastgesteld dat de werkgever een gedegen systematiek had opgezet om tot een beoordeling van de personeelsleden te komen en honoreerde een beroep van een boventallige werknemer op het anciënniteitsbeginsel niet.[108] De Kantonrechter Utrecht kwam tot een vergelijkbaar oordeel in een zaak waarin het om een werkgever ging die een aantal afdelingen ophief en de daar werkzame werknemers op basis van een 'skillmix' al dan niet op een nieuwe functie plaatste. De ondernemingsraad keurde deze werkwijze goed. De Kantonrechter Utrecht oordeelde in een ontbindingsprocedure dat deze werkwijze geoorloofd was. De kantonrechter hechtte er daarbij belang aan dat er volgens een te verifiëren systeem goede gronden waren om de werknemer niet in de nieuwe afgeslankte organisatie te plaatsen.[109]

In geval van een zieke werknemer toetst de kantonrechter met name de objectiviteit en controleerbaarheid van de selectieprocedure. De werkgever mag de werknemer niet onder druk zetten en de werknemer moet ondanks zijn ziekte in staat zijn om het assessment naar beste kunnen te doorlopen. De ziekte mag de uitslag van het assessment niet onbetrouwbaar maken.[110] De Kantonrechter Delft oordeelde in dezelfde lijn en stond een werkgever, die 23 ontbindingsverzoeken had ingediend bij verschillende kantonrechters in een reorganisatie waarbij 90 medewerkers afvloeiden, niet toe om – in een geval waar het een zieke werknemer betrof – op kwaliteit te selecteren. Uit de uitspraak blijkt niet of de selectiemethodiek was afgesproken met de ondernemingsraad of de vakorganisaties. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst niet en gaf daarbij aan dat het de werkgever vrij staat om haar onderneming in te richten zoals haar goeddunkt en dat de kantonrechter de argumenten begrijpt waarom zij een nieuw functiegebouw wil invoeren. Tegelijkertijd oordeelde de kantonrechter echter dat het in strijd met de wettelijke voorschriften voor collectief ontslag is om dit aan te grijpen voor een kwalitatieve selectie van medewerkers. Dat de verhuizers moesten

108 Ktr. Tilburg 15 december 1998, *JAR* 1999/23.

109 Ktr. Utrecht 4 december 2003, *JAR* 2004/23.

110 Rb. Amsterdam 20 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5373. In deze uitspraak komt ook de methode De Blécourt aan de orde. Ktr. Eindhoven 1 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:2777 en 2742, *JAR 2013/186.* Zie ook M.E. Lips en A. Meulenveld, 'Stoelendansen in het land van de bollebozen', *ArbeidsRecht* 2011/22, p. 19-23 en R. Hampsink, a.w. (noot 13).

solliciteren naar de functie van allround verhuizer of een eventueel andere passende functie, sluit niet uit dat wordt geselecteerd op kwalitatieve gronden en dat vooral de werknemers die de werkgever het minst welgevallig zijn voor ontslag (c.q. ontbinding van de arbeidsovereenkomst) in aanmerking komen. In dit geval, oordeelde de kantonrechter, kon op zijn minst de schijn niet worden vermeden dat de werkgever de werknemer – die altijd gunstig was beoordeeld – kwijt wilde omdat zijn gezondheidstoestand een evident verhoogd ziekterisico met zich bracht.[111]

In de rechtspraak van de Ondernemingskamer is tot nu toe beperkt aandacht besteed aan de stoelendansmethode of methodes die daarop lijken. In een geschil over een reorganisatie, waarin de ondernemingsraad had aangevoerd dat de ondernemer onvoldoende inzichtelijk had gemaakt waarom hij bij de invulling van de nieuwe functies voor een assessment-/sollicitatieprocedure had gekozen, voegde de Ondernemingskamer daar aan toe dat dit een 'op zichzelf niet onmiddellijk voor de hand liggende' methode was. Uit deze beschikking blijkt niet dat de Ondernemingskamer het gebruik van de stoelendansmethode uitsloot, maar wel dat deze niet als de voor de hand liggende methode werd gezien en dat de ondernemer daarom op zijn minst goed moet kunnen onderbouwen waarom hij daarvoor kiest.[112]

Tot slot zij er nog op gewezen dat ABN AMRO al sinds 2004 afwijkt van het afspiegelingsbeginsel en een eigen selectiemethodiek in haar cao met de vakorganisaties is overeengekomen.[113,114] Employability is daarbij het uitgangspunt. ABN AMRO verplicht zich namelijk om de werknemer te helpen zijn employability op peil te houden door hem scholing aan te bieden gericht op zijn directe functievervulling of op de versterking van zijn meer algemene inzetbaarheid. Een en ander wordt vastgelegd in het persoonlijk ontwikkelingsplan.

In de Sociaal Plan CAO wordt onderscheid gemaakt tussen ingrijpend en niet ingrijpend gewijzigde functies. Dat onderscheid

111 Hof Den Bosch 11 juni 2013, *JAR* 2013/176.

112 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 augustus 2011, *LJN* BR5261, *RAR* 2011/148, *TRA* 2012 afl. 1 p. 29 e.v. Een eerdere beschikking van de Ondernemingskamer leek ook al in die richting te wijzen, hoewel nog veel meer impliciet: Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 augustus 2011, *LJN* BR4231, *ARO* 2011/137, *JAR* 2011/239.

113 E.G. Hoorn, F. Schabos en J. van Hoeckel, a.w. (noot 32).

114 ABN AMRO, *Sociaal Plan CAO, Van werk naar werk 1 januari 2013 - 1 januari 2015.*

wordt door de afdeling functiewaardering gemaakt. Het rapport van de toets of er al dan niet sprake is van een ingrijpend gewijzigde functie is onderdeel van het adviestraject met de ondernemingsraad (het Vertegenwoordigend Overleg). Bij niet ingrijpend gewijzigde functies wordt in geval van een reorganisatie waarbij meer dan tien werknemers zijn betrokken, afgespiegeld in vier leeftijdscategorieën. Bij de afspiegeling spelen de criteria anciënniteit en kwaliteit een rol. Bij die criteria wordt volgens een beschreven toewijzing een ranking gehanteerd van één tot en met vijf punten. Bij ingrijpend gewijzigde functies wordt een plaatsingsprocedure toegepast die is gebaseerd op een belangstellingsregistratie en een potentieel beoordeling. De toetsingscommissie toetst de keuze van de plaatsingscommissie. De ondernemingsraad (het Vertegenwoordigend Overleg) maakt deel uit van de plaatsingscommissie.

ABN AMRO heeft er tot slot voor gekozen om in het Sociaal Plan op te nemen dat geschillen over de ontbinding onderhevig zijn aan arbitrage. Voordeel daarvan is dat de onzekerheid over hoe een kantonrechter over de selectiemethode zal oordelen, daarmee is weggenomen. Het arbitragebeding geldt volgens de Hoge Raad namelijk ook ten aanzien van werknemers die slechts aan de cao zijn gebonden door middel van een incorporatiebeding.[115]

6.4.4 Conclusie

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie blijkt dat werkgevers in geval van een reorganisatie vaak naar mogelijkheden zoeken om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel. De bestaande mogelijkheden tot afwijking van het afspiegelingsbeginsel, voldoen niet aan de in de praktijk levende behoefte aan flexibiliteit als het gaat om het toe te passen ontslagcriterium. Hoewel artikel 4:2 Ontslagbesluit enkele afwijkingsmogelijkheden ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel bevat, blijkt dat het UWV het Ontslagbesluit strikt toepast en een beroep op één van deze afwijkingsmogelijkheden niet snel wordt gehonoreerd. De rechter houdt zich in beginsel eveneens aan de beleidsregels van het UWV (reflexwerking), maar is eerder bereid een afwijking van het afspiegelingsbeginsel toe te staan. Die bereidheid is groter als de afwijking is overeengekomen met de vakorganisaties in een sociaal plan en in mindere mate indien de

115 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF0136, *LJN* AF0136, *JAR* 2003/40 (ABN AMRO Bank/Teisman).

afwijking is overeengekomen met de ondernemingsraad. In het laatste geval zijn objectieve, controleerbare criteria belangrijk.

Voorts is er in beperkte mate ruimte voor flexibiliteit en maatwerk buiten het Ontslagbesluit om door middel van de stoelendansmethode of soortgelijke methodes. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter deze methodiek onder stringente voorwaarden goedkeurt. Daarvoor is dan nodig dat de werkgever onderbouwt dat sprake is van bedrijfseconomische redenen op grond waarvan de huidige functies komen te vervallen en nieuwe functies worden gecreëerd. De gehanteerde selectiemethode dient dan met de vakorganisaties of met de ondernemingsraad te zijn overeengekomen en door de vakorganisaties of de ondernemingsraad dient dan te worden erkend dat er daadwerkelijk sprake is van nieuwe functies. Dat betekent dat de functies niet in het bestaande functiehuis mogen voorkomen. De werkgever dient te voorzien in een adequate begeleiding van de boventallige werknemers en een selectiemethode te gebruiken die voldoende waarborgen kent. De selectiemethode dient objectief en transparant te zijn en de werknemer moet een bezwaarmogelijkheid worden geboden. Gezien de stringente eisen die aan deze methodiek worden gesteld, zal deze methodiek echter niet in alle gevallen uitkomst bieden.

6.5 Toekomstige afwijkingsmogelijkheden

6.5.1 Inleiding

Zojuist concludeerden wij dat de bestaande mogelijkheden tot afwijking van het afspiegelingscriterium onvoldoende tegemoet komen aan de in de praktijk levende behoefte aan flexibiliteit. In deze paragraaf zal daarom worden onderzocht of het Wetsvoorstel die afwijkingsmogelijkheid wel in voldoende mate biedt (subpar. 6.5.2). Vervolgens zullen wij bezien welke interne en externe mogelijkheden er nog meer zijn om de werkgever de gewenste flexibiliteit te bieden (subpar. 6.5.3 resp. 6.5.4), in welk kader wij tot slot ook aandacht zullen besteden aan de vereiste randvoorwaarden (subpar. 6.5.5).

6.5.2 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid

Artikel 7:669 lid 4 sub b BW (nieuw) bepaalt dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld voor het bepalen van de volgorde van

opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen. In het Wetsvoorstel zelf worden in dit kader geen criteria genoemd. De memorie van toelichting vermeldt echter dat het afspiegelingsbeginsel ook in het Wetsvoorstel als uitgangspunt wordt genomen. Volgens de minister voorkomt het afspiegelingsbeginsel willekeur en heeft het als voordeel dat de werkgever niet specifiek hoeft te motiveren waarom hij een bepaalde werknemer ontslaat en anderen niet. Bovendien zal het laten vervallen van het afspiegelingsbeginsel een negatief effect kunnen hebben op het beleid gericht op het bevorderen van duurzame inzetbaarheid van werknemers. Bij een geheel vrije keuze wordt de werkgever minder gestimuleerd om te blijven investeren in zijn (oudere) werknemers, aldus de minister.[116]

Voorts geeft de minister aan dat de werkgever – zoals nu ook het geval is – in specifieke situaties gemotiveerd zal kunnen afwijken van de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Deze regels zullen – net als nu – worden opgenomen in een ministeriële regeling die in overleg met de sociale partners zal worden opgesteld. Daarbij zal eveneens worden bezien of de bestaande regels op onderdelen aanvulling of wijziging behoeven.[117]

Omdat de regering met de sociale partners van mening is dat de werkgever de ruimte moet hebben om werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel te laten, zal in de ministeriële regeling worden bepaald dat de werkgever ten hoogste 10 procent van deze 'getalenteerde' werknemers die op grond van afspiegeling voor het ontslag in aanmerking komen buiten de afspiegeling mag houden. Deze afwijkingsmogelijkheid zal overigens niet gelden voor de laagste en hoogste leeftijdscategorie (15 tot 25 jaar en 55 jaar tot de AOW-leeftijd). De minister acht dit gerechtvaardigd omdat werknemers in de laagste categorie nog onvoldoende de gelegenheid hebben gehad zich te manifesteren en werknemers in de hoogste categorie een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt hebben en om te voorkomen dat de investeringsbereidheid van werkgevers zal afnemen. Uit de memorie van toelichting blijkt dat van deze 'talent' regeling alleen gebruik kan worden gemaakt als dit bij cao of

116 *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 818, nr. 3, p. 47.
117 *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 818, nr. 3, p. 47.

regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is overeengekomen.[118] Dit zou betekenen dat ondernemingen waar geen cao van toepassing is, geen beroep op deze regeling kunnen doen.

De werkgever die een beroep op deze afwijkingsmogelijkheid doet, zal het bovengemiddeld presteren of het over een meer dan gemiddelde potentie beschikken, aannemelijk moeten maken. Voorts moet het voor werknemers vooraf duidelijk zijn dat hun functioneren mee kan wegen bij de beoordeling wie voor ontslag in aanmerking komt en dat een personeelsbeleid wordt gevoerd waar het periodiek beoordelen en het identificeren van werknemers met veel potentie voor de toekomst onderdeel van kan uitmaken.[119] Een dergelijk beleid zal in beginsel als een regeling op het gebied van het ontslag- en/of bevorderingsbeleid en/of de personeelsbeoordeling als bedoeld in artikel 27 lid 1 sub e en/of g WOR kwalificeren waarvoor de instemming van de ondernemingsraad is vereist.[120] Dit geldt uiteraard niet indien de aangelegenheid reeds inhoudelijk (uitputtend) is geregeld in de toepasselijke cao (artikel 27 lid 3 WOR).

Meer algemeen voorziet artikel 7:669 lid 5 BW (nieuw) in de mogelijkheid om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel, zodat, aldus de minister, maatwerk kan worden geleverd daar waar dat door cao-partijen nodig wordt gevonden. De minister merkt hierbij wel op dat dit geen noviteit is, omdat het nu ook al voorkomt dat bij cao van het afspiegelingsbeginsel wordt afgeweken. In dat geval zal de cao wel moeten voorzien in de instelling van een onafhankelijke commissie als bedoeld in artikel 7:671a lid 2 BW (nieuw) en regels moeten stellen met betrekking tot hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van overgelegde gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en een redelijke beslistermijn (artikel 7:671a lid 2 BW (nieuw)). Voor het UWV is het namelijk ondoenlijk om – ook binnen de gewenste procedureterminijn – iedere keer andere criteria te moeten hanteren bij de toetsing van een bedrijfseconomisch ontslag. De minister

118 De term 'talent' regeling is ontleend aan A.R. Houweling en R.M. Beltzer, Arbeid, 'Naar een ander ontslagrecht: meer werk, meer zekerheid', presentatie Arbeid, Onderneming & Medezeggenschap-bijeenkomst op 13 december 2013.

119 *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 818, nr. 3, p. 47.

120 Het zal hier immers niet gaan om beleid dat is gericht op één reorganisatie, maar om 'doorlopend' beleid. Bij ontslagbeleid dat gericht is op één bepaalde reorganisatie is tot nu toe geoordeeld dat het algemeen karakter aan de regeling ontbreekt. Zie Vrzrtr. Rb. Amsterdam 23 februari 2008, *JAR* 2008/122; Ktr. Zevenbergen 19 januari 1994, *JAR* 1994/64.

vermeldt niet welke ontslagcriteria een werkgever moet hanteren die na een overgang van onderneming werknemers in dienst heeft die onder verschillende cao's vallen en op wie dus verschillende ontslagcriteria van toepassing (kunnen) zijn.[121]

Artikel 7:669 lid 5 BW (nieuw) lijkt, zoals ook door Van Slooten wordt opgemerkt, op het in subparagraaf 6.2.3 besproken wetsvoorstel 'Wet wijziging WW-stelsel en ontslagrecht'.[122] Het onderdeel waarin de mogelijkheid werd voorgesteld om bij cao eigen ontslagcriteria overeen te komen, is destijds tijdens de behandeling ingetrokken. De regering gaf aan geen mogelijkheden te zien om te komen tot een evenwichtig pakket aan maatregelen dat én de dynamiek van de arbeidsmarkt versterkt én voorkomt dat ouderen meer dan evenredig de WW instromen. De minister motiveert helaas niet op welke wijze dit 'pijnpunt' in het Wetsvoorstel zal worden weggenomen. Het is op dit moment niet duidelijk of nadere eisen zullen worden gesteld aan de bij cao overeen te komen selectiecriteria. Artikel 7:669 lid 5 BW (nieuw) noch de memorie van toelichting laat zich hierover uit.

Voor arbeidsgehandicapte werknemers en werknemers die via een payrollbedrijf werkzaam zijn bij een werkgever zullen nog aparte regels worden gesteld.

De verwachting is dat veel werkgevers en in toenemende mate werknemers en ondernemingsraden ook onder het regime als beschreven in het Wetsvoorstel de kwaliteit van werknemers mee zullen willen laten wegen bij het bepalen van de volgorde van ontslag. Denk hierbij aan de selectiemethodiek van ABN AMRO waar bij de afspiegeling niet alleen het aantal dienstjaren van belang is, maar ook de kwaliteit. De vraag is echter in hoeverre de vakorganisaties bereid zullen zijn hieraan mee te werken. In het STAR advies van 2004 hebben MKB-Nederland, FNV en de MHP aangegeven afwijking bij cao af te wijzen omdat zij hechten aan eenduidigheid van de regelgeving inzake ontslag om bedrijfseconomische redenen.[123] Wij achten het overigens niet ondenkbaar dat met de mogelijkheid

121 De rol van de vakorganisaties en verdere juridische implicaties van de voorgestelde mogelijkheid om bij cao af te wijken van het afspiegelingsbeginsel vallen buiten het bereik van deze bijdrage. Zie in dit kader R.M. Beltzer, 'Enkele aspecten van cao-recht', *TAP* 2014/1, p. 72-76.

122 J. van Slooten, 'Het komende driekwartdwingende ontslagrecht', *TRA* 2013/10, p. 5-11.

123 Stichting van de Arbeid, a.w. (noot 21), p. 14.

tot afwijking bij cao de vakorganisaties weer terug zullen vallen op het anciënniteitsbeginsel.

Opvallend is dat in artikel 7:669 BW (nieuw) zelf noch in de memorie van toelichting bij dat artikel wordt gerept over de mogelijkheid om de werkgever in de gelegenheid te stellen om ook met de ondernemingsraad afwijkende ontslagcriteria over een te komen, mede gezien het standpunt van VNO-NCW en LTO-Nederland in het STAR-advies van 2004[124] en de discussies in de juridische literatuur destijds.[125] Ten aanzien van de mogelijkheid om af te wijken van het afspiegelingsbeginsel lijkt de ondernemingsraad daardoor als onderhandelingspartner buitenspel te worden gezet. Het feit dat het Wetsvoorstel de werkgever niet de mogelijkheid biedt om met de ondernemingsraad andere ontslagcriteria overeen te komen (lees af te wijken van het afspiegelingsbeginsel), betekent, zoals eerder ook door Sprengers is opgemerkt, dat ondernemingen waar geen cao van toepassing is en waar de vakorganisaties niet onderhandelen over een sociaal plan (dat als cao kan worden aangemeld) op deze wijze worden uitgesloten van de mogelijkheid om maatwerk te realiseren.[126] Naar onze mening is dit een gemiste kans, nu juist in deze situatie expliciet een rol aan de ondernemingsraad had kunnen worden toegekend. De ondernemingsraad is, mits uiteraard aan een aantal voorwaarden wordt voldaan, immers een serieuze onderhandelingspartner waarmee de werkgever het gewenste maatwerk kan creëren.

Uit het voorafgaande blijkt dat in de praktijk afspraken met de ondernemingsraad worden gemaakt waarmee wordt afgeweken van de inhoud van het Ontslagbesluit en die door kantonrechters worden getoetst en standhouden. De mogelijkheid om dat te doen, komt in beginsel te vervallen, wanneer conform het Wetsvoorstel de toetsing van bedrijfseconomische ontslagen wordt voorbehouden aan het

124 VNO-NCW en LTO-Nederland hebben destijds voorgesteld om werkgevers ook in de gelegenheid te stellen ontslagcriteria overeen te komen met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Zie Stichting van de Arbeid, a.w. (noot 21), p. 15.

125 Zie bijvoorbeeld L.C.J. Sprengers, 'Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende of concurrerende vaten?', in: R.A.A. Duk e.a., *CAO-recht in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 59-102 en W.A. Zondag, a.w. (noot 19), p. 472-473.

126 L.C.J. Sprengers, a.w. (noot 125), p. 87.

UWV.[127] Op dit punt lijkt het Wetsvoorstel de mogelijkheden om met de ondernemingsraad maatwerkafspraken te maken te verminderen of mogelijk zelfs uit te sluiten. Het is de vraag of een dergelijke verstarring wordt beoogd. In het verleden – bijvoorbeeld bij aanpassingen van de Arbeidstijdenwet – heeft de wetgever het juist ook van belang geacht om een vergelijkbare mate van flexibiliteit en maatwerk te bieden aan de werkgever waarvoor geen cao geldt, maar die wel met een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging te maken heeft.[128]

Desondanks verwachten wij dat de rol van de ondernemingsraad (nog) niet geheel is uitgespeeld. Cao-partijen kunnen immers de regels voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen ter concrete invulling neerleggen bij de werkgever en de ondernemingsraad. Dit gebeurt in sommige cao's ook bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden. Via zogenaamde decentralisatiebepalingen in de cao krijgt de ondernemingsraad dan een rol bij de nadere invulling en aanvulling van de cao die het kader vormt.[129] Voorts brengt de werking van artikel 27 lid 3 WOR met zich mee dat – indien en voor zover de betrokken aangelegenheid niet uitputtend is geregeld in een cao – er al snel sprake is van een besluit tot vaststelling of wijziging van een regeling op het gebied van het aanstellings-, ontslag- of bevorderingsbeleid dat op de voet van artikel 27 lid 1 onder e WOR aan de ondernemingsraad ter instemming moet worden voorgelegd.

Voorts behoudt de werkgever de mogelijkheid om bij de herinrichting van zijn organisatie unieke functies dan wel gehele categorieën uitwisselbare functies te laten vervallen en nieuwe functies te creëren (door middel van de hiervoor besproken stoelendansmethode). De werknemers van wie de functie komt te vervallen, worden vervolgens in de gelegenheid gesteld te solliciteren op de nieuw gecreëerde functies. In het adviestraject ex artikel 25 WOR zal

127 Indien het UWV de werkgever geen toestemming verleent in geval van een (voorgenomen) bedrijfseconomisch ontslag, kan de werkgever alsnog naar de kantonrechter (artikel 7:671 lid 1 (a) BW (nieuw)). Ook indien van het afspiegelingsbeginsel bij cao wordt afgeweken en toestemming voor opzegging aan de cao-commissie moet worden gevraagd, kan de rechter in beeld komen als de werkgever of werknemer het niet eens is met de al dan niet verleende toestemming.

128 Zie hierover: L.C.J. Sprengers, a.w. (noot 125), p. 98-99 en W.A. Zondag, a.w. (noot 19).

129 C.W.G. Rayer, M. van Leeuwen-Scheltema, 'De cao en de gedelegeerde rol van de ondernemingsraad', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 19-20.

de werkgever niet alleen moeten onderbouwen waarom de bestaande functies komen te vervallen, maar ook aannemelijk moeten maken dat daadwerkelijk sprake is van nieuwe functies. Daarnaast lijkt het raadzaam dat de werkgever in het kader van dit adviestraject met de ondernemingsraad (of met de vakorganisaties in een sociaal plan) afspraken maakt over de selectieprocedure. Naar onze mening komt men in een dergelijke situatie niet aan het afspiegelingsbeginsel toe. Immers, er worden geen regels gesteld voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen, maar 'slechts' regels om te bepalen wie voor de niet uitwisselbare, nieuwe functie(s) in aanmerking komt. Gezien echter de stringente eisen die aan de stoelendansmethode worden gesteld, biedt deze methode slechts in specifieke situaties uitkomst. Indien niet aan deze stringente eisen wordt voldaan, dient het afspiegelingsbeginsel te worden toegepast en zal de behoefte blijven bestaan om de kwaliteit van werknemers mee te laten wegen bij het bepalen van de ontslagvolgorde.

6.5.3 Mogelijkheden tot het creëren van meer ruimte voor maatwerk binnen het Ontslagbesluit

De werkgever zou – mits aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan (zie subpar. 6.5.4) – binnen het bestaande model de mogelijkheid kunnen worden geboden om de basisbegrippen genoemd in artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit nader in te kleuren op bedrijfsniveau. Hierbij kan worden gedacht aan het bieden van meer vrijheid ten aanzien van het vaststellen van categorieën van uitwisselbare functies en het definiëren van de bedrijfsvestiging, bijvoorbeeld per afdeling. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om af te wijken van het aantal en/of de samenstelling van de leeftijdsgroepen of voor wat betreft het bepalen van de duur van het dienstverband, bijvoorbeeld indien een deel van de werknemers door een overname van een andere onderneming pas met ingang van de datum van die overname bij de werkgever in dienst is getreden. In de praktijk wordt, zoals in paragraaf 6.3 is beschreven, van deze mogelijkheden gebruik gemaakt, maar het is nog maar de vraag in hoeverre deze praktijk in de nabije toekomst bij het UWV kan worden voortgezet. Mocht het Wetsvoorstel wet worden dan komt de toetsing van bedrijfseconomische ontslagen immers in beginsel niet meer bij de kantonrechter terecht.

Voor wat betreft de specifieke afwijkingsmogelijkheid in artikel 4:2 lid 4 Ontslagbesluit, met betrekking tot de onmisbare werknemer,

lijken er niet direct mogelijkheden voorhanden te zijn. Het lijkt namelijk niet goed mogelijk om daarbij waarborgen te creëren, omdat de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad zich in dergelijke gevallen over individuele werknemers zouden moeten uitlaten, hetgeen lijkt in te druisen tegen hun taakstelling. Dit alleen aan de werkgever over te laten, is geen optie, nu dit de rechtszekerheid en de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht niet ten goede komt. De tijdelijke verruiming van het onmisbaarheidscriterium, die heeft bestaan van 1 augustus 2009 tot 1 januari 2012 is, zoals hiervoor in subparagraaf 6.3.6 al bleek, ook geen succes geworden.

In de huidige maatschappij wordt veel belang gehecht aan een divers samengesteld personeelsbestand. De kaders die het huidige Ontslagbesluit biedt, houden daarmee geen rekening en staan wellicht zelfs op gespannen voet met de gelijke behandelingswet- en regelgeving.[130] Zoals hiervoor is beschreven, werd de regering in de motie Verburg c.s. verzocht het anciënniteitsbeginsel te heroverwegen omdat – kort gezegd – bij de beoordeling van ontslagaanvragen onder meer onvoldoende zou worden ingespeeld op de behoefte aan diversiteit in het personeelsbestand. Met het verplicht stellen van het afspiegelingsbeginsel als selectiecriterium bij bedrijfseconomische ontslagen, is dit pijnpunt niet weggenomen. De uitgelezen kans die men nu heeft om dit te repareren, is tot nog toe onbenut gelaten. Met het oog op de diversiteit pleiten wij dan ook alsnog voor een extra afwijkingsmogelijkheid (bijvoorbeeld) in het kader van artikel 4:2 Ontslagbesluit dan wel de in het kader van het Wetsvoorstel nog tot stand te komen ministeriële regeling.

6.5.4 Mogelijkheden tot het creëren van meer ruimte voor maatwerk buiten het Ontslagbesluit om

De verplichte en exclusieve toepassing van het afspiegelingsbeginsel strookt niet met de gedachte dat de ondernemer de (ondernemers) vrijheid toekomt om de onderneming op een door hem gewenste wijze in te richten.[131] Gezien de wens tot maatwerk op ondernemingsniveau, zou de werkgever de mogelijkheid kunnen worden geboden alternatieve selectiecriteria met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad overeen te komen, mits dat niet strijdig is met de

130 Commissie Gelijke Behandeling 14 maart 1995, Http://www.vrouwenrecht.nl/1995/03/14/instantie-commissie-gelijke-behandeling-14-maart-1995/; Commissie Gelijke Behandeling 9 mei 1995, 1995/14. Zie ook Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, a.w. (noot 21).

131 Zie ook W.A. Zondag, a.w. (noot 19).

toepasselijke cao en aan een aantal randvoorwaarden wordt voldaan.[132]

Sprengers voorziet met 'tegenstanders' MKB, FNV en MHP dat het toelaten van afwijkingen van het Ontslagbesluit zou kunnen leiden tot een ongewenste diversiteit in ontslagregels. Met MKB, FNV en MHP is Sprengers van mening dat er onder het motto van het creëren van maatwerk niet te lichtvaardig een proces in gang moet worden gezet, waarbij de weg open komt te staan voor vele uiteenlopende ontslagregels bij bedrijfseconomische ontslagen. De rechtseenheid en rechtszekerheid zijn er mee gediend dat de belangrijkste regels van het ontslagrecht centraal worden vastgesteld. Voorkomen moet immers worden dat het ontslagrecht verwordt tot een lappendeken van uiteenlopende normen.[133]

In de praktijk wordt ook nu op geschiktheid (voor de nieuwe functie) geselecteerd. Uit het voorgaande blijkt dat de rechter dat goedkeurt, indien er sprake is van bedrijfseconomische redenen waarom bestaande functies komen te vervallen en nieuwe functies worden gecreëerd, de gehanteerde selectiemethode met de vakorganisaties of de ondernemingsraad is overeengekomen en de ondernemingsraad erkent dat er daadwerkelijk sprake is van nieuwe functies. De werkgever dient dan doorgaans te voorzien in een adequate begeleiding van de boventallige werknemers en een selectiemethode te gebruiken die voldoende waarborgen kent (objectiviteit, transparantie en een bezwaarmogelijkheid).[134] Zoals hiervoor al bleek, lijkt deze praktijk onder het Wetsvoorstel te kunnen worden voortgezet.

6.5.5 Randvoorwaarden (waarborgen)

Zoals hiervoor in de subparagrafen 6.5.3 en 6.5.4 aan de orde kwam, zou zowel binnen als buiten het kader van het Ontslagbesluit van het afspiegelingsbeginsel kunnen worden afgeweken. In beide gevallen zou daarbij dan wel aan bepaalde randvoorwaarden moeten worden voldaan die garanderen dat er voldoende rekening wordt gehouden

132 VNO-NCW en LTO-Nederland hebben in het STAR-advies van 1 december 2004 aangegeven van mening te zijn dat werkgevers ontslagcriteria eveneens overeen zouden moeten kunnen komen met de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, mits niet in strijd met de toepasselijke cao. Het kabinet heeft deze suggestie van de hand gewezen omdat de ondernemingsraad de vereiste deskundigheid en onafhankelijkheid zou ontberen. Zie W.A. Zondag, a.w. (noot 19).

133 L.C.J. Sprengers, a.w. (noot 125), p. 59-102.

134 R. Hampsink, a.w. (noot 13).

met de positie van de werknemer en diens recht op rechtszekerheid en -bescherming. Daarbij kan dan worden gedacht aan procedurele waarborgen: afwijken mag alleen indien en voor zover dat met representatieve vakorganisaties en/of de betrokken ondernemingsraad wordt overeengekomen. Maar ook zou daarbij kunnen worden gedacht aan de introductie van materiële waarborgen in de vorm van minimumnormen waaraan de afspraken met de vakorganisaties en/of de ondernemingsraad moeten voldoen, zoals ten aanzien van afspraken met de vakorganisaties ook door Van Slooten wordt gesuggereerd.[135] In het eerder aangehaalde STAR-advies van 2004 gaf het CNV te kennen in dit verband te denken aan eisen op het gebied van rechtvaardigheid, objectiviteit, rationaliteit en toepasbaarheid.[136]

Zoals in subparagraaf 6.5.2 werd opgemerkt, lijkt het Wetsvoorstel het voor de werkgever niet mogelijk te maken om met de ondernemingsraad af te wijken van het afspiegelingsbeginsel. Dit terwijl de ondernemingsraad de laatste jaren steeds vaker een rol heeft bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en werkgevers ook steeds vaker een 'sociaal plan' afsluiten met de ondernemingsraad. Als redenen hiervoor worden genoemd het ontbreken van representatieve vakorganisaties in bepaalde sectoren en de steeds grotere behoefte aan maatwerk op ondernemingsniveau.[137] Met de ondernemingsraad is de werkgever in staat om het benodigde maatwerk te leveren. De eerder door de Werkgroep Medezeggenschapsrecht geformuleerde waarborgen in het kader van doorwerking van tussen een ondernemingsraad en werkgever gemaakte afspraken over arbeidsvoorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst, zouden derhalve ook moeten gelden, indien de werkgever alternatieve ontslagcriteria met de ondernemingsraad overeenkomt. Deze waarborgen zijn:

(i) er moet uitdrukkelijk draagvlak bij de achterban zijn,
(ii) de ondernemingsraad moet over voldoende faciliteiten beschikken om een volwaardige onderhandelingspartner te kunnen zijn, en

135 J. van Slooten, a.w. (noot 122).

136 Stichting van de Arbeid, a.w. (noot 21), p. 13-14.

137 I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *ArbeidsRecht* 2014/4, p. 13-17.

(iii) de rechtspositie van de onderhandelaars namens de ondernemingsraad moet zijn gewaarborgd.[138]

Zaal heeft hier een vierde voorwaarde aan toegevoegd, te weten kenbaarheid bij de medewerkers van de met de ondernemingsraad vastgestelde arbeidsvoorwaarden. Zij stelt voor dit te bewerkstelligen door artikel 7:655 BW uit te breiden met arbeidsvoorwaardelijke regelingen die met de ondernemingsraad zijn overeengekomen.[139] Teneinde ook voor kenbaarheid van de met de ondernemingsraad overeengekomen ontslagcriteria zorg te dragen, zou 'ontslagregeling' hier eveneens kunnen worden toegevoegd.

Het gaat in dit verband overigens nadrukkelijk om afspraken die in overeenstemming met de ondernemingsraad tot stand zijn gekomen en die daardoor ook onder het regime van artikel 32 WOR met betrekking tot de ondernemingsovereenkomst vallen. De ondernemer is gehouden deze afspraken na te leven en de ondernemingsraad kan op de voet van artikel 36 WOR vorderen dat de ondernemer deze afspraken nakomt.[140] In tegenstelling tot cao's werken deze afspraken met de ondernemingsraad niet rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomst. Individuele werknemers zijn hieraan dus niet gebonden. Volgens Zaal kan doorwerking van afspraken op het gebied van arbeidsvoorwaarden met de ondernemingsraad op een aantal manieren worden bewerkstelligd (eenzijdig wijzigingsbeding, incorporatie van de ondernemingsovereenkomst in de individuele arbeidsovereenkomst en als derde mogelijkheid het opnemen van derdenbeding).[141] Een dergelijk regime zou in het geval van een afspraak met de ondernemingsraad over de selectiemethodiek ook kunnen gelden.

Een voor de werkgever praktische oplossing zou kunnen liggen in het opnemen van een bepaling in artikel 7:669 BW (nieuw), die er op neerkomt dat voor toepassing van deze wet en daarop berustende bepalingen een collectieve arbeidsovereenkomst of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan wordt gelijkgesteld met een regeling waaromtrent de werkgever schriftelijk overeenstemming

138 A.B. van Els, R. van der Stege, L.J.M. van Westerlaak en C. Nekeman, 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: L.C.J. Sprengers en G.W. van de Voet, *De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever*, Deventer: Kluwer 2009, p. 70.

139 I. Zaal, a.w. (noot 137).

140 Hof Den Bosch 18 juli 2012, *JAR* 2012/226.

141 I. Zaal, a.w. (noot 137).

heeft bereikt met de ondernemingsraad. Een vergelijkbare regeling is opgenomen in artikel 1:4 Arbeidstijdenwet.[142]

6.6 Conclusie

Bij werkgevers en in toenemende mate ook bij werknemers en ondernemingsraden blijkt de behoefte te bestaan aan meer flexibiliteit bij het bepalen van de ontslagvolgorde in het geval van bedrijfseconomisch ontslag om zodoende meer maatwerk op het niveau van de onderneming te realiseren. In de praktijk blijkt ook dat men naar wegen zoekt om zowel binnen als buiten het kader van het afspiegelingsbeginsel flexibiliteit te creëren. Kennelijk komen de huidige regels nog onvoldoende aan de behoefte aan flexibiliteit tegemoet. Het Wetsvoorstel was bij uitstek het middel geweest om in deze behoefte te voorzien, maar doet dat met de mogelijkheid tot afwijking bij cao met de vakorganisaties slechts in beperkte mate.

Naar onze mening bestaat er een aantal aanvullende mogelijkheden teneinde flexibiliteit – zowel binnen als buiten het Ontslagbesluit – te bewerkstelligen. Zo zou de ondernemingsraad onder bepaalde procedurele en materiële randvoorwaarden een verdergaande rol toebedeeld kunnen krijgen die recht doet aan de positie die de ondernemingsraad inmiddels in het bestel heeft verworven. Ook zou alsnog recht kunnen worden gedaan aan de door de Tweede Kamer met zeer ruime meerderheid aangenomen motie Verburg c.s., waarin er op wordt aangedrongen om diversiteit in het personeelsbestand een rol te laten spelen bij de bepaling van de ontslagvolgorde.

Deze bijdrage kan wellicht een aanzet tot een nadere discussie hierover zijn.

142 Zie in dit kader W.A. Zondag, a.w. (noot 19).

7 De ondernemingsovereenkomst ex artikel 32 lid 2 WOR – suggesties voor verheldering

*B. van Els, C.E. Dingemans, C. Nekeman, I. Zaal, K. Hakvoort, K. Wiersma en S. Geelkerken**

7.1 Inleiding

Ondernemer en ondernemingsraad (hierna: *'OR'*) kunnen met elkaar gemaakte nadere afspraken over medezeggenschap schriftelijk vastleggen in een ondernemingsovereenkomst, ook wel convenant genoemd (artikel 32 lid 2 WOR). Het is een belangrijk instrument om de medezeggenschap in een onderneming op maat te maken. Er bestaat evenwel nogal wat onduidelijkheid in de praktijk ten aanzien van de ondernemingsovereenkomst. In dit artikel wordt, na een algemene inleiding over de ondernemingsovereenkomst (par. 7.2), ingegaan op de volgende onderwerpen: het schriftelijkheidsvereiste (par. 7.3), de mogelijkheid tot opzegging van de ondernemingsovereenkomst (par. 7.4), de (on)mogelijkheid van inperking van medezeggenschapsrechten via de ondernemingsovereenkomst (par. 7.5) en de vraag naar ondernemingsovereenkomsten bij fusie (par. 7.6). We sluiten dit hoofdstuk af met een algemene conclusie en enkele aanbevelingen tot verbetering (par. 7.7).

* *Dit is een bijdrage van Bruno van Els, werkzaam als advocaat bij Unger Hielkema Advocaten te Amsterdam, Charlotte Dingemans, werkzaam als advocaat bij DingemansVanderKind Advocaten te Amsterdam, Chris Nekeman, werkzaam als advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam, Ilse Zaal, werkzaam als universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam, Kim Hakvoort werkzaam als advocaat bij DingemansVanderKind Advocaten te Amsterdam, Klaas Wiersma, werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff Advocaten te Amsterdam en Sophia Geelkerken, werkzaam als Senior Beleidsmedewerker bij de Sociaal-Economische Raad.*

7.2 Algemeen

De ondernemingsovereenkomst is geregeld in artikel 32 lid 2 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).[1] Daarin is bepaald dat bij schriftelijke overeenkomst tussen ondernemer en OR aan de OR *meer* bevoegdheden dan genoemd in de WOR kunnen worden toegekend en aanvullende voorschriften over de toepassing van de WOR kunnen worden gegeven. Het object van de afspraken kan sterk uiteenlopen. In een ondernemingsovereenkomst kan in principe ieder resultaat van onderhandelingen tussen ondernemer en OR worden vastgelegd. Voorbeelden van ondernemingsovereenkomsten zijn:

1) ondernemingsovereenkomsten waarin de bevoegdheden van de OR worden uitgebreid, bijvoorbeeld de ondernemingsovereenkomst waarin de OR extra advies- en instemmingsrechten verkrijgt;
2) ondernemingsovereenkomsten met afspraken over de toepassing van de WOR, zoals faciliteitenregelingen, bijvoorbeeld de ondernemingsovereenkomst waarin afspraken over de invulling van het recht op scholing zijn uitgewerkt, of procedureafspraken, bijvoorbeeld wanneer en hoe vaak de ondernemer in een verkoopproces de OR advies zal vragen;
3) ondernemingsovereenkomsten waarin de positie van derden wordt geregeld, bijvoorbeeld de ondernemingsovereenkomst waarin arbeidsvoorwaarden zijn geregeld of waarin de OR bepaalde garanties heeft bedongen die werking hebben jegens derden, zoals een werkgarantie voor werknemers na een fusie;
4) ondernemingsovereenkomsten waarin een bepaalde competentieregeling tussen verschillende medezeggenschapsorganen wordt overeengekomen (bij deze overeenkomst zijn meerdere medezeggenschapsorganen partij);
5) interpretatieovereenkomsten waarin begrippen of open normen worden ingevuld, waarbij bijvoorbeeld valt te denken aan een ondernemingsovereenkomst waarin ondernemer en OR vastleggen wat als een 'belangrijk besluit' wordt beschouwd of wat een redelijke adviestermijn is.

1 Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op de personeelsvertegenwoordiging op grond van artikel 35c WOR en op de centrale OR en groeps-or op grond van artikel 35 WOR.

Artikel 32 lid 2 staat sinds 1998 in de huidige vorm in de wet.[2] De wetgever beoogde een wettelijke basis te bieden voor:

> *'een flexibele vormgeving van de medezeggenschap door betrokkenen zelf, toegespitst op de specifieke omstandigheden in de eigen arbeidsorganisatie. (...).'*[3]

De wetgever wilde een flexibele vormgeving van de medezeggenschap faciliteren met als ondergrens de bevoegdheden uit de WOR en, in geval van afspraken over arbeidsvoorwaarden, het primaat van de cao (zie artikel 32 lid 3 WOR). Het is de verantwoordelijkheid van betrokkenen:

> *'om nader invulling te geven aan de medezeggenschap en te zorgen voor een effectief functioneren daarvan.'*[4]

Ten aanzien van het rechtskarakter van de ondernemingsovereenkomst merkt Heerma van Voss op dat ondernemer en OR bij een ondernemingsovereenkomst als regel beogen rechtsgevolgen tot stand te brengen: zij willen elkaar verplichten om zich tegenover de ander – en mogelijk ook tegenover derden – aan de overeenkomst te houden. Slechts indien uitdrukkelijk niet wordt beoogd om rechtsgevolgen tot stand te brengen, zou men niet van een overeenkomst kunnen spreken. De ondernemingsovereenkomst zal als regel een obligatoire overeenkomst betreffen, waarbij partijen tegenover elkaar een of meer verbintenissen aangaan. Het kan hierbij gaan om een duurovereenkomst indien zij ondernemer en OR tot voortdurende dan wel opvolgende prestaties verplicht, bijvoorbeeld de overeenkomst dat de OR een bepaalde bevoegdheid krijgt. Het kan ook gaan om voorbijgaande verbintenissen, zoals de overeenkomst waarbij een eenmalig geldende procedureafspraak wordt gemaakt.[5]

Niet alleen het object van de afspraken kan sterk uiteenlopen, ook de vorm van de ondernemingsovereenkomst en de wijze van tot stand komen. Normaliter zal de ondernemingsovereenkomst tussen onder-

2 Wet van 4 maart 1998, *Stb.* 1998, 107.

3 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 3, p. 4. Daarin staat ook vermeld dat de rol van de wetgever hierbij vooral is gelegen in facilitering en verduidelijking.

4 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 3, p. 25.

5 G.J.J. Heerma van Voss, 'De ondernemingsovereenkomst: een bijzondere overeenkomst', in: *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Liber amicorum Leen van den Heuvel, red.: E. Lutjens, VU Amsterdam 2006, p. 370.

nemer en OR in een apart document worden vastgelegd, maar de ondernemingsovereenkomst kan ook andere vormen hebben zoals hierna in paragraaf 7.3 wordt beschreven. De vorm hangt vaak samen met de wijze waarop de afspraken tot stand zijn gekomen. Dit kan, naast het bewust sluiten van een overeenkomst, bijvoorbeeld zijn tijdens een overlegvergadering of tijdens onderhandelingen in een adviestraject waarin de bestuurder aan de OR toezeggingen doet om een positief advies te krijgen. Wij onderscheiden globaal drie categorieën van ondernemingsovereenkomsten naar wijze van totstandkoming:

1) tweezijdig overeengekomen en schriftelijk vastgelegd;
2) tweezijdig overeengekomen, maar niet schriftelijk vastgelegd;[6]
3) eenzijdige toezegging van de ondernemer met een zeker tweezijdig karakter (er heeft bijvoorbeeld een prestatie tegenover de toezegging gestaan).[7]

Een ondernemingsovereenkomst komt tot stand via aanbod en aanvaarding en is gericht op een rechtsgevolg. Er doen zich ook situaties voor waarin de ondernemer eenzijdig een toezegging doet. In die gevallen is niet altijd duidelijk of een ondernemingsovereenkomst is ontstaan. Dit is afhankelijk van de context. Voor zover geen ondernemingsovereenkomst is ontstaan, kan doorgaans wel naleving van de toezegging gevorderd worden met een beroep op de redelijkheid en billijkheid en het vertrouwensbeginsel.

De Kantonrechter Utrecht oordeelde op basis van de omstandigheden van het geval dat een overeenkomst in de zin van artikel 32 lid 2 WOR tot stand was gekomen.[8] De ondernemer had zich op het standpunt gesteld dat geen sprake was van een ondernemingsovereenkomst maar van een eenzijdig door de directie vastgestelde instructie aan leidinggevenden. Over de totstandkoming van een overeenkomst overwoog de kantonrechter:

> *'Zoals overeenkomsten in het algemeen, komt ook een ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad (afgezien van de bedoelde vormvereisten) tot stand door een aanbod van de een en de aanvaarding ervan door de ander*

6 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2005, *JAR* 2006/64 en Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *JAR* 2007/137.

7 Zie bijvoorbeeld: Ktr. Utrecht 5 november 2013, *JAR* 2013/295.

8 Ktr. Utrecht 5 november 2013, *JAR* 2013/295. Het ging in deze zaak om een eenzijdige wijziging in eerder door de directie geformuleerde 'spelregels' over de tijdsbesteding van OR-leden.

(artikel 6:217 BW). Of de gedane uitlatingen kunnen worden aangemerkt als een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst respectievelijk als de aanvaarding daarvan, en wat dat aanbod en die aanvaarding inhouden, moet worden beoordeeld aan de hand van de zogenoemde wilsvertrouwensleer (artikel 3:35 BW). Dit brengt mee dat het daarbij aankomt op de zin die partijen onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (vgl. ook HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635; "Haviltex").'

Een ondernemingsovereenkomst is een schriftelijke afspraak tussen ondernemer en OR op basis van artikel 32 lid 2 WOR en heeft daarmee een wettelijke basis in de WOR. Dit impliceert onder meer dat de geschillenregeling van artikel 36 WOR van toepassing is. In artikel 36 lid 2 WOR staat immers dat ondernemer en OR naleving van het bij of krachtens de WOR bepaalde kunnen vorderen.

7.3 Schriftelijkheidsvereiste

7.3.1 Inleiding

In artikel 32 lid 2 WOR is bepaald dat een ondernemer een OR bij schriftelijke overeenkomst meer bevoegdheden kan toekennen. Voorts is opgenomen dat deze schriftelijke overeenkomst wordt toegezonden aan de bedrijfscommissie. De reden om de mogelijkheid te creëren de bevoegdheden van de OR uit te breiden, is volgens de parlementaire geschiedenis het creëren van mogelijkheid 'de *medezeggenschap* in de eigen onderneming op maat' vorm te geven 'afgestemd op de bedrijfsomstandigheden'. De wetgever heeft daarmee beoogd om 'de effectiviteit van de medezeggenschap' te bedienen en 'een flexibele vormgeving van de medezeggenschap te faciliteren'. Hierbij wordt benadrukt dat het de verantwoordelijkheid van de betrokken partijen zelf is om een en ander in te richten.[9] In deze paragraaf gaan wij in op het schriftelijkheidsvereiste (subpar. 7.3.2) en het vereiste van toezending aan de bedrijfscommissie (subpar. 7.3.3). Wij gaan in op de achtergrond van deze vereisten en op de vraag of het hierbij daadwer-

9 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26 e.v.

kelijk gaat om bestaansvoorwaarden voor een ondernemingsovereenkomst (subpar. 7.3.4 en 7.3.5).

7.3.2 Schriftelijke overeenkomst

Mede gelet op voorgaande doelstelling werd tijdens de parlementaire behandeling al duidelijk dat er niet te zware eisen gesteld dienen te worden aan de in de wet opgenomen terminologie 'schriftelijke overeenkomst'. Als voorbeeld van een geldige afspraak in de zin van artikel 32 lid 2 WOR werd bij de behandeling genoemd een afspraak die wordt gemaakt in de overlegvergadering, welke afspraak wordt vastgelegd in notulen.[10] Ook uit de rechtspraak en literatuur blijkt dat het schriftelijkheidsvereiste niet als bestaansvoorwaarde geldt, maar eerder een bewijsfunctie heeft. Zo oordeelt de Kantonrechter Wageningen dat het schriftelijkheidsvereiste geen bestaansvoorwaarde is voor een uitbreiding van bevoegdheden van de OR. In die zaak bestond er geen overeenkomst tussen ondernemer en or, maar had de ondernemer wel aan de werknemers laten weten dat het arbeidsvoorwaardenboek een:

> *'(...) levend document is, waarbij meer updates te verwachten zijn, maar te allen tijde pas nadat de COR hiermee ingestemd heeft.'*[11]

In een zaak die de Kantonrechter Utrecht diende te beslechten was er geen schriftelijke overeenkomst maar had de ondernemer zich in een memo zonder enig voorbehoud op het standpunt gesteld dat er instemming zou worden gevraagd aan de OR.[12] In deze zaak oordeelde de kantonrechter eveneens dat dit voldoende was voor een uitbreiding van bevoegdheden in de zin van artikel 32 lid 2 WOR. Een onbetwiste mondelinge afspraak werd door de Ondernemingskamer ook als een rechtsgeldige afspraak gezien in het kader van artikel 32 lid 2 WOR.[13]

In een zaak waar de ondernemer meerdere jaren schriftelijk, ondubbelzinnig en zonder enig voorbehoud verzocht had om instemming, waarop de OR ook schriftelijk reageerde, kwam de Kantonrechter Maastricht tot het oordeel dat er sprake was van een schriftelijke overeenkomst ex artikel 32 lid 2 WOR. Immers, zowel

10 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 44.
11 Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *JAR* 2007/137.
12 Ktr. Utrecht 15 februari 2010, *JAR* 2010/63.
13 Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2005, *JAR* 2006/64.

het aanbod als de aanvaarding was op schrift gesteld. Ook de Kantonrechter Utrecht kwam, zoals in paragraaf 7.2 al aan de orde gesteld, tot het oordeel dat een ondernemingsovereenkomst – evenals civiele overeenkomsten in zijn algemeenheid – tot stand komen door een aanbod van de één en de aanvaarding daarvan door de ander.[14] Briejer is op basis van een analyse van de rechtspraak en parlementaire geschiedenis dan ook van oordeel dat het schriftelijkheidsvereiste geen bestaansvoorwaarde is, maar een bewijsfunctie heeft.[15] Ook Rood meent dat een redelijke toepassing van de wet met zich meebrengt dat ook een niet voor tweeërlei uitleg vatbaar zijnde mondelinge afspraak een geldige ondernemingsovereenkomst oplevert.[16]

7.3.3 Toezending aan de bedrijfscommissie

Waar aan het schriftelijkheidsvereiste in artikel 32 lid 2 WOR al niet te zwaar wordt getild, geldt dit nog sterker voor het vereiste dat de schriftelijke overeenkomst toegezonden dient te worden aan de bedrijfscommissie. In lijn met de conclusie die Rood trekt op basis van de parlementaire geschiedenis,[17] oordeelde de Kantonrechter Utrecht terecht dat dit geen bestaansvoorwaarde is voor een afspraak.[18] Voor zover wij kunnen nagaan zien wij in de praktijk ook niet – althans, zeer zelden – dat het standpunt wordt ingenomen dat er wel een overeenkomst is maar dat deze niet is toegezonden aan de bedrijfscommissie met het gevolg dat de overeenkomst niet geldig zou zijn. Dat de registratieplicht toch is opgenomen in artikel 32 lid 2 WOR heeft tot doel enig inzicht te krijgen in hoe de praktijk omgaat met overeenkomsten in de zin artikel 32 WOR. In 2009 adviseerde de SER om dezelfde reden om de registratieverplichting van artikel 32 lid 2 WOR te handhaven. Bij de wijziging van de WOR in 2013 is deze dan ook niet verwijderd, terwijl andere taken van de bedrijfscommissie – zoals de registratie van het voorlopige OR-reglement, het OR-reglement, de wijziging van het OR-reglement en het OR-jaarverslag – wel vervallen zijn. De achtergrond van de handhaving van de registratieverplichting is de kenbaarheid, nu er geen andere

14 Ktr. Utrecht 5 november 2013, *JAR* 2013/295, m.nt. C. Nekeman.

15 A. Briejer, 'De juridische haken en ogen aan de ondernemingsovereenkomst', *TAP* 2012/5.

16 *Roods Wet op de Ondernemingsraden*, bewerkt door L.G. Verburg, Deventer: Kluwer 2013, p. 461.

17 L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 462-463.

18 Ktr. Utrecht 5 november 2013, *JAR* 2013/295, m.nt. C. Nekeman.

bron voor de raadpleging van ondernemingsovereenkomst is.[19] Deze doelstelling lijkt echter niet gerealiseerd te worden nu de praktijk leert dat ondernemingsovereenkomsten in de zin van artikel 32 WOR niet of zeer beperkt worden toegezonden worden aan de bedrijfscommissie.[20]

7.3.4 Mondelinge afspraken

Wij zijn van mening dat hoewel artikel 32 lid 2 WOR het vormvereiste bevat dat afspraken schriftelijk dienen te worden vastgelegd toch uitgangspunt zou moeten zijn – in lijn met o.a. Rood – dat afspraken die niet schriftelijk zijn vastgelegd en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn, ook geaccepteerd moeten worden als een geldige overeenkomst. De partij die een beroep doet op een afspraak zou deze zo nodig moeten kunnen bewijzen. Het enkele feit dat een ondernemer eenmalig of diverse malen om advies c.q. instemming vraagt voor eenzelfde soort besluit, brengt niet vanzelfsprekend met zich mee dat daaruit geconcludeerd kan worden dat er sprake is van een overeenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij een en ander expliciet onderdeel uitmaakt van de gemaakte afspraken. Naar onze mening is het immers niet de bedoeling geweest van de wetgever dat het eenmalig of enkele keren geven van extra bevoegdheden met zich meebrengt dat er een overeenkomst in de zin van artikel 32 lid 2 WOR voor onbepaalde tijd ontstaat.

Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag in de 'Unilever-zaak' terecht dat het feit dat Unilever een aantal keer om instemming had gevraagd over de beloningsregeling niet zonder meer met zich meebracht dat de OR op grond hiervan voor onbepaalde tijd jaarlijks een instemmingsrecht toekwam (voor zover er geen sprake was van een systeem in de zin van artikel 27 lid 1 sub c WOR).[21] Dit is anders indien de ondernemer ondubbelzinnig kenbaar heeft gemaakt dat er voor onbepaalde tijd extra bevoegdheden aan de OR worden verstrekt. Zoals bleek uit de zaak die de Kantonrechter Wageningen diende te beoordelen, hoeft dit niet een afspraak tussen ondernemer en OR te zijn, maar kan het – onzes inziens terecht – voldoende zijn indien dit zonder enig voorbehoud aan individuele medewerkers

19 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 367, nr. 3, p. 11.

20 Navraag bij de bedrijfscommissies Markt I en II leerde dat er in 2011 12 ondernemingsovereenkomsten aan bedoelde bedrijfscommissies zijn toegezonden en in 2012 14.

21 Hof Den Haag 23 maart 2010, *JAR* 2010/121.

wordt medegedeeld.[22] Wij menen dan ook dat als er geen schriftelijke overeenkomst is tussen ondernemer en OR, er niet snel uitgegaan dient te worden van een overeenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij er geen discussie over kan bestaan of partijen een overeenkomst voor onbepaalde tijd hebben beoogd of als uit de aard van de afspraken niet anders geconcludeerd kan worden dat er sprake is van een dergelijke overeenkomst.

7.3.5 Conclusie

Ondanks dat het schriftelijkheidsvereiste onzes inziens geen bestaansvoorwaarde is, pleiten wij er niet voor dat het schriftelijkheidsvereiste wordt geschrapt in artikel 32 lid 2 WOR. Gelet op de ingrijpende gevolgen die een overeenkomst in de zin van artikel 32 WOR kan hebben, zal het uitgangspunt dienen te zijn dat deze schriftelijk wordt overeengekomen. Dit zorgt immers voor de meeste duidelijkheid, hetgeen de relatie tussen ondernemer en OR ten goede komt. Dat vervolgens – onzes inziens terecht – in individuele situaties kan worden geoordeeld dat een ondubbelzinnige overeenkomst die niet schriftelijk is vastgelegd eveneens wordt aangemerkt als een overeenkomst in de zin van artikel 32 WOR, maakt dit niet anders.

Het voorschrift om een overeenkomst in de zin van artikel 32 WOR toe te zenden aan de bedrijfscommissie kan onzes inziens vervallen.[23] Dit voorschrift heeft immers geen enkele toegevoegde waarde. De bedoeling was om op deze wijze inzichtelijk te maken hoe in de praktijk wordt omgegaan met ondernemingsovereenkomsten, maar de praktijk leert dat registratie niet, althans zeer minimaal, geschiedt.

7.4 De mogelijkheid tot opzegging van de ondernemingsovereenkomst

7.4.1 Inleiding

De WOR bepaalt niets over de duur en de opzegging van een ondernemingsovereenkomst. In navolgende zal ingegaan worden op de vraag of het wenselijk is hierover iets in de wet te bepalen.

22 Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *JAR* 2007/137.

23 Sophia Geelkerken heeft zich onthouden van deze conclusie.

Daarbij zal allereerst worden ingegaan op de duur van de ondernemingsovereenkomst (subpar. 7.4.2) en vervolgens op de vraag of de wet hieromtrent geen regeling zou moeten bevatten (subpar. 7.4.3) en hoe hiermee wordt omgegaan in de jurisprudentie (subpar. 7.4.4).

7.4.2 Duur van de overeenkomst

In de literatuur wordt aangenomen dat de ondernemingsovereenkomst met een duurkarakter voor onbepaalde tijd wordt aangegaan, tenzij partijen anders hebben afgesproken. Een ondernemingsovereenkomst die geldt voor een duur langer dan de zittingsperiode van de OR of voor onbepaalde tijd, bindt ook een nieuwe OR. Partij aan de andere kant is de ondernemer, dat is de natuurlijke- of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt. Deze wordt vertegenwoordigd door de bestuurder. Dit houdt in dat ook een nieuwe bestuurder aan de afspraken is gebonden die door de ondernemer – vertegenwoordigd door een van zijn voorgangers – is gemaakt. De wetgever heeft dit standpunt ingenomen bij de invoering van de ondernemingsovereenkomst in 1998 en herhaald in de memorie van toelichting bij het (later weer ingetrokken) wetsvoorstel Wet medezeggenschap werknemers (WMW).[24] Sommige schrijvers hebben betoogd dat de ondernemingsovereenkomst automatisch eindigt aan het einde van de zittingstermijn van de OR, omdat de OR niet bevoegd zou zijn een volgende OR te binden.[25] De meeste schrijvers sluiten zich evenwel aan bij de zienswijze van de wetgever.[26]

Bij een ondernemingsovereenkomst kan het ook gaan om tijdelijke verbintenissen, zoals de overeenkomst waarbij een eenmalig geldende procedureafspraak wordt gemaakt.[27] Partijen kunnen expliciet overeenkomen dat de overeenkomst voor bepaalde tijd geldt. De bepaalde tijd kan ook impliciet volgen uit de omstandigheden waaronder de afspraken zijn gemaakt, de aard en strekking van de gemaakte afspraken. Denk bijvoorbeeld aan een convenant dat de medezeggenschap tijdens een fusietraject regelt. Bij het beoordelen

24 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 33. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 3, p. 46.

25 Met name L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 460, voetnoot 673.

26 Onder meer G.J.J. Heerma van Voss, a.w. (noot 5), p. 378, W.D. de Boer, 'De ondernemingsovereenkomst als beschermingsmaatregel', *Ondernemingsrecht* 2007, nr. 15, p. 558, F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu uitgevers 2013, p. 254 en L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 460.

27 G.J.J. Heerma van Voss, a.w. (noot 5), p. 370.

van de vraag of sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd zullen de context waarbinnen de afspraken zijn gemaakt, de inhoud en de wijze van totstandkoming van de afspraken een rol spelen.

De (expliciet of impliciet) overeengekomen bepaalde tijd van de ondernemingsovereenkomst kan gelijk zijn aan de zittingstermijn van de OR, maar kan ook korter of langer zijn. Een overeenkomst voor de duur van de zittingstermijn kan bijvoorbeeld aangewezen zijn bij afspraken over de omgang van bestuurder en OR met elkaar in overlegvergaderingen of afspraken over scholing van de OR in de vorm van een scholingsplan. Een kortere of langere duur dan de OR-zittingstermijn kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij afspraken gekoppeld aan een reorganisatie zoals een Sociaal Plan, of aan een fusie zoals het toekennen van een instemmingsrecht bij harmonisatie van arbeidsvoorwaarden.

7.4.3 Wettelijke bepaling?

Wij hebben stilgestaan bij de vraag of het wenselijk zou zijn om in de WOR een bepaling op te nemen over opzegging van een ondernemingsovereenkomst en bij de vraag waar dan aan gedacht zou kunnen worden.

Wij beginnen met deze laatste vraag. Het – later ingetrokken – wetsvoorstel WMW bevatte een bepaling dat een overeenkomst tussen ondernemer en OR voor onbepaalde tijd steeds opzegbaar zou zijn met inachtneming van een termijn van zes maanden.[28] De regering meende dat opzegging van een ondernemingsovereenkomst een 'belangrijke wijziging van de omstandigheden' vereist.[29] Wij menen dat het niet wenselijk is om in de WOR de opzegging van een ondernemingsovereenkomst te regelen door middel van een in de wet vastgelegde opzegtermijn. Weliswaar biedt een dergelijke bepaling helderheid en zal een wettelijk gefixeerde opzegtermijn van zes maanden in veel gevallen een redelijke termijn zijn, maar het is naar onze mening te star. Zoals hierboven aangegeven bestaat een grote verscheidenheid aan ondernemingsovereenkomsten qua onderwerpen, belangen, inhoud, vorm en wijze en omstandigheden waaronder tot stand gekomen. Niet in alle gevallen zal de gefixeerde opzegtermijn passend zijn. Hij kan bijvoorbeeld te kort zijn in de situatie waarin de OR instemmingsrecht is toegekend ten aanzien van

28 Artikel 6:32 WMW, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 2.

29 Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 6, p. 17-18.

alle toekomstige wijzigingen in een Regeling algemene arbeidsvoorwaarden.[30]

Een alternatief zou kunnen zijn om in de WOR te bepalen dat een ondernemingsovereenkomst opgezegd kan worden bij voldoende zwaarwegende redenen en met inachtneming van een redelijke opzegtermijn. Naar onze mening voegt dit weinig toe aan wat al mogelijk is op basis van de bestaande jurisprudentie.

Vervolgens komen we tot de bespreking van de meer algemene vraag of het wenselijk is in de WOR de opzegging van ondernemingsovereenkomsten te regelen. Op dit moment regelt de WOR niets omtrent de opzegbaarheid en wijze van opzegging van dit soort overeenkomsten. Dit roept vragen op, waaronder de vraag of opzegging wel mogelijk is en zo ja, onder welke omstandigheden.

Allereerst zij opgemerkt dat het primair aan partijen bij de ondernemingsovereenkomst is om goede afspraken te formuleren inclusief afspraken over opzegging. Zo kunnen ze zelf de rechtszekerheid bevorderen. Voor die gevallen waarin in de ondernemingsovereenkomst de opzegging niet is geregeld[31], zou het helderheid kunnen bieden wanneer de opzeggingsmogelijkheid in de WOR wordt geregeld. Dat roept direct de vraag op wat in de wet geregeld zou moeten en kunnen worden. Zoals hiervoor aangegeven bestaat er een grote diversiteit in ondernemingsovereenkomsten. Een fijnmazig uitgewerkte regeling die al die gevallen regelt, past niet goed in de wet. Dit pleit voor opname van een algemene regel met open normen die via jurisprudentie ingevuld zullen moeten worden.

Anderzijds laat het feit dat de WOR niets regelt over de opzegging van de ondernemingsovereenkomst ook al ruimte aan de rechter om maatwerk te leveren. Bij de beoordeling van de vraag of een ondernemingsovereenkomst met succes is opgezegd, heeft hij de mogelijkheid om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, inclusief de context waarbinnen en de wijze waarop de

30 Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *ROR* 2007/31, *JAR* 2007/137 (*Infor Global Solutions BV*).

31 Veelal bij ondernemingsovereenkomsten die meer en passant tot stand zijn gekomen bijvoorbeeld terloops tijdens een overlegvergadering of tijdens onderhandelingen om een positief advies te verkrijgen over een concreet voorliggend besluit. Al snel wordt aangenomen dat bovenwettelijke bevoegdheden zijn toegekend aan de OR. Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 15 februari 2010, *JAR* 2010/63. Daarnaast blijkt in de praktijk dat in situaties waarin de verhoudingen tussen bestuurder en OR goed zijn, vaak minder aandacht besteed wordt aan de formulering van de afspraken vastgelegd in de ondernemingsovereenkomst waardoor deze vaak multi-interpretabel zijn.

overeenkomst tot stand is gekomen.[32] Hij zal daardoor in staat zijn om een oplossing te bieden die recht doet aan deze specifieke omstandigheden. De rechter kan aansluiting zoeken bij het civiele overeenkomstenrecht en tegelijkertijd rekening houden met de WOR en de bijzondere relatie die ondernemer en OR met elkaar hebben.

Met inachtneming van het voorgaande en op grond van de volgende overwegingen komen wij tot de conclusie dat het niet wenselijk in de WOR de opzegging van ondernemingsovereenkomsten te regelen.

Partijen hebben een ruime contractsvrijheid en de variëteit in ondernemingsovereenkomsten is dientengevolge groot. In de praktijk is een ondernemingsovereenkomst bovendien vaak gekoppeld aan een bepaalde situatie. Dit heeft invloed op de opzegbaarheid. De rechter kan rekening houden met alle omstandigheden van het geval en maatwerk leveren. Het algemene verbintenissenrecht biedt daarbij voldoende mogelijkheden.

We moeten oppassen een en ander niet teveel te juridiseren. De ondernemingsovereenkomst is bedoeld om de medezeggenschap in een onderneming te bevorderen door meer maatwerk af te kunnen spreken. Het in de WOR regelen van de opzegging maakt het (onnodig) juridisch zwaar en medezeggenschap wordt niet bevorderd door formalisering en juridisering. Ondernemer en OR geven samen vorm en invulling aan medezeggenschap. Daarbij past het om in gezamenlijk overleg te komen tot oplossingen, waaronder het beëindigen van een ondernemingsovereenkomst indien gewenst.

7.4.4 Opzegging van de ondernemingsovereenkomst

We zullen nu stilstaan bij de vraag welke regeling voor de opzegging van de ondernemingsovereenkomst voortvloeit uit de rechtspraak. Hierbij beperken wij ons tot de beëindiging van de ondernemingsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd door opzegging. Een reden voor deze beperking is dat de ondernemingsovereenkomst met een bepaalde looptijd van rechtswege eindigt na ommekomst van die bepaalde tijd tenzij in de overeenkomst nadere afspraken zijn gemaakt over de beëindiging. Zo kan de ondernemingsovereenkomst die voor bepaalde tijd is aangegaan, bepalen dat deze aan het einde

32 Bijvoorbeeld wat de bedoeling van partijen was bij de afspraak, of de afspraak een 'harde' afspraak is die het resultaat is van bewuste onderhandelingen, of meer een gezamenlijk uitgangspunt of gezamenlijke constatering, of het een afspraak op beleidsmatig vlak (beleid van de onderneming) betreft of uitspraken over meer procedurele afspraken (bevoegdheden OR).

van de looptijd opgezegd moet worden, alsmede wat het gevolg is van een niet tijdige opzegging of van een stilzwijgende verlenging.

Aannemelijk is dat tussentijdse opzegging van een voor bepaalde tijd gesloten ondernemingsovereenkomst in beginsel niet mogelijk is indien partijen daar niet in hebben voorzien, maar alleen wanneer er sprake is van een essentiële verandering van omstandigheden.[33]

Over de beëindiging van een ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd bevat de WOR, zoals gezegd, geen voorschriften. Partijen kunnen uiteraard in de overeenkomst een bepaling opnemen ten aanzien van de beëindiging en kunnen die ook met wederzijds goedvinden beëindigen. Wanneer in de overeenkomst niets is bepaald over beëindiging, ligt het in de rede hier de gewone privaatrechtelijke regels omtrent de beëindiging van duurovereenkomsten van toepassing te laten zijn.[34] Dat betekent dat de ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd – net als bij andere duurovereenkomsten – in de regel eindigt door opzegging, ontbinding, of wanneer één van de partijen ophoudt te bestaan en dat bij opzegging een redelijke termijn in acht genomen moet worden.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 1999 over de beëindiging van onbenoemde duurovereenkomsten en uit een grote hoeveelheid daaropvolgende lagere rechtspraak volgt, dat als uit de aard van de overeenkomst voortvloeit dat deze kan worden opgezegd, de redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is als er sprake is van een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging.[35] Op grond van de omstandigheden van het geval wordt beoordeeld of in een bepaalde zaak een voldoende zwaarwegende opzeggingsgrond vereist is en, indien dat zo is, of de door de opzeggende partij aangevoerde opzeggingsgrond tegen het licht van deze omstandigheden als voldoende zwaarwegend kan worden gekwalificeerd.[36]

In 2011 oordeelde de Hoge Raad dat indien de wet en de overeenkomst niets regelen omtrent de opzegging, geldt dat de

33 G.J.J. Heerma van Voss, a.w. (noot 5), p. 376 e.v. Dat tussentijdse opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd tussen OR en ondernemer niet mogelijk is, was het regeringsstandpunt bij de behandeling van de WMW, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 6, p. 18.

34 L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 461.

35 HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (*Latour/De Bruin*). Zie voor een uitgebreid overzicht van de lagere rechtspraak die hierop is gevolgd M.H. Visscher, 'De redelijke opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten', *TvOB* 2011, 6.

36 M.H. Visscher, a.w. (noot 35).

overeenkomst in beginsel opzegbaar is. Maar dat in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Uit diezelfde eisen kan volgens de Hoge Raad voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.[37]

Uit deze jurisprudentie volgt dat de hoofdregel voor de beëindiging van onbenoemde duurovereenkomsten is dat de overeenkomst opzegbaar is, maar dat daarbij een uitzondering kan gelden op basis van redelijkheid en billijkheid, voor de beoordeling waarvan de omstandigheden van het geval bepalend zijn, te beginnen met de aard en inhoud van de overeenkomst. De Hoge Raad noemt expliciet het belang van afhankelijkheid van de ene partij van de andere partij, als een mogelijke omstandigheid. Tjon Tjin Tai merkt bij het arrest uit 2011 op dat de Hoge Raad met dit arrest de discussie lijkt te verschuiven: het gaat misschien niet zozeer om de opzegbaarheid, maar veeleer om de voorwaarden waaronder wordt opgezegd.[38] De Hoge Raad overweegt dat de redelijkheid en billijkheid een bepaalde opzegtermijn of aanbod van vergoeding met zich kunnen brengen. Wij merken hierbij op dat het aanbod van een vergoeding in een geschil inzake medezeggenschap tussen ondernemer en OR in de regel geen oplossing biedt.

Er is weinig jurisprudentie die specifiek gaat over de rechtsgeldige opzegging van een ondernemingsovereenkomst. Het Hof Den Haag heeft in 2006 aangegeven dat de vraag of een opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, beantwoord zal moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval. De aard van de overeenkomst en bijzondere omstandigheden kunnen daarbij een rol spelen. Het arrest betrof een casus waarin een convenant voor onbepaalde tijd zonder opzegtermijn was opgezegd. Het Hof overwoog dat opzegging van het convenant met de OR door de ondernemer pas plaats kon hebben na voorafgaand overleg tussen partijen en bovendien alleen wanneer de ondernemer een zwaar-

37 HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ9854, *NJ* 2012, 685, *JOR* 2012/240 (*Gemeente De Ronde Venen/SNU en Stedin*).

38 T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012, 685.

wegende grond voor de opzegging had.[39] Verder overwoog het Hof dat partijen zich in dat overleg redelijk jegens elkaar zullen moeten opstellen en dat alleen indien de OR zich ter zake van redelijke voorstellen tot aanpassing van het convenant onredelijk opstelt, de ondernemer het convenant met inachtneming van een redelijke termijn geheel of gedeeltelijk zal kunnen opzeggen. In casu had geen overleg plaatsgevonden voorafgaand aan de opzegging. Hierdoor had de opzegging naar het oordeel van het Hof niet het beoogde rechtsgevolg gehad.

Ook de Kantonrechter Wageningen oordeelde dat om een rechtsgeldige opzegging van de ondernemingsovereenkomst te bewerkstelligen in elk geval ter zake overleg met de OR had moeten worden gevoerd, hetgeen in casu niet was gebeurd.[40]

Uit deze jurisprudentie volgt dat een ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet zonder meer opgezegd kan worden; voorafgaand aan de opzegging moet overleg gevoerd zijn met de OR, er moet een voldoende zwaarwegende grond zijn en indien opzegging mogelijk is moet een redelijke opzegtermijn in acht genomen worden.[41] Recent oordeelde de Kantonrechter Utrecht geheel in deze lijn over de vraag of een ondernemingsovereenkomst rechtsgeldig eenzijdig gewijzigd kon worden.[42] Hij oordeelde dat de ondernemer niet gerechtigd was om zonder voorafgaand overleg met de OR de overeenkomst eenzijdig te wijzigen en dat er geen sprake was van een zwaarwichtig belang bij een eenzijdige wijziging. De ondernemer diende de overeenkomst na te leven totdat in overleg een rechtsgeldige wijziging ervan zou zijn overeengekomen.

Hiervoor is aangegeven dat het in de rede ligt de gewone privaatrechtelijke regels over de beëindiging van duurovereenkomsten van toepassing te laten zijn, wanneer in de ondernemingsovereenkomst niets is bepaald over beëindiging. Bezien we in onderlinge samen-

39 Hof Den Haag 3 november 2006, *ROR* 2007/7 en *JAR* 2007/32 (*Gemeente Leiden*).

40 Ktr. Wageningen 9 mei 2007, *ROR* 2007/31, *JAR* 2007/137 (*Infor Global Solutions BV*).

41 Interessant in dit kader is dat de wetgever bij het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel WMW kenbaar heeft gemaakt dat opzegging van de ondernemingsovereenkomst tussen ondernemer en or mogelijk is als er sprake is van 'een belangrijke wijziging van de omstandigheden', zoals ook in de WOR het geval is. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 6, p. 17-18. Waar dit laatste op gebaseerd is, is niet duidelijk. Zie P.G. Vestering, '"Afspraak is afspraak" gaat voor de or niet altijd op', *SR* 2007, 35.

42 Ktr. Utrecht 5 november 2013, *JAR* 2013/295 (*Strukton Worksphere BV*).

hang de bovenstaande jurisprudentie over de opzegging van onbenoemde duurovereenkomsten en over de opzegging van ondernemingsovereenkomsten, dan volgt onzes inziens daaruit dat de ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin niets is geregeld over opzegging, in beginsel opzegbaar is mits:

- partijen vooraf tenminste eenmaal open en reëel overlegd hebben over de door één van partijen gewenste opzegging, waarbij ook dient te worden nagegaan of wijziging van de overeenkomst in redelijkheid tegemoet kan komen aan de geuite bezwaren van een van beide partijen;
- de opzegging voldoende gemotiveerd is;
- voor de opzegging – gezien de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, waaronder mede begrepen de totstandkoming van de overeenkomst – een voldoende zwaarwegende reden is;[43]
- een bij de omstandigheden van het geval passende redelijke opzegtermijn in acht wordt genomen.

Deze regeling sluit aan bij de wens in het rechtsverkeer dat enerzijds vertrouwd kan worden op gemaakte afspraken en dat anderzijds op enig moment een overeenkomst voor onbepaalde tijd opgezegd kan worden. Verder sluit de regeling aan bij de bijzondere relatie tussen ondernemer en OR – uit de aard van de zaak zijn ondernemer en OR met elkaar verbonden, bestaat tussen hen een duurrelatie en een afhankelijkheidsverhouding –, moeten zij op grond van de WOR met elkaar overleggen en is het goed functioneren van de onderneming het gezamenlijke belang van OR en ondernemer. Eén en ander laat onverlet dat een gedane opzegging vernietigbaar is, wanneer een rechter de opzegging in strijd met de redelijkheid en billijkheid oordeelt.

Zo bezien lijken voor het opzeggen van een ondernemingsovereenkomst meer en zwaardere eisen te gelden, met name ten aanzien van overleg en motivering, dan voor het opzeggen van een reguliere overeenkomst op grond van het algemene verbintenissenrecht. Anderzijds lijkt in de medezeggenschapsrechtelijke jurisprudentie sneller aangenomen te worden dat sprake is van een wijziging in de omstandigheden dan in het algemene verbintenissenrecht op grond

43 Hierbij speelt onder meer de vraag hoe een ondernemingsovereenkomst tot stand gekomen is, bijvoorbeeld via uitgebreide onderhandelingen of juist via een en passant gemaakte afspraak. Ook speelt hier de vraag wat een passende opzeggrond is in het concrete geval.

van artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden), of artikel 6:248 BW (beperkende werking redelijkheid en billijkheid). Dit geldt overigens met name bij afspraken op beleidsmatig vlak (beleid van de onderneming). In een aantal geschillen is geoordeeld dat een toezegging aan de OR later toch niet nagekomen hoefde te worden, gezien het geheel van relevante (andere) belangen (van de onderneming als geheel) bij die latere besluitvorming.[44] Ten aanzien van afspraken op procedureel gebied (bevoegdheden OR, gang van zaken in adviestraject) oordelen de rechters in het algemeen strenger over niet nakoming van afspraken.[45] Hier lijkt een parallel te zijn met de wijze van oordelen door de OK op grond van artikel 26 WOR. Bij de vraag of een besluit kennelijk onredelijk is hanteert de OK doorgaans een marginale toetsing van de inhoud van een besluit in verband met de beleidsvrijheid van de ondernemer, en een materiële toetsing op het correct naleven van de procedures.

Vestering heeft bepleit om als toetsingskader voor de uitleg en nakoming van afspraken uit ondernemingsovereenkomsten aan te sluiten bij de normen van het overeenkomstenrecht. Hij plaatst daarbij wel de volgende twee kanttekeningen: (1) dat de ondernemer beleidsvrijheid toekomt bij het besturen van de onderneming en (2) dat OR en ondernemer binnen dezelfde onderneming opereren en als gezamenlijk belang hebben het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen (overeenkomstig artikel 2 WOR).[46]

Het voorkomen van problemen blijft natuurlijk beter dan het genezen ervan. Van belang is daarom dat partijen die een convenant sluiten daar ook de duur en reikwijdte van de afspraken, de mogelijkheden tot afwijking en de opzegging van de overeenkomst in regelen. Daarbij adviseren wij in de considerans of bij de overwegingen aan het begin van de overeenkomst duidelijk op te schrijven wat de aanleiding voor- en het doel van het convenant zijn. Dit kan helpen bij de uitleg van de overeenkomst.

44 O.m. HR 7 juli 1983, *NJ* 1983, 35 (*Enka*), Hof Amsterdam (OK) 24 mei 1984, *NJ* 1985, 202 (*Paktank*), Hof Amsterdam (OK) 16 juli 1998, *JAR* 1998/182 (*ZWN Openbaar Vervoer*) en Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2006, *JAR* 2006/225 (*Fresenius Hemocare*).

45 Bijvoorbeeld in Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2005, *JAR* 2005/64.

46 P.G. Vestering, a.w. (noot) 40.

7.4.5 Conclusies

Wij achten een wettelijke bepaling in de WOR over de opzegging van een ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet nodig, noch wenselijk. Een dergelijke bepaling zou de medezeggenschap onnodig juridiseren, terwijl het algemene verbintenissenrecht voldoende mogelijkheden biedt en de rechter voldoende ruimte laat om maatwerk te leveren in concrete geschillen. Zo kan de rechter daarbij rekening houden met de WOR en de bijzondere relatie die ondernemer en OR met elkaar hebben. (Zie subpar. 7.4.2.)

Wij leiden uit de jurisprudentie als hoofdregel af dat de ondernemingsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin niets geregeld is over opzegging, in beginsel opzegbaar is mits aan vier voorwaarden is voldaan; voorafgaand overleg, voldoende motivering van de opzegging, voldoende zwaarwegende reden en redelijke opzegtermijn. (Zie subpar. 7.4.3.)

Wij bevelen ondernemers, ondernemingsraden en deskundigen die zij inhuren, aan om bij de totstandkoming van een ondernemingsovereenkomst op te letten dat ook afspraken worden opgenomen over onder meer de duur en opzegging van de overeenkomst. (Zie subpar. 7.4.3.)

7.5 De (on)mogelijkheid van inperking van medezeggenschapsrechten via de ondernemingsovereenkomst

7.5.1 Inleiding

De inperking van medezeggenschapsrechten door middel van een ondernemingsovereenkomst wordt behandeld aan de hand van een schets van historische ontwikkelingen in de periode 2003 tot 2013 (subpar. 7.5.2). Daarna worden enkele relevante subvragen behandeld (subpar. 7.5.3 tot en met 7.5.5). Vervolgens worden de argumenten pro en contra de mogelijkheid tot beperking van de medezeggenschapsrechten door middel van een ondernemingsovereenkomst besproken (subpar. 7.5.6) en enkele conclusies getrokken (subpar. 7.5.7).

7.5.2 *Ontwikkelingen ten aanzien van het beperken van de bevoegdheden van de OR bij ondernemingsovereenkomst*

Uit artikel 32 lid 2 WOR volgt dat een overeenkomst slechts *meer* bevoegdheden aan de OR mag toekennen. Een beperking van de bevoegdheden van de OR door een dergelijke overeenkomst is wettelijk gezien niet toegestaan.[47] De mogelijkheid om via een ondernemingsovereenkomst uitbreidende afspraken te maken, heeft als doel te voorzien in de uit de praktijk voortkomende behoefte aan verdere flexibilisering van de WOR die het mogelijk maakt om de medezeggenschap binnen een onderneming op maat te maken, afgestemd op de bedrijfsomstandigheden.[48]

Het wetsontwerp Wet medezeggenschap werknemers (WMW) uit 2004 bevatte de mogelijkheid de bevoegdheden van de OR op twee manieren te beperken.[49] Advies– en instemmingsrechten konden door middel van een schriftelijke overeenkomst tussen OR en ondernemer voor minder aangelegenheden gelden.[50] Daarnaast zou de WMW het mogelijk maken het instemmingsrecht om te zetten in een adviesrecht; hiervoor gold eveneens de eis van een schriftelijke overeenkomst.[51] Het betreffende artikel beoogde meer ruimte te creëren waarbinnen de medezeggenschap binnen de onderneming vorm kon krijgen, aldus de memorie van toelichting.[52] Het schriftelijkheidsvereiste is uitgebreid behandeld in paragraaf 7.3. De SER had kort daarvoor unaniem geadviseerd om te komen tot een wettelijke regeling die:

> *'de rechtsgeldigheid van een dergelijke overeenkomst over de toepassing van het advies- of instemmingsrecht buiten twijfel stelt.'*[53]

47 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 26.
48 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 3, p. 3.
49 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 2.
50 Artikel 6:31 lid 1 WMW.
51 Artikel 6:31 lid 2 WMW.
52 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 3, p. 3.
53 SER-advies 03/12, 'Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden', 19 december 2003, p. 51.

De SER leek van mening dat de rechter een interpretatie-overeenkomst dient te respecteren, ook wanneer deze feitelijk bevoegdheden van de OR inperkt.[54]

Dit onderdeel van het wetsontwerp WMW kreeg veel kritiek. De kroonleden en de werknemersleden van de SER hadden zich in 2003 reeds uitgesproken: de beperking van de bevoegdheden werd in strijd met aard en doelstelling van de medezeggenschap geacht.[55] Wetstechnische kritiek werd geleverd door de Raad van State. Het belangrijkste kritiekpunt was dat de in het wetsontwerp voorgestane mogelijkheid van beperking en omzetting van bevoegdheden geen begrenzing kende. De regeling in artikel 31 WMW was naar de mening van de Raad van State niet alleen onwenselijk maar stond ook op gespannen voet met de in artikel 19 lid 2 Grondwet neergelegde verplichting tot realisering van daadwerkelijke medezeggenschap.[56] Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer werden drie amendementen ingediend die gericht waren tegen de tussen ondernemer en OR onderhandelbare beperking of uitruil van bevoegdheden.[57] In de literatuur werd aanvullend opgemerkt dat door de nieuwe wetsbepalingen het niveau van de medezeggenschap in beginsel permanent onderhandelbaar zou worden.[58]

Het wetsvoorstel werd op 5 oktober 2005 ingetrokken door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: *'de minister'*). De reden was dat het maatschappelijk debat als gevolg van het wetvoorstel had geleid tot een herbezinning van de uitgangspunten waardoor verdere behandeling van het wetsvoorstel onnodig en onwenselijk was, aldus de minister.[59] In 2006 heeft in opdracht van dezelfde minister een onderzoek plaatsgevonden over de toekomst van

54 Zo stelt de SER: *'Als voorbeeld is reeds gewezen op een afspraak tussen or en ondernemer over de wijze waarop het begrip 'belangrijk' in het adviesrecht (artikel 25 WOR) kan worden begrepen: de rechter zou het besluit van de ondernemer als belangrijk kunnen kwalificeren, waarmee de afspraak wordt aangemerkt als een overeenkomst over neerwaartse afwijking van de bevoegdheden van de or, terwijl ondernemer en or overeen waren gekomen dat dit besluit juist niet als belangrijk gold.'* Zie SER-advies 03/12, 'Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden', 19 december 2003, p. 51; zie tevens A. Briejer, a.w. (noot 15), p. 212.

55 Advies aanpassing 2003/12, p. 10-12.

56 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 4.

57 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nrs. 10, 11 en 15.

58 L.C.J. Sprengers en M van Leeuwen-Scheltema, 'WMW: waarom moet de WOR weg?', *SR* 2004, p. 417-428.

59 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 284.

de medezeggenschap.[60] Eind 2009 werd in een brief van het kabinet over de klassieke knelpunten in het medezeggenschapsrecht het ad hoc afzien van bevoegdheden door de OR aan de orde gebracht. *Beperking* van rechten van de OR, al of niet door middel van een ondernemingsovereenkomst, werd in dit kader niet als onderwerp benoemd. Wel werd in dezelfde brief uitgesproken dat onderzocht diende te worden in hoeverre rechtsonzekerheid kan worden weggenomen in situaties waarbij ad hoc is afgezien van advies- of instemmingsrechten door een OR.[61] Dit voornemen is bij brief van 2 december 2011 ingetrokken, omdat de vakorganisaties hun steun hadden teruggetrokken voor de eerder geformuleerde voorstellen.[62]

In een rapport uit 2012 over de toekomst van de medezeggenschap opgesteld door kroonleden uit de SER zijn geen concrete voorstellen geformuleerd die flexibilisering van de bevoegdheden van de OR voorstaan.[63] Het rapport verwijst naar literatuur en onderzoek waaruit geconcludeerd wordt dat verbetering en innovatie van medezeggenschap mogelijk is binnen de bestaande kaders van de WOR.[64] In recente literatuur wordt nog gewezen op het risico verbonden aan alternatieve vormen van medezeggenschap die soms als 'mooi-weer-model' worden gezien. In een dergelijk model wordt de vraag hoe met belangentegenstellingen en conflicten moet worden omgegaan, regelmatig niet of onvoldoende onderkend.[65]

In maart 2013 lijkt de minister in een brief aan de Tweede Kamer de deur richting de beperkende ondernemingsovereenkomsten, of tenminste richting het wettelijk vaststellen van de rechtsgeldigheid van de interpretatie-overeenkomsten, op een kier te zetten door uit te

60 In dit rapport werden trends en enkele mogelijke toekomstscenario's geschetst. De ondernemingsovereenkomst wordt op enkele plaatsen in het rapport relevant geacht voor het ontwikkelen van eigen initiatieven en voorstellen. Het rapport bevat geen voorstellen tot beperking van de rechten van de or door middel van een ondernemingsovereenkomst.

61 Brief Minister ZSW d.d. 9 december 2009 (kabinetsstandpunt medezeggenschap 2009), onderdeel 4.4, http://www.rijksbegroting.nl/algemeen/gerefereerd/1/3/8/kst138670.html

62 *Kamerstukken II* 2010/11, 29 818, nr. 35.

63 P.F. van der Heijden, F.B.J. Grapperhaus, G.J.J. Heerma van Voss, L. Timmerman en E. Verhulp, Medezeggenschap: Ontwikkelingen in de 21e eeuw, juni 2012.

64 P.F. van der Heijden, F.B.J. Grapperhaus, G.J.J. Heerma van Voss, L. Timmerman en E. Verhulp, a.w. (noot 63), p. 45.

65 L.C.J. Sprengers, *Van kern naar ondernemingsraad naar adaptief medezeggenschapsrecht, De waarde(n) van het arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 71.

spreken dat maatwerk en diversiteit bij medezeggenschapsregelingen mogelijk moet zijn. Voorwaarde lijkt te zijn dat ondernemers en werknemers daarop een 'gedeeld perspectief' hebben. Concrete wetsvoorstellen bestaan op dit moment niet.[66]

7.5.3 Beperkende interpretatieovereenkomsten rechtsgeldig?

Een interpretatie-overeenkomst is een ondernemingsovereenkomst die nadere invulling geeft aan niet nader gedefinieerde begrippen in de WOR. In beginsel zijn interpretatie-overeenkomsten toegestaan.[67] De wetgever verwijst expliciet naar dergelijke overeenkomsten als voorbeeld van overeenkomsten ex artikel 32 lid 2 WOR.[68] Al in 1990 werden dergelijke overeenkomsten door de OK toegelaten[69] en in grote mate gerespecteerd.[70] Het is echter goed denkbaar dat middels een dergelijke interpretatie de bevoegdheden van de OR in feite worden beperkt.[71] Er is geen rechtspraak te vinden waarin wordt ingegaan op de beperkende werking van een interpretatie-overeenkomst, maar in het licht van andere uitspraken[72] moet worden aangenomen dat wanneer een OR zich terecht op de beperkende werking van een interpretatie-overeenkomst zou beroepen, deze overeenkomst nietig zal worden verklaard.

Zoals in subparagraaf 7.5.2 aan de orde is gekomen, is voorafgaand aan het wetsvoorstel WMW de rechtsgeldigheid van interpretatieve ondernemingsovereenkomsten vrij uitgebreid besproken. Het is de vraag of voor interpretatieovereenkomsten verdergaande wetgeving nodig is. In de praktijk is het nu al zo dat de rechter zich doorgaans zal laten leiden door de afspraak tussen partijen bij de uitleg van 'open' normen zoals bijvoorbeeld het begrip 'belangrijk'. In evidente situaties waar het begrip belangrijk op grond van de wet zal leiden tot een adviesrecht terwijl er een andere afspraak tussen

66 *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 818, nr. 36, p. 4.

67 P.F. van der Heijden, J.M. van Slooten, E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 538.

68 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 25.

69 Hof Amsterdam (OK), 21 juni 1990, *LJN* AD1156, r.o. 3.3.

70 HR 17 maart 1993, *NJ* 1993, 366 (*Smit Vlootbeheer*), r.o. 4.3 van het Hof, zie tevens conclusie A-G, onder punt 19.

71 L.G. Verburg, 'Samenwerking en Ondernemingsraad' (voordracht), in: *Samen-Werken in het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 60, kopje 9.

72 Zoals de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012, *JAR* 2012/226, welke uitspraak hierna wordt behandeld.

ondernemer en OR ligt, dan zal die andersluidende afspraak al snel moeten wijken.

7.5.4 *Afwijking van de competentieverdeling ex artikel 33-35 WOR rechtsgeldig?*

Hierna gaan we in op de vraag of het mogelijk moet zijn om de norm van artikel 35 WOR – dat de centrale ondernemingsraad (hierna: *'COR'*) bevoegd is wanneer het gaat om aangelegenheden van gemeenschappelijk belang voor alle of de meerderheid van de betrokken ondernemingsraden – anders in te vullen indien betrokken partijen dat wensen.

Het uitbreiden van de bevoegdheden van de COR is in beginsel geen probleem binnen de WOR. Via artikel 35 WOR is artikel 32 lid 2 van overeenkomstige toepassing op de COR. Een uitbreiding van de bevoegdheden van de COR – ook wanneer deze niet het gemeenschappelijk belang betreft – lijkt niet op bezwaren te stuiten. Ook extra (bovenwettelijke) bevoegdheden die via de cao zijn toegekend kunnen overgaan op de COR, voor zover het een gemeenschappelijk belang-aangelegenheid betreft.[73] Dit zijn immers gewoon bevoegdheden van de OR en het uitgangspunt van de wetgever was:

> *'dat het hogere orgaan bevoegdheden van de lagere organen (ondernemingsraden) overnam wanneer die op aangelegenheden betrekking hadden die voor tenminste de meerderheid der onderliggende raden van belang waren.'*[74]

Van belang is hierbij wel dat er sprake is van bevoegdheden die toekomen aan niet één maar aan de meerderheid der onderliggende ondernemingsraden.[75]

Het probleem komt op daar waar het een overheveling van bevoegdheden betreft van de OR naar de COR, terwijl er *geen* sprake is van aangelegenheden van gemeenschappelijk belang. Dit behelst immers een beperking van de bevoegdheden van de (lokale) OR. Een beperking van de bevoegdheden van de OR bij ondernemingsovereenkomst is – zoals eerder beschreven – wettelijk (nog)

73 L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 487.
74 L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 483.
75 L.G. Verburg, a.w. (noot 16), p. 487.

niet toegestaan. Dit wordt in beginsel niet anders wanneer een ander orgaan deze bevoegdheden krijgt toebedeeld.

In de CAS-zaak[76] is in een soortgelijk geval een overheveling van bevoegdheden van de OR naar een ander orgaan wel door de OK toegestaan. In deze zaak had de OR van CAS ermee ingestemd om met betrekking tot een bepaald onderwerp zijn bevoegdheden over te hevelen naar een Tijdelijke OR (niet zijnde een COR of groepsondernemingsraad (GOR)), waarbinnen de OR zelf een (minderheids)positie innam. De OR gaf in ruil voor inspraak in een breder project zijn eigen medezeggenschapsrechten prijs aan een ander orgaan, en de OK liet dit toe. Uit deze uitspraak valt mogelijk af te leiden dat een overheveling van bevoegdheden tussen verschillende medezeggenschapsorganen niet geheel ondenkbaar is. Verburg stelt dat deze uitspraak ruimte biedt voor de stelling dat:

> *'de Ondernemingskamer meent dat een ondernemingsraad bevoegdheden kan prijsgeven.'*[77]

De uitspraak vormt volgens hem bovendien een goed voorbeeld van hoe het in de toekomst zou moeten. Verburg stelt alleen wel dat de OK de OR van CAS hier – gelet op de casus – ten onrechte aan de ondernemingsovereenkomst heeft gehouden.[78] Ook kan worden opgemerkt dat de OK aangeeft dat dit wellicht anders was geweest als de OR de ondernemingsovereenkomst had opgezegd, in plaats van de ondernemer. Hoe het ook zij, de OK keurde in deze uitspraak een overheveling van bevoegdheden van de OR aan een ander medezeggenschapsorgaan goed.

Behoudens de hieronder genoemde uitspraken is rechtspraak hieromtrent schaars. Ook in de literatuur lijkt er weinig aandacht aan te zijn besteed.

De Rechtbank Arnhem[79] oordeelde in een uitspraak uit 2011 weliswaar dat de COR ingevolge een gesloten ondernemingsovereenkomst een adviesrecht toekwam. Het betrof hier echter een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang, waardoor de COR reeds op basis van artikel 35 WOR een adviesrecht zou hebben gehad. Er was dus geen sprake van een beperkende ondernemings-

76 Hof Amsterdam (OK) 27 augustus 2010, *JAR* 2010/269.

77 L.G. Verburg, 'De Ondernemingskamer, de medezeggenschap en de periode 2009-2011', *Arbeidsrecht* 2012/8.

78 L.G. Verburg, a.w. (noot 71), p. 57-70 en L.G. Verburg, a.w. (noot 77), *Arbeidsrecht* 2012/8.

79 Ktr. Arnhem 22 september 2011, *JAR* 2011/284.

overeenkomst waarin bevoegdheden van de OR naar de cor overgeheveld werden.

Zoals het er nu voor staat, lijkt een afwijking in de medezeggenschapsstructuur bij ondernemingsovereenkomst in beginsel niet mogelijk omdat dit in feite een beperkende ondernemingsovereenkomst is en deze nog altijd niet is toegestaan. De CAS-uitspraak lijkt mogelijkheden te bieden voor een overheveling van bevoegdheden tussen medezeggenschapsorganen. Na de CAS-uitspraak is ook rechtspraak gewezen waar ondernemingsovereenkomsten die betrekking hadden op beperking van bevoegdheden expliciet worden afgewezen. In 2012 bevestigde het Hof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld nog eens expliciet dat een beperkende ondernemingsovereenkomst niet is toegestaan, en derhalve nietig is.[80]

Het Hof sluit hiermee de volgens Verburg met de CAS-uitspraak ingeslagen weg ondubbelzinnig af, om voort te zetten op de weg die vóór de CAS-uitspraak ook reeds werd bewandeld: een beperkende ondernemingsovereenkomst is niet toegestaan.

Wij menen echter dat het wenselijk is dat medezeggenschapsorganen in onderling overleg en tezamen met de betrokken ondernemer(s) overeenkomstig artikel 32 WOR nadere competentieafspraken kunnen maken, ook al betekent dat de inperking van rechten van een van die organen. Als nadeel kan worden aangevoerd dat een COR een besluit dat de minderheid van de betrokken ondernemingen raakt wellicht sneller positief tegemoet zal treden, waardoor sprake zou kunnen zijn van een uitholling van de medezeggenschapsrechten van die minderheid. Nu in dit geval geen medezeggenschap verdwijnt, maar deze wordt uitgeoefend door een ander medezeggenschapsorgaan is er naar ons oordeel in dat geval echter geen strijd met artikel 19 van de Grondwet.

7.5.5 Beperking bevoegdheden OR tot een wettelijk minimum toestaan?

In het wetsvoorstel WMW was – zoals beschreven in subparagraaf 7.5.2 – geopperd om onder de noemer van verdere flexibilisering en optimalisering van de WOR naast de reeds toegestane ondernemingsovereenkomsten ook het sluiten van een beperkende ondernemingsovereenkomst mogelijk te maken.[81] De SER was in zijn advies over dit wetsvoorstel verdeeld. Wel stemde de SER unaniem in met de

80 Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2012, *JAR* 2012/226, r.o. 3.8.1 e.v.
81 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 818, nr. 3, p. 8.

wenselijkheid van het wettelijk vastleggen van een ad hoc beperking van de bevoegdheden van de OR. Het gaat daarbij om een afspraak dat een OR van de uitoefening van de medezeggenschapsrechten in een op zich staand geval afziet. Voorwaarde is dat de aard van het voorgenomen besluit, alsmede de gevolgen daarvan voor de werknemers *in voldoende mate kenbaar zijn.* In de praktijk zijn dergelijke afspraken al vrij gangbaar, maar met het oog op de rechtszekerheid van de ondernemer was het volgens de SER van belang dat de rechtsgeldigheid van een dergelijke afspraak wettelijk zou worden vastgesteld.[82]

In de literatuur zijn verschillende meningen geuit over de (on) wenselijkheid van de beperkende ondernemingsovereenkomst. Verburg stelt dat de OR een volwassen entiteit is die niet betutteld hoeft te worden:

> *'Een volwassen ondernemingsraad beslist zelf over de taakuitoefening.'*[83]

Hij is van mening dat het toestaan van beperkende ondernemingsovereenkomsten de onderhandelingspositie van de OR zal versterken, nu de OR de ondernemer ook daadwerkelijk iets te bieden zal hebben.[84] Hij stelt voorts dat het op Europees niveau het:

> *' (...) uitgangspunt is dat een concern met de Bijzondere Onderhandelings Groep (BOG) of de EOR zelf [...] via onderhandelingen tot overeenstemming komt over de omvang van de bevoegdheden van de EOR.'*[85]

Verder stelt hij dat medezeggenschap weliswaar een fundamenteel recht is, maar dat het niveau van de medezeggenschap zoals dat in de WOR is vastgelegd ook slechts het resultaat is van politieke afwegingen en compromissen. Het toelaten van beperkende ondernemingsovereenkomsten zal niet zozeer leiden tot strijd met het fundamentele recht op medezeggenschap. Het zal slechts leiden tot een variërend niveau van medezeggenschap.[86] Dit laatste punt wordt kracht bijgezet door een onderzoek naar de benutting van de

82 SER-advies 03/12 '*Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden*', 19 december 2003, p. 49-50.
83 L.G. Verburg, a.w. (noot 71), p. 68.
84 L.G. Verburg, a.w. (noot 71), p. 64.
85 L.G. Verburg, a.w. (noot 71), p. 59.
86 L.G. Verburg, a.w. (noot 71), p. 59.

medezeggenschapsrechten door ondernemingsraden uit 2009. Hieruit kan worden afgeleid dat een OR vaak geen gebruik maakt van de bevoegdheden wegens onder meer overbelasting.[87] In de praktijk blijkt er dus reeds sprake van een variërend niveau van medezeggenschap. Ook Duk staat welwillend tegenover de in de WMW geopperde mogelijkheid tot het bij ondernemingsovereenkomst beperken van de bevoegdheden van de OR. Hij stelt net als Verburg dat een dergelijke overeenkomst:

> *'een uitruil mogelijk maakt tegen punten waarop de ondernemer bereid is de bevoegdheden uit te breiden.'*[88]

Hij kwam echter met de kritiek dat in de WMW geen duidelijke ondergrens werd gesteld aan de mogelijkheden tot beperking. Volgens Duk is een duidelijke ondergrens wel wenselijk, aangezien het:

> *'niet de bedoeling kan zijn om de mogelijkheid te geven alle bevoegdheden en rechten te laten vervallen.'*[89]

Verburg onderschrijft deze kritiek in zoverre dat hij het voor de *politieke haalbaarheid* verstandig acht dat er een wettelijke ondergrens komt die bepaalt in hoeverre de bevoegdheden daadwerkelijk beperkt mogen worden.[90] Verburg acht het echter niet aannemelijk dat, indien dat mogelijk zou zijn, de OR zomaar alle bevoegdheden zou laten vervallen. Dit is naar onze mening ook niet mogelijk daar de minimumeisen die voortvloeien uit de WEOR en de betrokken Europese Richtlijn[91] niet in negatieve zin kunnen worden doorbroken. Hoe deze minimumbasis vormgegeven dient te worden, laten de auteurs open voor nadere discussie.

In de literatuur is ook kritiek geweest op de mogelijkheid tot beperking van medezeggenschapsrechten op grond van een overeenkomst. Het niveau van medezeggenschap zou in beginsel permanent onderhandelbaar worden hetgeen voor een minder ervaren OR

87 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 818, nr. 32, p. 7.

88 R.A.A. Duk, 'Van WOR naar WMW: eenvoudiger en toegankelijker?', *Ondernemingsrecht* 2004/254, onder 12.

89 R.A.A. Duk, a.w. (noot 88), onder 13.

90 L.G. Verburg, a.w. (noot 71), p. 69.

91 Richtlijn 94/45/EG, 22 september 1994, inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers.

problematisch kan zijn.[92] Er zouden onderhandelingsmomenten kunnen ontstaan bijvoorbeeld in het kader van een positief advies waarbij medezeggenschapsrechten worden ingeleverd. Het is de vraag of in alle gevallen een OR een voldoende sterke onderhandelingspositie heeft om uit te stijgen boven het mogelijk te maken om het wettelijk minimum. Zeker als gekeken wordt naar de diversiteit in de ondernemingsraden. Aan de andere kant geldt dat dit ook mogelijkheden biedt om meer in te spelen op hetgeen binnen ondernemingen wenselijk wordt geacht. De vraag is of het op ad hoc-basis niet uitoefenen van bevoegdheden door de OR niet voldoende is.

7.5.6 Conclusie

Onze conclusies met betrekking tot de vraag of door middel van een ondernemingsovereenkomst de bevoegdheden van de OR beperkt kunnen/moeten worden, zijn genuanceerd. Wij stellen voorop dat onderscheid moet worden gemaakt tussen ondernemingsovereenkomsten die betrekking hebben op de beperking van bevoegdheden van de OR, interpretatieovereenkomsten en competentieovereenkomsten tussen medezeggenschapsorganen.

Ten aanzien van ondernemingsovereenkomsten waarin de bevoegdheden van de OR worden beperkt, ondersteunen wij niet de opvatting van een vrijwel onbeperkte bevoegdhedenbeperking, zoals beoogd in de WMW. Alhoewel pleitbezorgers zijn aan te wijzen die bevoegdhedenbeperking door middel van ondernemingsovereenkomsten toelaatbaar achten (zoals geschetst in subpar. 7.5.5), delen wij deze opvatting niet als daarmee het minimumkarakter van de bevoegdheden wordt ondergraven. Wat ons betreft moet er dus een (nader te bepalen) ondergrens aanwezig zijn.

Indien een ondernemingsovereenkomst als interpretatieovereenkomst gekwalificeerd kan worden zou deze o.i. toelaatbaar zijn, zij het dat er geen sprake kan zijn van een (evidente) beperking van de bevoegdheden van de OR.

Ondernemingsovereenkomsten die betrekking hebben op een nadere competentieverdeling binnen medezeggenschapsorganen als bedoeld in artikel 35 WOR zijn naar onze mening toelaatbaar. Wat ons betreft zouden medezeggenschapsorganen competentie-afspraken moeten kunnen maken, ook al leidt dat tot een beperking van bevoegdheden van een van die organen. Hier ligt een taak voor de

92 L.C.J. Sprengers en M. van Leeuwen-Scheltema, a.w. (noot 58), p. 420.

wetgever artikel 35 WOR aan te vullen en aan te geven welke competentieverschuiving toelaatbaar is.

7.6 Ondernemingsovereenkomst bij fusie

7.6.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de vraag centraal of een ondernemingsovereenkomst, gesloten tussen de onderneming en de OR, na een fusie blijft bestaan. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de fusie wordt gekwalificeerd als een overgang van onderneming. Om de centrale vraag te beantwoorden, wordt allereerst stilgestaan bij de vraag of de OR en de onderneming blijven bestaan na de fusie (subpar. 7.6.2). Aangezien de ondernemingsovereenkomst is gesloten tussen de OR en de ondernemer, dienen beide contractspartijen na de fusie nog steeds te bestaan. Houdt een van de contractspartijen, of beiden, op te bestaan, dan komt de overeenkomst tenslotte tot een einde, tenzij een rechtsverkrijging onder algemene titel plaatsvindt.[93] Vervolgens wordt ingegaan op de vraag wat er gebeurt met de ondernemingsovereenkomst na een fusie (subpar. 7.6.3). Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten ondernemingsovereenkomsten. De paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (subpar. 7.6.4).

7.6.2 Het bestaan van de onderneming en de OR na fusie

Bij een fusie dienen de rechten van werknemers op grond van Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van ondernemingen (hierna: *'de Richtlijn'*)[94] beschermd te worden. In deze paragraaf wordt verondersteld dat de fusie wordt gekwalificeerd als een overgang van onderneming.[95] Is dat niet het geval dan is de Richtlijn niet van toepassing. De vraag of de OR dan automatisch verdwijnt, laten wij

93 Uitgangspunt in het algemeen verbintenissenrecht is tenslotte dat overeenkomsten en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien gelden tussen partijen, welke rechtsgevolgen ook mede gelden voor de rechtverkrijgenden onder algemene titel, artikel 6:249 BW.

94 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001, *PB* L 82 van 22 maart 2001, p. 16 e.v.

95 Doorslaggevend voor de vraag of sprake is van overgang van onderneming is of de onderneming haar identiteit heeft behouden, zie onder meer Hof van Justitie EG 12 november 2009, C-466/07 (*Klarenberg/Ferrontron Technologies GmbH*).

hier buiten beschouwing.[96] Bij een overgang van onderneming dient op grond van artikel 6 van de Richtlijn de medezeggenschap behouden te worden. De Richtlijn maakt in dat artikel onderscheid tussen:

1) de onderneming die na overgang als eenheid blijft bestaan en
2) de onderneming die na overgang niet als eenheid blijft bestaan.

In het eerste geval blijft de OR bestaan, in het tweede geval niet.

Ad 1.
Artikel 6 lid 1 eerste alinea van de Richtlijn bepaalt dat indien de onderneming als eenheid blijft bestaan, dan:

> *'blijven de positie en de functie van de vertegenwoordigers of vertegenwoordiging van de bij de overgang betrokken werknemers behouden onder dezelfde voorwaarden als krachtens de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of een overeenkomst voor het tijdstip van overgang bestonden, mits aan de voorwaarden terzake van een werknemersvertegenwoordiging is voldaan.'*

Het medezeggenschapsorgaan blijft in dit geval dus bestaan. Hierop bestaan volgens de Richtlijn twee uitzonderingen, namelijk indien op grond van nationaal recht een nieuwe vertegenwoordiging samengesteld wordt, of indien sprake is van een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure, voor zover de lidstaat de nodige maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen dat de werknemers die overgaan, naar behoren worden vertegenwoordigd totdat er nieuwe werknemersvertegenwoordigers worden gekozen of aangewezen.[97].

Van belang is aldus of de onderneming 'als eenheid' blijft bestaan. Het Hof van Justitie heeft zich in 2010[98] voor het eerst uitgelaten over dit begrip in het zogenoemde UGT-FSP-arrest. Het Hof stelt daarin voorop dat het begrip 'als eenheid' niet moet worden uitgelegd als een

96 Zie bijvoorbeeld Zaal, die van mening is dat de or in dat geval niet automatisch verdwijnt, I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang van onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud', *ArA* 2010, 9. In dat geval zal moeten worden gekeken of de onderneming in de zin van de WOR (artikel 25 lid 1 sub c WOR) is blijven bestaan. Zie hierover: Rb. Leeuwarden (Vzr.) 14 oktober 2009, *JAR* 2009/281.

97 Nederland heeft niet de nodige maatregelen getroffen.

98 Hof van Justitie EG 29 juli 2010, C-151/09 (*UGT-FSP*).

synoniem van het begrip 'identiteit'.[99] Volgens het Hof van Justitie heeft de term 'als eenheid' betrekking op de bevoegdheid van een onderneming zich zelfstandig te organiseren, waarbij het Hof aansluit bij de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis van het begrip 'als eenheid'. Het Hof overweegt:

> *'Toegepast op een economische entiteit verwijst deze term naar de bevoegdheid van haar verantwoordelijken om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen de entiteit te organiseren ter voortzetting van haar eigen economische activiteit en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen en opdrachten te geven, om de taken te verdelen tussen de ondergeschikten binnen de betrokken entiteit en om te beslissen over de aanwending van de te harer beschikking staande materiële activa, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever. In beginsel is er dus sprake van voortbestaan als eenheid in de zin van artikel 6, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 wanneer de verantwoordelijken van de overgegane entiteit na de overgang in beginsel dezelfde organisatorische bevoegdheden hebben binnen de organisatiestructuur van de overnemer als die welke ze vóór de overgang bezaten binnen de organisatiestructuur van de overdrager.'*[100]

Het gaat daarbij dus om de interne organisatie van de onderneming. Indien de organisatie van de vervreemder volledig geïntegreerd wordt in de onderneming van de verkrijger – te denken valt aan de Klarenberg-situatie[101] – zal geen sprake zijn van behoud van eenheid. De OR zal dan ook niet overgaan. In de Nederlandse jurisprudentie van vóór UGT-FSP werd veelal aangesloten bij het begrip onderneming in de zin van de WOR (artikel 1 lid 1 sub c WOR). Dit blijkt niet richtlijnconform te zijn. Bij de vraag of een organisatie een onderneming is in de zin van de WOR, is immers doorslaggevend of deze zich naar buiten toe als een eenheid presenteert, terwijl het Hof van Justitie veel meer aandacht besteedt aan interne organisatiestructuren. In de Novio-zaak hanteerde de Kantonrechter Utrecht[102] wel de benadering van het Hof van Justitie. Implementatie is op dit

99 Hof van Justitie EG 29 juli 2010, C-151/09 (*UGT-FSP*), overweging 33 tot en met 36.

100 Hof van Justitie EG 29 juli 2010, C-151/09 (*UGT-FSP*), overweging 43 en 44.

101 Hof van Justitie EG 12 februari 2009, C-466/07 (*Klarenberg/Ferrontron Technologies GmbH*).

102 Ktr. Utrecht 29 augustus 2012, *JAR* 2012/267.

terrein niet nodig, de rechter kan tenslotte richtlijnconform interpreteren.

Als de onderneming als eenheid is blijven bestaan, gaat de OR mee over en wordt de verkrijger dus geconfronteerd met twee verschillende medezeggenschapsorganen. Dit betekent dat hij over sommige aangelegenheden twee keer advies of instemming moet vragen. Een mogelijke oplossing is het oprichten van een gemeenschappelijke OR (artikel 3 WOR). Hiervoor is wel vereist dat dit noodzakelijk is voor de goede toepassing van de WOR. Beide ondernemingen moeten bijvoorbeeld op financieel-organisatorisch en sociaal terrein nauw met elkaar verbonden zijn.

Of de onderneming als eenheid blijft bestaan, wordt vastgesteld op het moment van de overgang. In de praktijk zien wij vaak dat de onderneming op het moment van overgang nog wel als eenheid bestaat, maar later wordt geïntegreerd in de onderneming van de verkrijger. De vraag rijst of in dat geval de OR nog blijft bestaan. Naar onze mening blijft de OR die is overgegaan tot het einde van zijn zittingsduur bestaan, ook indien de onderneming na enige tijd volledig is geïntegreerd in de onderneming van de verkrijger. Na het 'toetsingsmoment' van de vraag of de onderneming als eenheid blijft bestaat (en dus of de OR mee overgaat), verandert dit niet meer. Om recht te doen aan de nieuwe situatie zal de verkrijger zo snel mogelijk nieuwe verkiezingen moeten houden. Als dit niet gebeurt, kunnen zich immers allerlei praktische problemen voordoen. De OR heeft immers vooral bevoegdheden die de onderneming betreffen. Als deze niet meer te identificeren is, kan het adviesrecht niet worden uitgebracht. Op basis van de huidige wetgeving is het niet mogelijk gedurende de zittingsduur van een OR nieuwe verkiezingen te houden. In de literatuur is er veelvuldig op gewezen de WOR zodanig te wijzigen dat na een overgang van onderneming binnen korte tijd – bijvoorbeeld binnen een half jaar – nieuwe verkiezingen moeten worden gehouden.[103] Wij sluiten ons daarbij aan. Zolang de WOR op dit punt niet gewijzigd is, zullen praktische oplossingen moeten worden gevonden. In de praktijk zien wij bijvoorbeeld dat de OR-leden van de na de overgang verdwenen onderneming worden toegevoegd aan de OR van de verkrijger, al hoewel artikel 6 lid 6 van de WOR daarvoor formeel geen mogelijkheid biedt. Deze situatie lijkt overigens veel op de hierna te bespreken situatie dat de

103 R.M. Beltzer, I. Zaal, Medezeggenschap na overgang van onderneming', *Ondernemingsrecht* 2009, 97, P.H. Burger, L.C.J. Sprengers, 'Behoud van medezeggenschap bij overgang van onderneming *TAP* 2009-special 2, p. 7-12.

onderneming niet als eenheid blijft bestaan. Wij verwijzen daarvoor naar de volgende paragraaf.

Ad 2.
Indien de onderneming niet als eenheid blijft bestaan, dienen de lidstaten, op grond van artikel 6 lid 1 vierde alinea, de nodige maatregelen te treffen om:

> *'ervoor te zorgen dat de bij de overgang betrokken werknemers die voor de overgang vertegenwoordigd waren, ook daarna gedurende de periode die noodzakelijk is voor de totstandkoming van de nieuwe samenstelling van de werknemersvertegenwoordiging of de nieuwe aanwijzing van werknemersvertegenwoordigers volgens de nationale wetgeving of praktijk (de overgangsperiode, toevoeging red.), naar behoren vertegenwoordigd blijven.'*

Het voorgaande houdt in dat het medezeggenschapsorgaan van de overgegane onderneming niet wordt overgenomen, maar dat voor de vertegenwoordigers nog wel een rol is weggelegd gedurende de overgangsperiode. Het Hof van Justitie[104] heeft een en ander verduidelijkt door te overwegen dat in een dergelijk geval het mandaat van de vertegenwoordigers van de bij de overgang betrokken werknemers in de overgangsperiode blijft voortbestaan. Niet geheel duidelijk is wat het Hof van Justitie bedoelt met het 'behoud van mandaat'. Onzes inziens wordt hiermee bedoeld dat de individuele OR-leden nog steeds worden geacht de overgekomen werknemers van de vervreemder te vertegenwoordigen. Dit zou kunnen impliceren dat deze vertegenwoordigers daartoe dan ook in staat moeten zijn, dus dat deze ook bevoegdheden moeten kunnen uitoefenen. Maar betekent dit bijvoorbeeld ook dat de OR-leden van de vervreemder al hun (bovenwettelijke) bevoegdheden behouden en deze kunnen afdwingen jegens de verkrijger? En behouden zij bijvoorbeeld hun individuele rechten op scholing, ontslagbescherming en vergaderen onder werktijd? Dit lijkt wel de bedoeling te zijn van de Richtlijn. Daarbij moet worden opgemerkt dat het tevens de bedoeling is dat dit 'overgangsmandaat' van zeer korte duur is, zodat ongewijzigde uitoefening van de bevoegdheden door de OR-leden niet onrechtvaardig is. Zo geldt in Duitsland het overgangsmandaat (Ubergangsmandat) voor maximaal 6 maanden, omdat binnen die termijn nieuwe verkiezingen moeten worden gehouden. Voor de

104 Hof van Justitie EG 29 juli 2010, C-151/09 (*UGT-FSP*), overweging 46.

toepassing van de vierde alinea van artikel 6 van de Richtlijn is het dus van groot belang dat de Nederlandse regering alsnog tot implementatie overgaat.

De Nederlandse regering is er ten onrechte vanuit gegaan dat een en ander afdoende was geregeld in de WOR en een aparte regeling aldus niet noodzakelijk was.[105] Daarbij nam de regering tot uitgangspunt dat de OR en de onderneming een ongedeelde eenheid vormen.[106] Dit houdt in dat indien de onderneming overgaat en als onderneming blijft bestaan, de OR blijft bestaan. Blijft de onderneming niet bestaan ('niet als eenheid'), dan houdt de OR ook op te bestaan. In de jurisprudentie wordt dit zo ingevuld dat wanneer de onderneming van de vervreemder niet haar eenheid behoudt, de OR van de verkrijger al het personeel vertegenwoordigt.[107] Deze redenering is naar onze mening op twee punten onjuist.

In de eerste plaats kan niet gezegd worden dat de OR van de verkrijger het personeel van de vervreemder vertegenwoordigt, nu zij geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de samenstelling van de OR.

In de tweede plaats wordt op basis van deze jurisprudentie niet voorzien in het behoud van mandaat voor de leden van de OR van de vervreemder. Zoals hierboven reeds is opgemerkt, lijkt de bedoeling van de Richtlijn te zijn dat OR-leden hun collectieve bevoegdheden – zoals advies- en instemmingsrechten – en hun individuele rechten – zoals faciliteiten – behouden tot het moment van verkiezingen. Denkbaar is dat deze leden aan de OR van de verkrijger worden toegevoegd, zodat zij op die manier hun mandaat behouden. Ook dit is onder het huidige recht niet mogelijk, nu geen tussentijdse aanpassing van het aantal OR-leden mogelijk is (artikel 6 lid 6 WOR). In 2012 vorderde de OR van Novio dat zijn leden na de overgang naar Hermes werden toegevoegd aan de OR van de laatste onderneming. De kantonrechter oordeelde dat hij deze voorziening niet kon toewijzen, en bevestigde in zijn uitspraak naar onze mening dat implementatie van artikel 6 van de Richtlijn noodzakelijk is. Hij overwoog, voor zover relevant, als volgt:

105 *Kamerstukken I* 2001/02, 26 469, nr. 163b, p. 1-3.

106 *Kamerstukken I* 2001/02, 26 469, nr. 163b, p. 2.

107 Zie onder meer Rb. Leeuwarden 9 februari 1995, *KG* 1995, 213, Rb. Leeuwarden (Vzr.) 14 oktober 2009, *JAR* 2009/281 en Ktr. Utrecht 29 augustus 2012, *JAR* 2012/267.

'Waar het bij gebreke van een wettelijke voorziening in de WOR verdedigbaar is dat artikel 6 lid 1, eerste alinea van de richtlijn aldus moet worden opgevat dat ingeval de onderneming na overgang als eenheid blijft bestaan de ondernemingsraad met de onderneming waarvoor hij is ingesteld mee overgaat, daar richt de vierde alinea van dat artikellid zich in het geval de eenheid niet blijft bestaan met zoveel woorden tot de lidstaten. Zij moeten in de nationale regeling een voorziening opnemen die ertoe leidt dat de werknemers die met de onderneming mee overgaan behoorlijk vertegenwoordigd blijven. Zoals ook de bedrijfscommissie in de aan dit geding voorafgegane bemiddeling heeft onderkend, maar tevens in de literatuur wordt onderschreven, zijn er verschillende voorzieningen denkbaar die kunnen waarborgen dat de bij de overgang overgekomen werknemers behoorlijk vertegenwoordigd blijven totdat een nieuwe ondernemingsraad aantreedt. Daarvan is de op 30 april 2012 door OR Hermes voorgestelde uitbreiding van het aantal leden van zijn raad er één. Het is aan de wetgever om, indien alsnog reden zou worden gezien voor een aanpassing van de WOR op dit punt, een afweging en een keuze te maken. De burgerlijke rechter – hoe "lenig" in zijn uitleg ook – heeft, ook bij een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht, de grondwettelijke taakverdeling tussen wetgeving en rechtspraak te respecteren.'[108]

7.6.3 De ondernemingsovereenkomst na fusie

Nu wij hebben vastgesteld in welke gevallen de OR van de vervreemder overgaat op de verkrijger en wat er gebeurt als de onderneming niet als eenheid blijft bestaan, gaan we in deze paragraaf in op de vraag of een ondernemingsovereenkomst, gesloten tussen de vervreemder en de OR van de vervreemder, mee overgaat. Wij maken daarbij onderscheid tussen de verschillende overeenkomsten zoals deze aan het begin van deze bijdrage zijn opgesomd. Hierna wordt opnieuw een onderscheid gemaakt tussen:

1) de situatie dat de onderneming als eenheid blijft bestaan en
2) de situatie dat de onderneming niet als eenheid blijft bestaan.

Vooropgesteld dient te worden dat het antwoord op de vraag wat er gebeurt met de ondernemingsovereenkomst bij een overgang van

108 Ktr. Utrecht 29 augustus 2012, *JAR* 2012/267.

onderneming niet is terug te vinden in de WOR. We vallen dus terug op de Richtlijn en op het algemene verbintenissenrecht.

Ad 1.

De eerste alinea van artikel 6 van de Richtlijn bepaalt dat indien de onderneming als eenheid blijft bestaan, de positie en de functie van de werknemersvertegenwoordigers behouden blijven onder dezelfde voorwaarden als krachtens de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of een *overeenkomst* voor het tijdstip van overgang bestonden. De Richtlijn regelt dus expliciet dat de werknemersvertegenwoordigers hun positie op basis van de ondernemingsovereenkomst behouden. Dit betekent dat de OR van de vervreemder ook jegens de verkrijger bovenwettelijke bevoegdheden uit een ondernemingsovereenkomst kan uitoefenen en dat daarbij de afgesproken interpretatie geldt. Hetzelfde geldt onzes inziens voor ondernemingsovereenkomsten die de faciliteiten van de OR en zijn leden regelen. Als de ondernemingsovereenkomst een bevoegdheidsverdeling tussen de lokale OR en de COR of GOR regelt (competentieverdeling) en als niet al deze medezeggenschapsorganen overgaan, zal de ondernemingsovereenkomst echter eindigen, omdat een van de partijen wegvalt. Een en ander betekent dat de verkrijger geconfronteerd kan worden met twee ondernemingsraden met verschillende bevoegdheden en faciliteiten. Indien de onderneming en de OR blijven bestaan, treedt de verkrijgende onderneming als contractspartij met betrekking tot de ondernemingsovereenkomst in de plaats van de vervreemdende onderneming. Laagland[109] wijst in het kader van een juridische fusie terecht op artikel 2:309 BW, waarin wordt bepaald dat de verkrijgende onderneming het gehele vermogen onder algemene titel verkrijgt van de vervreemdende onderneming, waaronder ook wordt verstaan de contractuele verplichtingen jegens de OR. De verkrijger kan de ondernemingsovereenkomst niet zomaar opzeggen, zoals reeds eerder aan de orde kwam. De overgang van onderneming kan een omstandigheid zijn die bijdraagt aan de conclusie dat sprake is van een zwaarwegende reden voor opzegging, maar is dat niet in ieder geval. De overgang van onderneming kleurt de omstandigheden van het geval in, maar per geval zal moeten worden aangetoond dat sprake is van een zwaarwegende reden voor opzegging. De aard van de overeenkomst zal daarbij een belangrijke rol spelen.

109 F.G. Laagland, *De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 389.

Bij de ondernemingsovereenkomst die gevolgen heeft voor de rechten van derden moet een onderscheid worden gemaakt tussen de positie van de OR en de positie van de derden. Indien de OR bij de vervreemder het recht had om in overleg met de ondernemer bepaalde arbeidsvoorwaarden vast te stellen, gaat deze bevoegdheid naar onze mening over op de verkrijger. Ten aanzien van dit onderdeel is er nagenoeg geen verschil met de overeenkomst waarin de bevoegdheden van de OR worden uitgebreid. Dit is slechts anders indien de verkrijger onder een cao valt waarin de onderwerpen waarop de bevoegdheden van de OR zien uitputtend worden geregeld (zie artikel 32 lid 3 WOR). In dat geval zijn de bij cao geregelde bevoegdheden het uitgangspunt, ook indien deze cao bij de vervreemder niet van toepassing was.

Ten aanzien van de positie van derden die rechten hebben ontleend aan de ondernemingsovereenkomst geldt dat indien deze rechten reeds doorwerken in de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld als gevolg van incorporatie, deze op grond van artikel 7:663 BW overgaan op de verkrijger. De rechten zijn dan immers onderdeel van de individuele arbeidsovereenkomst geworden.

In de ondernemingsovereenkomst kunnen echter ook aanspraken van derden zijn overeengekomen die pas in de toekomst te gelde kunnen worden gemaakt, zoals een werkgarantie. Indien de onderneming als eenheid blijft bestaan, gaat deze verplichting mee over op de verkrijger. In het geval van een derdenbeding zal de derde – de werknemer – toepassing jegens de verkrijger (stilzwijgend) moeten aanvaarden. Dit is ook nog mogelijk na de overgang.

Ad 2.

Blijft de onderneming na de overgang niet als eenheid bestaan, dan houdt de OR op te bestaan. In dat geval komt de ondernemingsovereenkomst tot een einde, nu in ieder geval één van de contractspartijen is opgehouden te bestaan, en er geen sprake is van rechtsverkrijging onder algemene titel (artikel 6:249 BW).[110] De ondernemingsovereenkomst houdt daarmee van rechtswege op te bestaan. De vraag is of dit betekent dat de voormalige OR-leden hun extra bevoegdheden en faciliteiten uit deze overeenkomst verliezen. Dit hangt af van de uitleg van het begrip 'behoud van mandaat'. Verdedigbaar is dat behoud van mandaat zo moet worden uitgelegd dat de voormalige OR-leden al hun bevoegdheden en faciliteiten –

110 Van een overgang onder algemene titel is alleen sprake indien de onderneming overgaat door middel van een juridische fusie.

dus zowel de wettelijke als de bovenwettelijke – behouden. Ten aanzien van de bovenwettelijke bevoegdheden is in dat geval sprake van 'quasi-binding', nu de ondernemingsovereenkomst niet meer bestaat omdat één van de partijen – de OR – is opgehouden te bestaan. Nadat er nieuwe verkiezingen zijn, vervallen dan ook de aanspraken uit de ondernemingsovereenkomst en de verkrijger hoeft deze niet op te zeggen. Nu er in het Nederlandse recht niets is geregeld over de positie van de overgenomen OR-leden zou de hierboven beschreven strikte uitleg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie tot de vreemde situatie leiden dat deze werknemers hun wettelijke en bovenwettelijke bevoegdheden en faciliteiten behouden, terwijl ze geen zitting hebben in een medezeggenschapsorgaan.[111] De OR van de vervreemder is immers opgehouden te bestaan en zij worden naar Nederlands recht niet toegevoegd aan de OR van de verkrijger. Ook dit probleem illustreert dat de Nederlandse regering artikel 6 van de Richtlijn alsnog moet implementeren.

De positie en rechten van derden, ontleend aan de ondernemingsovereenkomst is ingewikkelder. Ook in deze situatie geldt dat indien de rechten vóór de overgang zijn doorgewerkt in de arbeidsovereenkomst, deze op grond van de Richtlijn die in artikel 7:662 e.v. BW overgaan. Er is immers wel sprake van een overgang van onderneming, ook al is de eenheid van de onderneming niet behouden gebleven. Als de ondernemingsovereenkomst door de overgang ophoudt te bestaan, zal in het geval van een derdenbeding de vereiste (al dan niet stilzwijgende) aanvaarding door de werknemer vóór de overgang dienen plaats te vinden. Een en ander moet dan dus ook al kenbaar zijn voor de werknemer. In dat geval ontleent de werknemer een recht aan de overeenkomst, en komt dit recht op zichzelf te staan, ongeacht of de overeenkomst na de overgang teniet is gegaan. De vraag is vervolgens wel hoe de werknemer het recht kan afdwingen. Onzes inziens moet dit worden gezocht in de algemene beschermingsregels bij overgang van onderneming, zoals hiervoor benoemd. Als de ondernemingsovereenkomst is geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst, al dan niet door middel van een collectieve regeling, komt het aan op de uitleg van dit beding (aan de hand

111 Het afdwingen van deze bevoegdheden door het starten van een procedure hierover is niet zonder risico, want het is maar zeer de vraag of deze vertegenwoordigers aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de kosten van hun deskundige, en of ook voor hen geldt dat zij niet in de proceskosten kunnen worden veroordeeld. Zie hierover: E.L.J. Bruyninckx en G.W. van der Voet, 'Vergoeding van de kosten van medezeggenschapsorganen niet goed geregeld', *TAP* 2010, p. 292 en 293.

van de Haviltex-norm). De grondslag van het verkregen recht, namelijk de overeenkomst, bestaat immers niet meer. Hierbij is een belangrijke rol voor de ondernemer en/of OR weggelegd, die de werknemers dient te informeren over de inhoud van de ondernemingsovereenkomst, zodat deze het derdenbeding kan aanvaarden. Of sprake is van een derdenbeding en of een werknemer hieraan daadwerkelijk rechten kan ontlenen, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Dit dient plaats te vinden aan de hand van de Haviltex-norm.[112]

7.6.4 Conclusie

Deze paragraaf concentreert zich op het voortbestaan van de ondernemingsovereenkomst na een fusie. Geconcludeerd kan worden dat indien de onderneming 'als eenheid' blijft bestaan, de OR na de fusie eveneens blijft bestaan, evenals (in beginsel) de met de vervreemder gesloten ondernemingsovereenkomst. De rechten en verplichtingen uit de ondernemingsovereenkomst gaan aldus mee over. Indien individuele werknemers rechten ontlenen aan de ondernemingsovereenkomst gaan deze over op basis van artikel 7:663 BW, of op basis van een derdenbeding. De wet regelt hier overigens niets over. Het is onzes inziens wenselijk dat in de WOR wordt opgenomen dat bij een overgang van onderneming waarbij de onderneming haar eenheid behouden heeft, de OR van rechtswege over gaat op de verkrijger en daarbij al zijn wettelijke en bovenwettelijke bevoegdheden behoudt.

Voor het geval dat de onderneming niet als eenheid blijft bestaan, is onduidelijk wat er gebeurt met de ondernemingsovereenkomst. Artikel 6 vierde alinea van de Richtlijn bepaalt dat de lidstaten maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de werknemers van de vervreemder vertegenwoordigd blijven. Nederland heeft deze bepaling ten onrechte niet geïmplementeerd, waardoor deze maatregelen ontbreken. Het Hof van Justitie heeft in de zaak UGT-FSP bepaald dat de overgenomen werknemersvertegenwoordigers hun mandaat behouden tot het moment dat nieuwe verkiezingen worden gehouden. Hiermee zou het Hof kunnen bedoelen dat de werknemersvertegenwoordigers al hun wettelijke en bovenwettelijke bevoegdheden en faciliteiten behouden. In de Nederlandse situatie is dat moeilijk denkbaar omdat deze werknemers geen zitting meer hebben in een orgaan. Op dit punt is implementatie noodzakelijk. Wij stellen voor dat de Nederlandse regering in ieder geval in de wet

112 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635. Zie ook P.G. Vestering, a.w. (noot 41).

opneemt dat in het geval dat de onderneming haar eenheid verliest binnen zes maanden nieuwe verkiezingen worden gehouden. Tot het moment van deze verkiezingen dienen de voormalige OR-leden van de vervreemder te worden toegevoegd aan de OR van de verkrijger. Tijdens dit zogenoemde overgangsmandaat behouden zij al hun wettelijke en bovenwettelijke bevoegdheden en faciliteiten. Voor derden die rechten ontlenen aan de ondernemingsovereenkomst geldt dat deze op dezelfde wijze overgaan als in het geval van behoud van eenheid, nu dit niet op basis van artikel 6 van de Richtlijn, maar op basis van artikel 7:663 BW geschiedt.

7.7 Conclusie

Artikel 32 lid 2 WOR bevat een summiere definitie van de ondernemingsovereenkomst. Onder de reikwijdte van deze bepaling vallen veel verschillende soorten overeenkomsten. Zo zijn er interpretatieovereenkomsten, overeenkomsten die de bevoegdheden van de OR uitbreiden, afspraken tussen verschillende medezeggenschapsorganen en zelfs ondernemingsovereenkomsten die de positie van derden – zoals individuele werknemers – beïnvloeden. Vanwege de grote variëteit aan overeenkomsten is het lastig eenduidige regels te stellen. Bij een eventuele herziening van de regeling inzake de ondernemingsovereenkomst zou de wetgever meer rekening kunnen houden met de verschillende vormen van de ondernemingsovereenkomst. Zo is er naar onze mening een groot verschil tussen een ondernemingsovereenkomst, waarin de bevoegdheden worden uitgebreid en overeenkomsten waarin bevoegdheden worden overgedragen aan andere medezeggenschapsorganen, faciliteitenregelingen en interpretatiebijeenkomsten. Dit onderscheid is niet alleen relevant bij de rechtsgeldigheid van de overeenkomst, maar ook bij de opzegging en de vraag of de OR-leden of derden na een overgang van onderneming nog rechten aan de ondernemingsovereenkomst kunnen ontlenen. Ook de rechter zou naar onze mening de aard van de overeenkomst meer kunnen laten meewegen. Naast deze algemene conclusie hebben wij in de vorige paragrafen enkele aanbevelingen aan de wetgever en de praktijk gedaan. Deze aanbevelingen herhalen we hieronder kort.

Aanbevelingen aan de wetgever:

- schrap de verplichte toezending van een ondernemingsovereenkomst aan de bedrijfscommissie

- implementeer artikel 6 van de Richtlijn overgang van onderneming
- neem in artikel 35 WOR op dat de OR, COR en/of GOR afspraken kunnen maken over de onderlinge verdeling van bevoegdheden.

Aanbeveling voor de praktijk:

- zorg dat in de ondernemingsovereenkomst iets is geregeld over de duur en de opzegging van ondernemingsovereenkomsten;
- is niets geregeld, zeg de ondernemingsovereenkomst dan alleen op na voorafgaand overleg, gemotiveerd en onder aanvoering van een voldoende zwaarwegende reden en met in achtneming van een redelijke opzegtermijn.

8 Verschil moet er zijn

Wanneer bevinden werknemers zich voor de toepassing van de gelijke behandelingswetgeving in een vergelijkbare situatie?

*P.C. Vas Nunes**

8.1 Inleiding

Binnen het arbeidsrecht is gelijke behandeling vanwege het hoge abstractieniveau een van de lastigere leerstukken. Dit abstractieniveau manifesteert zich vooral bij de 'voorvraag', die vaak ten onrechte wordt overgeslagen, te weten of de vergeleken situaties wel echt vergelijkbaar zijn (par. 8.3). In deze bijdrage doe ik een poging de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG/EU (hierna: *'het Hof'*) op dit punt te volgen en te analyseren (par. 8.4 en 8.5). Voor ik daartoe overga zal ik eerst kort even stilstaan bij de vraag waarom de ontwikkeling van het leerstuk van de gelijke behandeling in Nederland trager lijkt te verlopen dan in Angelsaksische landen (par. 8.2).

8.2 De ontwikkeling van het leerstuk gelijke behandeling

Oud nieuws: het leerstuk van de gelijke behandeling is sinds de jaren zeventig bezig aan een langzame maar gestage opmars binnen de Nederlandse arbeidsrechtelijke praktijk. De vraag is niet of deze opmars doorzet – dat doet zij zeker – maar waarom zij niet sneller is

* *Peter Vas Nunes is advocaat bij advocatenkantoor BarentsKrans te Den Haag.* *Hij dankt mr. A.W. van Leeuwen voor zijn kritische opmerkingen op het concept van deze bijdrage.*

gegaan. In een land als het Verenigd Koninkrijk besteden arbeidsrechtspecialisten al langere tijd een substantieel gedeelte van hun werktijd aan het behandelen van gelijke behandelingsvraagstukken en geschillen, terwijl veel van hun continentale collega's slechts zelden, of vaak zelfs helemaal niet met discriminatieclaims te maken hebben.[1] Een eerste reden hiervoor is: Engelse werknemers genieten weinig ontslagbescherming (en daardoor weinig inkomens- en overige bescherming), veel minder dan hun collega's op het vaste land en zeker minder dan de meeste Nederlandse werknemers sinds 1940 dankzij de unieke preventieve ontslagtoets genieten. Iets overdreven gezegd: in het Verenigd Koninkrijk hebben werknemers, anders dan in ons land, weinig andere middelen dan de regels over gelijke behandeling om voor hun belangen op te komen, zij moeten het van die regels hebben.

Een andere reden voor de betrekkelijk langzame opmars van het gelijke behandelingsrecht in de Nederlandse arbeidsrechtelijke praktijk is dat ons arbeidsrecht zich bedient van allerlei 'vage normen' zoals goed werkgever- en werknemerschap, kennelijke onredelijkheid, gewichtige reden, zorgplicht, re-integratieverplichtingen en zwaarwichtig belang. Een werkgever die discrimineert handelt niet als goed werkgever, dus zijn gedrag kan ook zonder rechtstreekse toepassing van het gelijke behandelingsrecht worden bestreden. Dankzij deze vage normen is er weinig behoefte aan het leerstuk van de gelijke behandeling. Hetzelfde resultaat dat met dat leerstuk valt te behalen kan op andere, meer vertrouwde wijze worden bereikt. Dit is anders op terreinen zoals bijvoorbeeld het fiscale recht, waar de praktijk zich al langer en intensiever dan in het arbeidsrecht van het gelijke behandelingsleerstuk bedient. Fiscalisten hebben dat recht blijkbaar harder nodig dan civilisten.

Een derde reden voor de nog altijd geringe rol van gelijke behandeling in het Nederlandse arbeidsrecht is dat, gemiddeld genomen, de juristen die bijstand verlenen aan werknemers – degenen die discriminatieclaims zouden kunnen aandragen – over het algemeen minder zijn gespecialiseerd dan de advocaten die doorgaans voor werkgevers optreden.

Een vierde reden is dat het gelijke behandelingsrecht niet inheems is. Het is ons door 'Brussel' opgedrongen.

Een vijfde reden waarom het gelijke behandelingsrecht voor veel advocaten nog een ver van mijn bed show is, heeft te maken met het

1 Een Engelse advocaat op een groot in arbeidsrecht gespecialiseerd advocatenkantoor, die ik hiernaar vroeg, schat dat zij en haar collega's een kwart van hun tijd besteden aan gelijke behandelingsvraagstukken.

soms nogal hoge abstractieniveau van de toe te passen leerstukken. Zo is de vraag wie met wie en wat met wat te vergelijken vaak een lastige.[2] De jurisprudentie is bovendien niet altijd consistent, soms zelfs op het ondoorgrondelijke af.

Ongetwijfeld zijn er nog meer redenen ter verklaring van het achterblijven van de discriminatiepraktijk in arbeidsrechtelijk Nederland. Het zou best een studie waard zijn om de redenen uit te diepen. In deze bijdrage wil ik daartoe geen aanzet doen, zeker nu ons land bezig is met een inhaalslag, vooral door de introductie eind 2003/ begin 2004 van de discriminatieverboden op grond van handicap/ chronische ziekte en leeftijd, de twee snelste 'groeiers' in de gelijke behandelingsjurisprudentie. Wel wil ik ingaan op de vraag, die nog altijd onder sommige juristen lijkt te leven, of we in Nederland behoefte hebben aan gelijke behandelingsrecht in arbeidsverhoudingen. Zijn we niet in staat om met ons dogma van ongelijkheidscompensatie in combinatie met onze vage normen een redelijk resultaat te bereiken? Is het gelijke behandelingsrecht voor de Nederlandse arbeidsrechtelijke praktijk niet meer dan een kers op de reeds rijkelijk gevulde taart van het 'gewone' arbeidsrecht? Verschillende recente uitspraken van het Hof dwingen tot een ontkennende beantwoording van deze vraag. Eén daarvan is het arrest *Kuso* van 12 september 2013.[3] Het laat zien dat ook in Nederland het gelijke behandelingsrecht in een wezenlijke behoefte voorziet.

De uitspraak in *Kuso* zou voor arbeidsrechtelijk Nederland een *wake up call* moeten zijn. Zij bevestigt namelijk iets dat naar mijn indruk nog niet overal lijkt te zijn doorgedrongen, namelijk dat

2 'Vgl. T. Jaspers: 'Verplichte vervroegde pensionering van piloten: leeftijdsdiscriminatie?', *ArA* 2013 p. 50, naar aanleiding van HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/396 (*Van de Pol e.a./KLM en VNV*), waarin de Hoge Raad ongelijke behandeling van de tot vervroegde pensionering gedwongen verkeersvliegers aanwezig vond nu zij ongunstiger werden behandeld dan 'andere economisch actieven', daarmee impliciet oudere en jongere verkeersvliegers vergelijkbaar achtend. De A-G Keus en annotator Bruyninckx stellen twee vergelijksvraagstukken aan de orde: (i) kan een oudere verkeersvlieger, gelet op zijn lichamelijke conditie, wel worden vergeleken met een jongere collega en (ii) moet men niet redeneren dat iedere verkeersvlieger in dienst van de KLM ooit de verplichte pensioenleeftijd zal bereiken, zodat de KLM niet ongelijk maar juist iedereen gelijk behandelt? Vraag (ii) betreft de keuze van de referentiegroep en raakt daarmee het hart van de vergelijkingsproblematiek. Jaspers schrijft dienaangaande 'dat voorkomen moet worden dat bij het klein of specifiek maken van de referentiegroep (...) de bescherming tegen leeftijdsdiscriminatie sterk aan waarde inboet, zo niet haar effectiviteit verliest'.

3 HvJ EU 12 september 2013 zaak C-614/11; *JAR* 2013/264 (*Kuso*).

werknemers wel degelijk in rechte kunnen opkomen tegen het niet-verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.[4] Zeker wanneer dat niet-verlengen discriminatoir is, valt het effectief te bestrijden. Ik verwijs naar het recente artikel hierover van Dekker.[5] Ik wil het in deze bijdrage niet hebben over dit aspect van *Kuso*, maar over een ander aspect van die uitspraak. Het hof gaat in *Kuso* namelijk ook in op de zogenaamde maatmanproblematiek.

8.3 De maatmanproblematiek

Veldman schreef in 2010 een lezenswaardig artikel onder de titel 'Wat zijn gelijke gevallen? De vergelijkingsmaatstaf in het (Europees) arbeidsrecht'.[6] Het artikel opent met de observatie dat de uitkomst van gelijke behandelingsgeschillen, althans in 'hard cases', soms volledig bepaald lijkt te worden door de keuze wie nu met wie vergeleken moet worden, ofwel de zogenoemde maatman- (beter nog:) maatpersoon-problematiek. In de meeste gevallen is deze keuze wel duidelijk. In die gevallen concentreert zich de discussie op de daaropvolgende vraag, namelijk of er een rechtvaardigingsgrond voor het onderscheid bestaat, aldus Veldman. Eigenlijk komt de vraag naar de (juiste) maatman volgens Veldman alleen aan de orde in de lastigere gevallen. In die gevallen moet op een concrete situatie een abstract beginsel worden toegepast, te weten dat, in vergelijkbare situaties, gelijke gevallen gelijk en (moeilijker) ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld.

Een illustratief geval waar de uitkomst van een gelijke behandelingsgeschil volledig door de maatmankeus werd bepaald is *Gruber*.[7] De zaak betrof Oostenrijkse wetgeving die bepaalt dat een werknemer die om bepaalde in de wet opgesomde dringende redenen (mishandeling door de werkgever, onveilige arbeidsomstandigheden, etc.) ontslag neemt, recht heeft op een zekere ontslagvergoeding. Een werknemer die zonder zo'n dringende reden opzegt krijgt niets. Echter, neemt de werknemer (m/v) ontslag in verband met (kort gezegd:) de verzorging van een jong kind, dan heeft hij of zij recht op een ontslagvergoeding gelijk aan de helft van de bedoelde vergoeding. Mevrouw Gruber, die na de geboorte van haar tweede kind

4 P.C. Vas Nunes: De bepaalde tijder is niet vogelvrij, *SMA* 2004/1 p. 6.
5 F.M. Dekker in *AR Updates* annotaties 30 oktober 2013.
6 *TAP* Special 2010/3, p. 11.
7 HvJ EG 14 september 1999, zaak C-249/97, Jur. 1999 I bldz. 5295; *JAR* 1999/236 (*Gruber/Silhouette*).

ontslag nam, kreeg conform deze wettelijke regeling een halve ontslagvergoeding. Zij maakte echter aanspraak op een hele vergoeding, stellende dat haar ontslagname was ingegeven door dringende redenen, te weten de ontoereikende voorzieningen voor kinderopvang in haar woonplaats. Volgens haar was de Oostenrijkse wet in strijd met het EG-Verdrag. Zodoende kwam de zaak terecht bij het Hof. Dat boog zich over de vraag wie met wie moest worden vergeleken:

- de werknemer die ontslag neemt in verband met de verzorging van een jong kind met de werknemer die ontslag neemt om een dringende reden, in welk geval de verzorger zou worden achtergesteld bij de dringende ontslagnemer, zodat sprake zou zijn geweest van discriminatie, of
- de werknemer die ontslag neemt in verband met de verzorging van een jong kind met een werknemer die 'gewoon' (zonder dringende reden) ontslag neemt, in welk geval de verzorger juist wordt bevoordeeld, zodat van discriminatie geen sprake is.

Het Hof koos, in tegenstelling tot de Commissie, voor de tweede benadering, met als (enige) motivering (r.o. 32-33) dat de situaties waarin de werknemer recht heeft op een volledige vergoeding:

> *'(...) met elkaar gemeen hebben dat zij verband houden met de arbeidsvoorwaarden binnen de onderneming of met het gedrag van de werkgever, waardoor voortzetting van de arbeid volstrekt onmogelijk wordt, zodat van de werknemer niet kan worden verlangd dat hij zijn arbeidsverhouding voortzet....'*

Impliciet zegt het Hof: een werknemer (m/v) die ontslag neemt om voor een pasgeboren kind te zorgen doet dat vrijwillig en dat lijkt meer op de situatie van een werknemer die 'gewoon' ontslag neemt dan op de situatie van een werknemer die om een dringende reden opzegt.

De zaak *Gruber* laat zien hoe lastig, maar ook hoe belangrijk de 'voorvraag' naar de juiste maatman kan zijn. Het is dan ook opvallend hoe vaak deze voorvraag niet wordt gesteld. In de woorden van Van Riemsdijk:

> *'Strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is alleen dan aan de orde als er sprake is van mensen die zich in een gelijke situatie of positie bevinden. Als een vrouw met een auto belasting betaalt en een man zonder auto niet dan is dat niet omdat de vrouw een*

vrouw is, maar vanwege het bezit van een auto. Het lijkt vanzelfsprekend, maar in de dagelijkse uitvoeringspraktijk wordt het veelvuldig vergeten en wordt het ongelijke behandelingsargument te pas en te onpas gebruikt zonder dat men zich de voorvraag stelt of er eigenlijk wel sprake is van gelijke gevallen.' [8]

In zijn inleiding bij de VvA publicatie 'Eenheid in verscheidenheid'[9] schreef Van Leeuwen:

'...vergelijken is niet altijd even eenvoudig.'

Die publicatie liet met opzet de weerbarstige maatmanproblematiek onbesproken. Deze bijdrage beoogt alsnog een aanzet te geven tot een diepere gedachtewisseling over dat onderwerp, dit naar aanleiding van het recente *Kuso* arrest. In de aanloop naar een bespreking van dat arrest wordt bij wijze van achtergrond stilgestaan bij enkele eerdere arresten van het Hof waarin de problematiek speelde, te weten de arresten *Burton* (1982),[10] *Barber* (1990),[11] *Roberts* (1993),[12] *Abdoulaye* (1999),[13] *Griesmar* (2001),[14] *Hlozek* (2004),[15] *Arcelor* (2008)[16] en *Kleist* (2010).[17] Dit zijn slechts enkele van de vele arresten die (enig, maar onvoldoende) licht werpen op de maatmanproblematiek (denk alleen al aan de arresten over 'gelijke waarde', zoals *Wiener Gebietskrankenkasse*[18] en *Brunnhofer*,[19] en

8 Annotatie onder Hof Amsterdam 25 januari 2011 in *PJ* 2011/46.
9 Reeks VvA nr. 40 Kluwer: Deventer 2011.
10 HvJ EG 16 februari 1982, zaak C-19/81, Jur. 1982 bldz. 554 (*Burton*).
11 HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88, Jur. 1990 I bldz. 1889; *NJ* 1992/436 (*D.H. Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*).
12 HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, Jur. 1994 I bldz. 5597; *JAR* 1994/48 (*Birds Eye Walls Ltd/F.M. Roberts*).
13 HvJ EG 16 september 1999, zaak C-218/98, Jur. 1999 I bldz. 5723; *JAR* 1999/216 (*Abdoulaye e.a./Renault*).
14 HvJ EG 29 november 2001, zaak C-366/99, Jur. 2001 I bldz. 9383 (*Joseph Griesmar/Ministre de l'Économie*).
15 HvJ EG 9 december 2004, zaak C-19/02, Jur. 2004 I bldz. 11491; *JAR* 2005/16 (*Viktor Hlozek/Roche Austria GmbH*).
16 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-127/07, Jur. 2008 I bldz. 9895; *NJ* 2009/219 (*Arcelor Atlantique*).
17 HvJ EG 18 november 2010, zaak C-356/09, Jur. 2010 I, bldz. 11939; *NJ* 2011/67 (*Pensionversicherungsanstalt/Christine Kleist*).
18 HvJ EG 11 mei 1999, zaak C-309/97, Jur 1999 I bldz. 2865; *NJ* 1999/765 (*Gebietskrankenkasse).*
19 HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99, *JAR* 2001/159 (*Brunnhofer/Postsparkasse*)

aan de arresten over bonus en zwangerschap zoals *Gillespie*,[20] *Brown*[21] en *McKenna*[22]), zeker wanneer men de niet-arbeidsrechtelijke uitspraken van het Hof – de grote meerderheid – meetelt. De besproken uitspraken zijn volgens mij echter voldoende om tenminste enig inzicht te verwerven in waar het om gaat.

8.4 Rechtspraak

8.4.1 Burton (1982)

Bij British Railways gold een VUT-regeling die werknemers de mogelijkheid bood om vijf jaar voor hun pensioenleeftijd vrijwillig uit te treden onder bepaalde, gunstige voorwaarden. De pensioenleeftijd was, conform de toenmalige Britse AOW, 65 voor mannen en 60 voor vrouwen. Dus was de VUT-leeftijd 60 respectievelijk 55. De heer Burton vroeg op zijn 58e, na een 42-jarig dienstverband, een VUT-uitkering aan. Zijn verzoek werd afgewezen omdat hij nog geen 60 was. Hij beriep zich op de Britse gelijke behandelingswetgeving met het betoog: als ik een vrouw was geweest zou ik recht op een VUT-uitlering hebben gehad, ik word dus vanwege mijn geslacht ongunstiger behandeld. Het Employment Appeal Tribunal stelde prejudiciële vragen.

In 1982 placht het hof korter te motiveren dan nu. Ook in *Burton* was dit het geval. Het hof stelde vast dat het geschil niet viel onder de gelijke *beloning*swetgeving (het toenmalige artikel 119 van het EG Verdrag en Richtlijn 75/117), nu het geschil niet de hoogte van de VUT-uitkeringen betrof, maar (slechts) onder Richtlijn 76/207 over gelijke *behandeling*, nu het ging om ontslagvoorwaarden. Na overwogen te hebben dat het begrip 'ontslag' in Richtlijn 76/207 ruim moet worden uitgelegd, in die zin, dat het ook vrijwillige ontslagsituaties dekt, memoreerde het hof dat het de lidstaten vrij staat de AOW-leeftijd voor mannen en vrouwen verschillend vast te stellen (artikel 7 van Richtlijn 79/7) en dat het verschil in uittreedleeftijden in de VUT-regeling van British Railways was gekoppeld aan het aldus toegestane verschil in AOW-leeftijd. Deze overwegingen volstonden blijkbaar om tot de volgende conclusie te komen (r.o. 15 en 16):

20 HvJ EG 13 februari 1996, zaak C-342/93, Jur. 1996 I bldz. 475; *JAR* 1996/97 (*Gillespie*).

21 HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, *JAR* 1998/198 (*Brown*).

22 HvJ EG 8 september 2005, zaak C-191/03, *JAR* 2005/236 (*McKenna*).

'(...) Deze uitkeringen worden op gelijke wijze berekend, ongeacht het geslacht van de werknemer. Het enige verschil tussen de uitkeringen voor mannen en die voor vrouwen vloeit voort uit het feit dat de in de nationale wetgeving voorziene minimumpensioenleeftijd voor mannen en vrouwen niet dezelfde is.

Onder deze omstandigheden kan het verschil in de leeftijd waarop mannen en vrouwen vrijwillig kunnen uittreden, niet worden beschouwd als een discriminatie in de zin van richtlijn nr. 76/207.'

Nu de verwijzende rechter niet met zoveel woorden vroeg of de heer Burton vergelijkbaar was met een 58-jarige vrouw, hoefde het Hof die vraag niet te beantwoorden. Men kan aarzelen of het hof dat impliciet niet toch heeft gedaan. Ik zie niet dat dit zo is. Het Hof redeneert eenvoudig: de lidstaten mogen m/v verschillende wettelijke pensioenleeftijden vaststellen; de verschillende VUT-leeftijden zijn gekoppeld aan het toegelaten leeftijdsverschil in wettelijk pensioen; dus is geen sprake van ongelijke behandeling. De vergelijkbaarheidsvraag werd eenvoudig niet gesteld. Wanneer men deze uitspraak uit 1982 vergelijkt met de hieronder te bespreken latere uitspraken, waarin de 'maatmanvraag' explicieter aan de orde kwam, komt het beeld naar voren dat het Hof die vraag gaandeweg verder is gaan uitwerken.

8.4.2 Barber (1990)

Bij de Britse werkgever van de heer Barber gold een pensioenregeling waarbij de normale pensioengerechtigde leeftijd voor mannen op 62 en voor vrouwen op 57 lag. Dit verschil van vijf jaren kwam overeen met het toenmalige leeftijdsverschil in gerechtigdheid voor het staatspensioen, namelijk 65 voor mannen en 60 voor vrouwen (een onderscheid dat volgens Richtlijn 79/7 nog altijd is toegestaan!). Verder gold bij de werkgever van de heer Barber een regeling voor gedwongen ontslag. Deze regeling voorzag in een onmiddellijk ingaand pensioen voor oudere boventalligen en een minder gunstige combinatie van een op diensttijd gebaseerde ontslaguitkering en een uitgesteld pensioen voor jongeren, waarbij de grens tussen oud en jong voor mannen op 55 en voor vrouwen op 50 lag. Barber was 52 toen hij werd ontslagen, waardoor de minder gunstige jongerenregeling op hem werd toegepast. Hij redeneerde: als ik een vrouw van 52 was geweest zou ik voor de gunstige ouderenregeling in aanmerking zijn gekomen. Zijn beroep op geslachtsdiscriminatie

werd in twee instanties verworpen. In derde aanleg stelde het *Court of Appeal* prejudiciële vragen, waaronder de vraag of het beginsel van gelijke beloning m/v is geschonden 'indien aan een man en een vrouw van dezelfde leeftijd onder dezelfde omstandigheden gedwongen ontslag wordt verleend en de vrouw in verband met dat ontslag een particulier pensioen met onmiddellijke ingang ontvangt, maar de man alleen een uitgesteld pensioen'. Het Hof overwoog (in r.o. 32) dat:

> *'(...) kan worden volstaan met erop te wijzen, dat artikel 119* [van het EG-Verdrag, nu artikel 157 VWEU, PCVN] *elke discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers op het gebied van de beloning verbiedt, ongeacht het stelsel waarvan deze ongelijkheid het gevolg is. Derhalve is de vaststelling van een naar geslacht verschillende leeftijd voor pensioenen die worden betaald in het kader van een vervangende regeling, in strijd met artikel 119, zelfs indien het verschil in pensioengerechtigde leeftijd voor mannen en vrouwen is gebaseerd op het in de nationale wettelijke regeling voorziene geval* [onderstreping toegevoegd, PCVN].'

Impliciet neemt het Hof hier zonder toelichting aan dat een 52-jarige werknemer vergelijkbaar is met een 52-jarige werkneemster. Nu kan men redeneren dat het Hof dit wel moest doen gelet op de vraagstelling van de verwijzende rechter ('een man en een vrouw van dezelfde leeftijd onder dezelfde omstandigheden'), maar het heeft er de schijn van dat het *Court of Appeal* en het Hof als min of meer vanzelfsprekend uitgingen van vergelijkbaarheid. Waarom zouden immers een 52-jarige man en vrouw voor wat betreft ontslagregeling niet gelijk zijn?

8.4.3 Roberts (1993)

Een vergelijkbare vraag kwam op in de zaak *Roberts*. Mevrouw Roberts nam deel aan de Britse pensioenregeling van Unilever. Zij ging in 1987, op 57-jarige leeftijd, om gezondheidsredenen met vervroegd pensioen. Haar werd toen een brugpensioen toegekend. Dit was een volledig door de werkgever gefinancierde regeling die rekening hield met het wettelijke ouderdomspensioen, dat destijds in het Verenigd Koninkrijk (nog steeds) voor vrouwen op 60-jarige leeftijd en voor mannen op 65-jarige leeftijd inging. Eén gevolg hiervan was dat het brugpensioen van een vrouw vanaf haar 60e jaar

werd verlaagd op grond dat zij dan het wettelijke pensioen ontving, terwijl het brugpensioen van een man pas vijf jaar later werd verlaagd. Mevrouw Roberts maakte bezwaar tegen het feit dat haar brugpensioen lager was dan het pensioen dat zij zou hebben ontvangen als zij een man was geweest. De werkgever rechtvaardigde het verschil met het argument dat de situatie van mevrouw Roberts niet vergelijkbaar was met die van een mannelijke collega van haar leeftijd omdat de man pas vijf jaar later een wettelijk pensioen ontvangt. Het Hof was het hier mee eens (r.o. 20 en 21):

> *'(...) daar vrouwen, anders dan mannen, vanaf de leeftijd van 60 jaar recht hebben op het wettelijk pensioen. Dit verschil met betrekking tot de objectieve premisse, dat noodzakelijkerwijs meebrengt dat mannen en vrouwen niet hetzelfde brugpension ontvangen, kan niet als een discriminatie worden beschouwd.*
>
> *Gezien het doel van het brugpensioen zou bovendien, indien het bedrag ervan voor vrouwen op het niveau van vóór de ontvangst van het wettelijk pensioen gehandhaafd bleef, een ongelijke behandeling ontstaan ten nadele van mannen, die pas vanaf de leeftijd van 65 jaar recht op het wettelijk pensioen hebben* [onderstreping toegevoegd, PCVN].'

Waar het verschil in AOW-leeftijd in *Barber* geen gewicht in de schaal legde, deed het dat in *Roberts* wel. Dit is ook wel verklaarbaar. Immers, de heer Barber werd als het ware dubbel benadeeld: eerst door het (niet verboden) onderscheid in de regeling van het staatspensioen en vervolgens door het (niet onder de uitzondering van het discriminatieverbod vallende) onderscheid in de ontslagregeling. Het ene nadeel kwam bovenop het andere. Mevrouw Roberts daarentegen genoot het voordeel van een eerder ingaand staatspensioen, maar vanwege de kortingsbepaling in de brugpensioenregeling kon zij dit voordeel niet (geheel) effectueren. Een voordeel werd als het ware (gedeeltelijk) geneutraliseerd. Zou dat niet zo zijn geweest, dan zou mevrouw Roberts vanwege haar geslacht gunstiger zijn behandeld dan haar mannelijke leeftijdsgenoot. Dit is echter niet het punt waar het mij in deze bijdrage om gaat. Waar het om gaat is dat het doel van de brugpensioenregeling in deze uitspraak slechts in een 'bovendien' redenering naar voren kwam.

8.4.4 Abdoulaye (1999)

De casus in *Abdoulaye* was dat de bij Renault geldende cao aan werkneemsters die met zwangerschapsverlof gingen een aantal voordelen toekende, waaronder een eenmalige toelage en aanvulling op hun wettelijke uitkering tot aan hun volle loon. Verschillende medewerkers van Renault vonden dit geslachtsdiscriminatoir. Zij voerden onder andere aan: '... de geboorte van een kind moge strikt fysiologisch gezien enkel een zaak van de vrouw zijn, het is tenminste in gelijke mate een sociale gebeurtenis die het hele gezin aangaat, inclusief de vader'. In antwoord op vragen van de plaatselijke rechter in Le Havre stelde het Hof voorop 'dat het beginsel van gelijke beloning, evenals het algemene non-discriminatiebeginsel waarvan het een bijzondere uitdrukking vormt' veronderstelt dat de mannelijke en vrouwelijke werknemers waarom het gaat, 'zich in een vergelijkbare situatie bevinden'. Renault voerde aan dat geen sprake was van een vergelijkbare situatie omdat:

- de vrouw tijdens het zwangerschapsverlof niet in aanmerking komt voor bevordering;
- bij haar terugkeer de duur van de beroepservaring die zij kan doen gelden wordt verminderd met de duur van haar afwezigheid;
- de zwangere vrouw geen aanspraak kan maken op prestatiegebonden loonsverhogingen;
- zij niet kan deelnemen aan opleidings- of vormingscursussen; en
- zij bij haar terugkeer van verlof moeite zal hebben zich weer aan te passen aan het werk, dat door nieuwe technologieën voortdurend verandert.

Het Hof was het ermee eens dat geen sprake was van vergelijkbare situaties als het litigieuze voordeel was *bedoeld* ter compensatie van deze nadelen. Dat laatste moest de nationale rechter vaststellen.[23] Anders gezegd, situaties m/v zijn niet vergelijkbaar als de onderscheid makende regeling (in dit geval, de uitkeringen aan zwangeren) tot doel heeft de nadelen van (afwezigheid wegens) zwangerschap en bevalling te compenseren. Deze redenering heeft iets gekunsteld. Waarom zouden de situaties van twee mensen wel of niet vergelijkbaar zijn afhankelijk van het doel van een op één van hen toegepaste

23 Het Hof zegt niet met zoveel woorden dat voor zover het voordeel niet als compensatie van deze nadelen kan worden gezien of voor zover het die nadelen overcompenseert, wel sprake is van vergelijkbare situaties, maar dit lijkt wel in het arrest te kunnen worden gelezen.

regeling? Blijkbaar bevinden zich *Abdoulaye c.s.* volgens het hof wat betreft sommige zaken – denk bijvoorbeeld aan salaris – wél in een vergelijkbare situatie als hun met zwangerschapsverlof afwezige collega's (het zou immers niet zijn toegelaten die collega's vanwege hun afwezigheid hoger te belonen), maar niet wat betreft een verlofcompenserende toeslag. Zou het Hof deze redenering ook hebben toegepast als direct geslacht onderscheid te rechtvaardigen was geweest? Had het dan niet eenvoudig(er) kunnen redeneren: Abdoulaye c.s. verkeren weliswaar in een vergelijkbare situatie als hun met zwangerschapsverlof afwezige collega's, maar het is objectief gerechtvaardigd dat die collega's een voordeel genieten?

Het is de moeite waard te citeren uit een beschouwing van Prechal:[24]

> *'A statement of the ECJ which recurs frequently is that non-discrimination is a particular expression of the general principle of equality, which prohibits comparable situations from being treated differently and different situations from being treated in the same way. Sometimes it is added "unless there is a justification". In other situations this or similar terms are used as a definition of non-discrimination. Under such an approach, the whole issue of discrimination and justification is aborted at the stage of comparability: the situations are found not to be comparable and therefore is [it, PCVN.] does not matter that there is different treatment.*
> *(...)*
> *(...) a comparability test is an unfortunate standard for review of an alleged case of discrimination. This test is often not transparent and the reasoning difficult to follow; perhaps more importantly, there is a risk that factors of a subjective nature slip into the test. According to which criteria should one determine whether situations are comparable or different? Here, the purpose of the distinction is frequently taken into account in the context of the objective of the rules at issue. But then there is a considerable overlap with the stage of justification. Also at this - later - stage, the purpose of the distinction made and the purpose of the rules at issue (the aim pursued) plays an important role.*
> *(...)*

24 Sacha Prechal: 'Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes', *CMLRev.* 2004 p. 543-546. Vgl. Mortelmans in AAe 2004 p. 662 n.a.v. HvJ EG 8 juni 2004, zaak C-220/02 (*Österreichisch Gewerkschaftsbund*).

Mixing up comparability and the prohibition of discrimination should be avoided as much as possible. However, at the same time, the Community anti-discrimination rules may necessitate the use of comparability as an "escape". This is due to the following. In principle, the non-discrimination provisions of EC law are said to form a so-called "closed system". There are some exceptions - for instance, Article 12 EC - but the rule is that direct discrimination cannot, in principle, be justified by simply any objective grounds.
(...)
It is not entirely surprising that there are instances of direct discrimination in which the ECJ did accept or, at least hinted that it is willing to accept, unwritten justifications. Perhaps the need for such an approach is going to increase. Another technique to escape the rigid system of 'prohibition and written exceptions only' is to fall back upon the general principle of equality and resolve the problem in terms of non-comparability. At the end of the day, and for the reasons set out above, I would prefer to break out of the closed system of direct discrimination, rather than trying to escape through the general principle of equality.'

8.4.5 Griesmar (2001)

De heer Griesmar was een in 1991 gepensioneerde Franse ambtenaar. Voor de berekening van zijn pensioen was rekening gehouden met zijn werkelijke diensttijd, maar niet met de fictieve diensttijd als bedoeld in de zgn. bonificatieregeling. Deze regeling hield in dat aan vrouwelijke ambtenaren fictieve pensioendragende diensttijd werd toegekend voor hun kinderen, waarbij twee soorten van kind werden onderscheiden:
a) eigen en geadopteerde kinderen;
b) kinderen uit een vorig huwelijk van de echtgenoot en enkele andere categorieën.

Voor ieder eigen of geadopteerd kind kreeg de vrouwelijke ambtenaar één extra pensioenjaar. Voor ieder kind als bedoeld in b gold hetzelfde, mits de vrouw het kind gedurende tenminste negen jaar had opgevoed.

De heer Griesmar, die vader van eigen kinderen was, verzocht de rechter om verhoging van zijn pensioen tot het niveau dat het zou hebben gehad ware hij een vrouw geweest, althans daar kwam zijn verzoek op neer. De rechter riep de hulp in van het Hof.

Na de hierboven geciteerde overweging in *Abdoulaye* over het vereiste van een vergelijkbare situatie te hebben herhaald, stelde het Hof zich de vraag of de bonificatie:

(i) is *bedoeld* ter compensatie van de nadelen die vrouwelijke ambtenaren ondervinden als gevolg van het feit dat zij in de periode na de bevalling afwezig zijn van het werk; dan wel
(ii) in wezen *beoogt* de nadelen te compenseren die voor de vrouwelijke ambtenaren voortvloeien uit het feit dat zij zich met de opvoeding van kinderen hebben bezig gehouden.

Als de bonificatie is bedoeld ter compensatie van afwezigheid als gevolg van bevalling (geval i) dan compenseert zij een biologisch m/v verschil dat wat betreft loopbaan nadelig voor vrouwen is. De bonificatie neutraliseert of vermindert in dit geval een feitelijke ongelijkheid. Als daarentegen de bonificatie is bedoeld ter compensatie van afwezigheid in verband met het opvoeden van jonge kinderen (geval ii) dan compenseert zij iets dat in theorie geslachtsneutraal is. De heer Griesmar benadrukte dit uiteraard. Zo wees hij er op dat de bonificatie wordt toegekend enkel op grond van moederschap, zonder dat de vrouwelijke ambtenaar hoeft te bewijzen dat zij voor de opvoeding van kinderen heeft gezorgd. De Franse regering wees op 'een maatschappelijke realiteit, namelijk de nadelen die deze ambtenaren tijdens hun beroepsloopbaan ondervinden doordat zij bij de opvoeding van de kinderen de belangrijkste rol spelen'. Het Hof koos een formeel vergelijkbaarheidscriterium:

> *'Met name de omstandigheid dat vrouwelijke ambtenaren in hun loopbaan meer nadelen ondervinden als gevolg van de opvoeding van de kinderen, omdat het in het algemeen de vrouwen zijn die voor deze opvoeding instaan, sluit niet uit dat hun situatie vergelijkbaar kan zijn met die van mannelijke ambtenaren die de opvoeding van hun kinderen op zich hebben genomen en daardoor in hun loopbaan met dezelfde nadelen werden geconfronteerd* [onderstreping toegevoegd, PCVN].'

De bonificatieregeling was dus onderscheidmakend. Dat zij mogelijk zou kunnen worden gerechtvaardigd (wat overigens niet zo was), was een andere zaak. In dit arrest werkt het Hof zijn redenering uit *Abdoulaye* nader uit. Om van onvergelijkbare situaties te spreken moet de onderscheid makende regeling tot doel hebben díe nadelen van (afwezigheid wegens) zwangerschap en bevalling te compenseren die inherent zijn aan en noodzakelijk het gevolg zijn van

feitelijke en onveranderlijke verschillen tussen mannen en vrouwen. Het feit dat vrouwen (veel) vaker met zorgtaken zijn belast is niet voldoende voor onvergelijkbaarheid van situaties, het moet gaan om rechtstreeks met de zwangerschap en bevalling verband houdende nadelen.

8.4.6 Hlozek (2004)

Was de (on)vergelijkbaarheid van de situaties van mannen en vrouwen in *Roberts, Abdoulaye en Griesmar* nog redelijk makkelijk te volgen, het werd al diffuser in de Oostenrijkse zaak *Hlozek.* In die zaak ging het om een sociaal plan dat oudere boventalligen aanspraak gaf op een overbruggingspensioen, terwijl jongeren in aanmerking kwamen voor een – veelal minder gunstige – eenmalige ontslagvergoeding. Hierbij lag de grens oud/jong, in aansluiting op het leeftijdsverschil in het recht op het staatspensioen (de Oostenrijkse AOW), voor vrouwen vijf jaar lager dan voor mannen. De heer Hlozek, die in 1999 in het kader van een reorganisatie werd ontslagen, ontving door dit onderscheid naar geslacht minder dan hij zou hebben ontvangen ware hij een vrouw geweest. Op het eerste gezicht zou men kunnen menen met een duidelijk geval van rechtstreeks (en daardoor niet te rechtvaardigen) onderscheid naar geslacht te maken te hebben. Net als de heer Barber redeneerde Hlozek: als ik een vrouw was geweest zou ik gunstiger zijn behandeld. In eerste en tweede aanleg gaf de rechter hem, onder verwijzing naar *Barber*, gelijk. In derde instantie stelde het *Oberste Gerichtshof* prejudiciële vragen. Daarbij wees het op de door de Oostenrijkse regering aangedragen statistiek voor de jaren 1998 tot en met 2000:

> *'Blijkens deze statistieken is het aantal werklozen in de categorieën van minder dan 49 jaar*[25] *betrekkelijk stabiel en gelijk voor de twee geslachten. In de leeftijdsgroep van 50 jaar tot 54 jaar is het werkloosheidscijfer bij vrouwen evenwel bijna dubbel zo hoog als in de jongere leeftijdsgroep. Bovendien is in deze leeftijdsgroep het aantal vrouwelijke werklozen veel hoger dan het aantal mannelijke werklozen. In de leeftijdsgroep van 55 tot 59 jaar is het aantal mannelijke werklozen evenwel hoger dan in de jongere leeftijdsgroep. Hier is dat aantal overigens hoger dan het aantal vrouwelijke werklozen.*

25 Wellicht werd bedoeld: van 49 jaar of minder.

Volgens de verwijzende rechter kan deze situatie worden verklaard door het feit dat het werkloosheidsrisico voor elk van de geslachten toeneemt naarmate de wettelijke pensioenleeftijd nadert. Bij vrouwen, die de pensioengerechtigde leeftijd eerder bereiken dan mannen, stijgt dit risico vroeger tot het maximum dan bij mannen. Volgens deze rechterlijke instantie heeft verweerster in het hoofdgeding aangevoerd dat het betrokken sociaal plan juist tot doel heeft, rekening te houden met het toenemende werkloosheidsrisico voor de werknemer wanneer hij in de laatste vijf jaar vóór zijn pensionering wordt ontslagen.'

Op basis van deze statistische gegevens betoogden de werkgeefster van Hlozek en de Oostenrijkse regering:

'(...) dat mannelijke werknemers die op een leeftijd tussen 50 en 54 jaar worden ontslagen, zich niet in een gelijke of vergelijkbare situatie bevinden als vrouwelijke werknemers van dezelfde leeftijdsgroep. Bijgevolg zou het in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling dezelfde regel toe te passen op objectief verschillende situaties.'

Het Hof ging mee in deze redenering, waarbij het belang hechtte aan (i) het feit dat het leeftijdsonderscheid deel uitmaakte van een sociaal plan overeengekomen tussen de sociale partners, die 'van oordeel konden zijn' [onderstreping toegevoegd, PCVN] dat mannen en vrouwen in dat opzicht andere categorieën vormden en (ii) het feit dat het sociaal plan slechts voor één onderneming gold en een beperkte looptijd had. Het lijkt erop dat het Hof moeite deed zijn oordeel toe te spitsen op de concrete situatie van de heer Hlozek om te voorkomen dat in de toekomst al te snel ongelijke behandeling op zo'n wijze wordt 'weggeredeneerd'. Desondanks zorgde *Hlozek* voor verwarring: waarom was Barber wel en was Hlozek niet vergelijkbaar met zijn vrouwelijke leeftijdgenoten? Wellicht is dit verschil eenvoudig te verklaren door het feit dat de werkgeefster van Hlozek een argument aanvoerde dat in *Barber* – voor zover ik kan nagaan – niet speelde, te weten dat in de betrokken branche de arbeidsmarktpositie van een 50-54 jarige man niet vergelijkbaar is met die van een vrouw in dezelfde leeftijdsgroep.

Opvallend is dat het Hof niet, althans hooguit indirect[26] steun voor de onvergelijkbaarheid van situaties zoekt bij het doel van het sociaal plan.

8.4.7 Arcelor (2008)

In *Arcelor Atlantique*, dat een niet-arbeidsrechtelijk geschil betrof, gaat het hof – onder verwijzing naar vier eerdere uitspraken die echter geen van alle een analyse van de vergelijkingsmaatstaf bevatten[27] – explicieter dan in bovenaangehaalde arresten in op de vergelijkbaarheidsvraag. Het is de moeite waard de relevante overwegingen uit het arrest te citeren:

> *'Het algemene gelijkheidsbeginsel, als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (...).*
> *Schending van het beginsel van gelijke behandeling door een verschil in behandeling veronderstelt dat de betrokken situaties gelet op alle kenmerken daarvan vergelijkbaar zijn.*
> *De kenmerken van verschillende situaties en daarmee hun vergelijkbaarheid moeten met name worden bepaald en beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de (...) handeling die het betrokken onderscheid invoert. Bovendien moet rekening worden gehouden met de beginselen en doelstellingen van het gebied waaronder de betrokken handeling valt (...)'.*

Uit dit citaat vallen drie elementen te destilleren om te bepalen of situaties vergelijkbaar zijn:

26 In r.o. 46 vermeldt het Hof dat het sociaal plan is gesloten 'ter verzachting' van de sociale gevolgen van het ontslag van alle boventallige werknemers. In r.o. 48 leest men dat de sociale partners het 'ter verzekering' van de gelijke behandeling van alle werknemers het noodzakelijk achtten vrouwelijke boventalligen vijf jaar eerder dan hun mannelijke collega's aanspraak te verlenen op het overbruggingspensioen. Hier gaat het niet om het doel van de regeling maar om het doel van het onderscheid.

27 *Rheinmüllen*, zaak 6/71 r.o. 4; *Ruckdeschel*, zaak 117/76 r.o. 8; *Duitsland/Raad*, zaak C-280/93 r.o. 74 en *Port*, zaak C-364/95 r.o. 83. In *Duitsland/Raad* overweegt het HvJ EG dat het verschil in behandeling dat daar aan de orde was 'inherent' was aan het doel van de gemeenschapswetgever, maar dat zegt niets over de (on-)vergelijkbaarheid van de betrokken gevallen.

(i) het voorwerp van de regeling,[28]
(ii) het doel van de regeling en
(iii) de beginselen en doelstellingen van het betrokken gebied.

Echter, wat dit concreet betekent is mij niet duidelijk, nu het Hof weinig moeite doet inzicht te geven in zijn redenering. Toch kan ik me aan de hand van de casus in *Arcelor* een voorstelling maken van de redenering achter element (ii), het doel van de regeling. Het ging in *Arcelor* om ijzer- en staalproducenten die, kort gezegd, op grond van de EU-richtlijn ter uitvoering van het Kyoto-protocol, gedwongen waren óf om hun productie te beperken, óf om dure investeringen ter reductie van CO2 uitstoot te plegen óf om emissierechten te kopen. Producenten van aluminium en plastic vielen niet onder de reikwijdte van de richtlijn en verkeerden daardoor in een gunstigere concurrentiepositie. Het Hof stelde voorop dat het doel van de Richtlijn was het beperken van CO2 uitstoot. Aangezien aluminium en plasticfabrieken CO2 uitstoten op dezelfde manier als ijzer- en staalfabrieken, zijn beide producenten in dat opzicht vergelijkbaar.[29] Stel, bijvoorbeeld, dat het doel van de richtlijn zou zijn geweest ijzer en staal duurder te maken om zodoende de ijzer- en staalproductie terug te dringen omdat zij onevenredig veel grondvervuiling veroorzaakt, dan zouden ijzer- en staalproducenten niet in een voor de richtlijn vergelijkbare situatie als aluminium- en plasticproducenten verkeren. Het *doel* van de onderscheidmakende regeling kan dus medebepalend voor de vergelijkbaarheid zijn.

Overigens ging het in *Arcelor* om het *algemene* gelijkheidsbeginsel, niet om (on)gelijke behandeling op één van de 'verdachte' gronden. Hierdoor hoefde het hof niet op zoek te gaan naar een 'escape' als bedoeld door Prechal (zie hierboven). Ongelijke behandeling op een 'algemene' grond is immers in alle gevallen te rechtvaardigen.

28 Het ging in *Arcelor* om een richtlijn over broeikasemissies (een 'gemeenschapshandeling') waarvan Arcelor de geldigheid betwistte, maar in de meeste arbeidsrechtelijke situaties kan dit worden getransponeerd naar een regeling.

29 Het Hof achtte het onderscheid echter gerechtvaardigd gelet op de vele malen grotere CO2- uitstoot van ijzer- en staalproducenten (175 miljoen ton per jaar versus 16 miljoen ton voor de aluminium- en plasticsector) en de enorme administratieve lasten die het onder de reikwijdte van de richtlijn brengen van de circa 35.000 Europese aluminium- en plasticproducenten (versus circa 10.000 ijzer- en staalproducenten) zou veroorzaken.

8.4.8 Kleist (2010)

Het ging in deze – wederom – Oostenrijkse zaak om een cao voor artsen en tandartsen in dienstverband. Volgens die cao konden werknemers na een dienstverband van tien jaar niet dan om bepaalde bijzondere redenen worden ontslagen; zij genoten daarmee (extra) ontslagbescherming. Een uitzondering op deze ontslagbescherming was dat artsen konden worden ontslagen – zelfs zonder redengeving – op de datum waarop zij recht hadden op staatspensioen, zijnde 65 voor mannen en 60 voor vrouwen. Zodoende werd mevrouw Kleist op haar 60e gedwongen gepensioneerd. Zij ging in beroep en vond gehoor bij het *Oberlandesgericht Innsbruck*. Haar werkgeefster bracht de zaak naar het *Oberste Gerichtshof*, dat prejudiciële vragen stelde. Onder andere vroeg deze rechter:

> *'(...) of de omstandigheid dat vrouwelijke werknemers tussen 60 en 65 jaar krachtens het wettelijke ouderdomspensioen sociale-zekerheidsdekking genieten niet van dien aard is dat zij de situatie van die werknemers een specifiek karakter verleent ten opzichte van mannelijke werknemers in dezelfde leeftijdsbranche, die niet een dergelijke socialezekerheidsdekking genieten.'*

Eenvoudig gesteld: is mevrouw Kleist vergelijkbaar met een 60-jarige mannelijke collega? Hierbij wees het *Oberste Gerichtshof* er op, dat mevrouw Kleist niet het recht had verloren om een vordering uit hoofde van onredelijk ontslag in te stellen, maar dat (vrij vertaald) haar pensioengerechtigdheid de kans op succes in zo'n procedure gering maakte.

Advocaat-Generaal Kokott zoekt, onder aanhaling van *Arcelor*, aansluiting bij het doel van de betrokken regeling (let op: niet van het onderscheid), te weten het vrij maken van arbeidsplaatsen voor de jongere generatie. Daarmee gaat het om een doelstelling van werkgelegenheidsbeleid. Volgens de verwijzende rechter maakte deze doelstelling dat de situatie van een 60-jarige werkneemster als Kleist niet vergelijkbaar was met een mannelijke werknemer van dezelfde leeftijd. De verwijzende rechter lichtte overigens niet toe hoe het één (onvergelijkbaarheid) uit het ander (doelstelling) volgt. Mogelijk bedoelde de verwijzende rechter: iedereen die zonder verlies van bestaanszekerheid kan pensioneren moet dat ook doen om de jongeren een kans te geven, en aangezien vrouwen dit vijf jaar eerder dan mannen kunnen doen gaat hun solidariteitsverplichting zoveel eerder in. Hoe dit zij, de A-G is niet gecharmeerd van een

dergelijke redenering. De situatie van mevrouw Kleist is anders dan die van Roberts, Burton en Hlozek, waar het ging om 'specifieke risico's'[30] die zich niet voordeden in het geval van mevrouw Kleist, aldus de A-G, die als volgt redeneerde:

> *'In een stelsel dat voorziet in een verschillende normale pensioenleeftijd voor vrouwen en mannen, kan het loutere bestaan van een pensioenrecht op de leeftijd van 60 jaar geen objectieve reden zijn voor een onderscheid tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers. Het bestaan of niet-bestaan van een pensioenrecht op de leeftijd van 60 tot 64 jaar is veeleer onlosmakelijk verbonden met het geslacht van de betrokken werknemer: alleen omdat zij vrouw zijn, hebben werkneemsters in Oostenrijk volgens het toepasselijke nationale recht op de leeftijd van 60 jaar de normale pensioenleeftijd bereikt en hebben dan recht op pensioen. Dit recht is derhalve geen objectief, van het geslacht onafhankelijk kenmerk waardoor de groep van vrouwelijke werknemers kan worden onderscheiden van hun mannelijke collega's.'*

Het Hof merkte eerst op:

> *'(...) dat de kwestie van de voorwaarden voor toekenning van een ouderdomspensioen een andere is dan die van de voorwaarden voor de beëindiging van de arbeidsverhouding.'*

Merkwaardig genoeg gaat het Hof vervolgens eerst in op de vraag of sprake is van (directe) geslachtsdiscriminatie (een onderzoek dat overbodig lijkt als toch geen sprake is van vergelijkbare situaties), om pas daarna ('in de tweede plaats'), onder verwijzing naar *Arcelor*,[31] te vervolgen met – min of meer – een herhaling van wat we al uit dat arrest wisten (r.o. 34):

> *'De vergelijkbaarheid van dergelijke situaties dient met name te worden getoetst aan de doelstelling van de regeling die het verschil in behandeling invoert.'*

Interessanter is hoe het Hof deze regel toepast op de situatie van mevrouw Kleist. Het begint met het identificeren van het doel van de

30 De A-G doelt op de 'risico's' van arbeidsongeschiktheid (*Roberts*), VUT (*Burton*) en reorganisatieontslag (*Hlozek*).

31 Vreemd genoeg verwijst het Hof ook naar r.o. 46 van *Hlozek*, waar dit evenwel niet valt te lezen.

onderscheid makende cao-regeling. Dat (legitieme) doel is 'de voorwaarden te regelen waaronder werknemers hun baan kunnen verliezen'. Na deze vaststelling komt de cruciale overweging van het Hof (r.o. 36 en 37). Het voordeel dat vrouwen hebben van een eerder ingaand ouderdomspensioen houdt geen 'rechtstreeks' verband met dat doel. Het Hof licht dit toe in een overweging die m.i. iets weg heeft van een cirkelredenering:

> *'Dit voordeel kan vrouwelijke werknemers immers niet in een specifieke situatie plaatsen ten opzichte van mannelijke werknemers, aangezien mannen en vrouwen zich wat de voorwaarden voor de beëindiging van de arbeidsverhouding betreft in een gelijke situatie bevinden.'*

Wat bedoelt het Hof met 'rechtstreeks' verband en met 'specifieke' situatie? Het is jammer dat we hier naar moeten gissen. Ik doe een poging, in het besef dat ik niet meer doe dan gissen.

Er is ongetwijfeld *enig* verband tussen het Oostenrijkse m/v 'AOW'-verschil en de ontslagregels in de cao die voor mevrouw Kleist gold. Vermoedelijk zullen de sociale partners hebben geredeneerd dat een vrouw van 60 in mindere mate dan een man van dezelfde leeftijd behoefte heeft aan ontslagbescherming omdat zij inkomenszekerheid geniet. Blijkbaar is dit verband in de ogen van het Hof onvoldoende rechtstreeks. Immers, inkomenszekerheid is iets anders dan werkzekerheid. Een vrouw kan ondanks het ontvangen van een wettelijk ouderdomspensioen belang hebben bij behoud van haar loon, al is het om niet-financiële redenen.

Hoe dit zij, het voordeel van een eerder ingaand pensioen plaatst vrouwelijke werknemers weliswaar in een andere situatie dan hun mannelijke collega's maar niet in een zodanig 'specifieke' andere situatie dat van onvergelijkbaarheid kan worden gesproken. Dus was mevrouw Kleist wel degelijk vergelijkbaar met een even oude mannelijke collega.

Ik sluit niet uit dat in de redenering van het Hof enige frustratie een rol heeft gespeeld over het feit dat het machteloos stond tegenover de bron van het probleem, die evenzeer in Burton, Barber, Roberts, Hlozek en ook nog andere zaken speelde, te weten de m/v ongelijke wettelijke pensioenleeftijd. Dit verschil berust op artikel 7 van Richtlijn 79/7. Het hof noemt het, terecht, een 'afwijking' van het gelijke behandelingsprincipe. Meteen nadat het Hof heeft vastgesteld dat mevrouw Kleist vergelijkbaar is met haar mannelijke

leeftijdsgenoten richt het zijn pijlen op het verschil in wettelijke pensioenleeftijd in Oostenrijk:

> *'Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat, gelet op het fundamentele belang van het beginsel van gelijke behandeling, de in die bepaling* [art. 7 van richtlijn 79/7, PCVN] *voorziene afwijking strikt moet worden uitgelegd, in die zin dat zij enkel van toepassing is op de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de mogelijke gevolgen daarvan voor andere uitkeringen.'*

Aangezien de door mevrouw Kleist aangevochten cao-regeling betrekking had op ontslag en niet op de (geldelijke) gevolgen van het verschil in wettelijke pensioenleeftijd, is de afwijking van Richtlijn 79/7 niet van toepassing, en aangezien er sprake is van rechtstreeks (en dus niet te rechtvaardigen) onderscheid, is die cao-regeling in strijd met Richtlijn 76/207, aldus het Hof.

Ik lees het Kleist-arrest aldus, dat de cao in kwestie onderscheid maakte met betrekking tot het al dan niet voortbestaan van de arbeidsverhouding. Dat is iets anders dan een regeling met betrekking tot de financiële *gevolgen* van ontslag, zoals in Barber, Roberts en Hlozek. De beide soorten regeling beogen een ander doel.

8.4.9 Kuso (2013)

De (ook hier weer) Oostenrijkse arbeidsvoorwaardenregeling die – door incorporatie van een regeling genaamd DO – van toepassing was op Mevrouw Kuso hield in dat zij tot haar pensioenleeftijd, afgezien van dringende redenen, niet kon worden ontslagen (zodat in zekere zin sprake was van een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst) maar dat haar arbeidsovereenkomst, evenals die van al haar vrouwelijke collega's, op leeftijd 60 van rechtswege eindigde. Mevrouw Kuso, die op haar zestigste te horen kreeg dat zij niet mocht doorwerken, vond dit onderscheid op grond van geslacht strijdig met (rechtstreeks werkende) EU wetgeving. Het *Oberlandesgericht Wien* gaf haar gelijk. De werkgever stelde beroep in bij het *Oberste Gerichtshof*, dat op 25 oktober 2011, ondanks de vrijwel identieke feiten en problematiek als in de bijna een jaar eerder gewezen uitspraak in *Kleist*, prejudiciële vragen stelde.

Het Hof deed de zaak dan ook zonder conclusie A-G af.[32] Na te hebben vastgesteld dat sprake was van een rechtstreeks op geslacht gebaseerd verschil in behandeling, overwoog het Hof (§ 44 t/m 49), vrijwel letterlijk zijn overwegingen in *Kleist* herhalend:

> *'Om te bepalen of dat verschil in behandeling een verboden discriminatie in de zin van richtlijn 76/207 vormt, moet worden nagegaan of mannelijke en vrouwelijke werknemers zich in omstandigheden als die van het hoofdgeding in een vergelijkbare situatie bevinden.*
>
> *Volgens vaste rechtspraak kan de vergelijkbaarheid van situaties met name worden getoetst aan de doelstelling van de nationale regeling die het verschil in behandeling invoert (zie in die zin arrest van 9 december 2004, Hlozek, C-19/92, Jurispr. blz. 1-11491, punt 46 en arrest Kleist, reeds aangehaald, punt 34).*
>
> *In het hoofdgeding hebben de §§ 25, 26 en 65 van de DO, die het verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen invoeren, betrekking op de voorwaarden waaronder de arbeidsverhouding van een werknemer kan worden beëindigd.*
>
> *Het aan vrouwelijke werknemers toegekende voordeel dat zij aanspraak kunnen maken op een ouderdomspensioen vanaf een leeftijd die vijf jaar lager is dan die welke is vastgesteld voor mannelijke werknemers, houdt geen rechtstreeks verband met het doel van de regeling die een verschil in behandeling invoert.*
>
> *Dat voordeel plaatst vrouwelijke werknemers niet in een specifieke situatie ten opzichte van mannelijke werknemers, aangezien mannen en vrouwen zich in gelijke situaties bevinden wat de voorwaarden voor beëindiging van de arbeidsverhouding betreft (zie arrest Kleist, reeds aangehaald, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).*
>
> *Vastgesteld moet dus worden dat mannelijke en vrouwelijke werknemers zich in een vergelijkbare situatie bevinden.'*

32 Enerzijds is dit niet vreemd nu de casus zoveel gelijkenis vertoonde met die in *Kleist* dat men, wat betreft het vraagstuk van de vergelijkbaarheid, kon spreken van een *acte éclairé*. Anderzijds geldt dit m.i. niet voor het 'einde van rechtswege' aspect, dat voor de Nederlandse arbeidsrechtelijke praktijk van groot belang kan zijn.

8.5 Conclusie

Het gaat bij het vinden van de juiste maatman 'met name' om het doel van de betrokken regeling. Anders dan bij de legitimiteitstoets gaat het niet om het doel van het onderscheid. Het gaat om het doel (ik zou liever willen zeggen: het legitieme doel) van de onderscheid makende regeling. Maar of dit verklaart waarom Barber (en Griesmar voor een deel) wel, Roberts en Hlozek niet en Kleist en Kuso weer wel met een leeftijdsgenoot van het andere kunne konden worden vergeleken is een lastig te beantwoorden vraag.

Naar mijn gevoel biedt *Kleist* het meeste inzicht in de redeneertrant van het Hof. Wanneer er een onderscheid makend voordeel of nadeel is voor groep A ten opzichte van groep B moet worden onderzocht of beide groepen vergelijkbaar zijn. Dit is niet het geval wanneer het voor- of nadeel de ene groep in een 'specifieke situatie' plaatst. Daarvan is sprake wanneer er een 'rechtstreeks' verband bestaat tussen het voor- of nadeel en het legitieme doel van de regeling die dat voor- of nadeel veroorzaakt. Een aan *Kleist* ontleend voorbeeld: het krachtens Richtlijn 79/7 toegelaten voordeel voor vrouwen van een eerder ingaand staatspensioen is slechts bedoeld om vrouwen eerder inkomenszekerheid te verschaffen, niet om ze eerder uit de arbeidsmarkt te weren, dus bestaat er onvoldoende rechtstreeks verband tussen, aan de ene kant, het nadeel van eerder ontslag en, aan de andere kant, het doel van de regeling die dit nadeel veroorzaakt, te weten inkomenszekerheid, en dus bevinden vrouwen zich, met betrekking tot een regeling die voorziet in hun eerdere ontslag, in een vergelijkbare situatie als mannen.

De redeneertrant van het Hof is niet eenvoudig te volgen. Hierbij speelt mogelijk een rol dat zijn overwegingen worden beïnvloed door de aan hem voorgelegde vragen en feiten. Als bij voorbeeld de Oostenrijkse regering in *Hlozek* niet de voor m/v verschillende werkloosheidsstatistiek had aangedragen zou het Hof de heer Hlozek wellicht wél vergelijkbaar hebben gevonden met zijn vrouwelijke leeftijdgenoot. Als diezelfde regering in *Kleist* het m/v onderscheid ten aanzien van ontslagbescherming anders had gemotiveerd was mevrouw Kleist wellicht niet vergelijkbaar geweest met haar mannelijke leeftijdgenoot. Het zou prachtig zijn als het Hof heldere, algemeen toepasbare en makkelijker te volgen criteria zou formuleren voor de maatmanvergelijking. Het eenvoudigst zou mij lijken een redenering gebaseerd op de gedachte dat situaties die gelijk aanvoelen (zoals die van de heer Hlozek en zijn maatvrouw) ook vergelijkbaar zijn en dat verschillen gerechtvaardigd kunnen c.q.

moeten worden op basis van een 'gelijk speelveld' redenering. Een nadeel voor de ene groep (bij voorbeeld vrouwen) mag – of moet – volgens die redenering worden gecompenseerd mits die compensatie rechtstreeks verband houdt met en niet verder gaat dan dat nadeel. Zo werd in *Roberts* het voordeel van een eerder staatspensioen (gedeeltelijk) ongedaan gemaakt; daarmee werd een toegestaan ongelijk speelveld (gedeeltelijk) teruggebracht in de richting van evenwicht. In *Barber* zou, als het Hof niet had ingegrepen, een onevenwichtigheid zijn toegenomen in plaats van afgenomen. In *Hlozek* mocht een onevenwichtigheid ten nadele van vrouwen (slechtere arbeidsmarktpositie) worden gecompenseerd, in *Kleist* was er niet zo'n onevenwichtigheid dus viel er niets te compenseren. Helaas, zo'n 'gelijk speelveld' redenering kan niet worden toegepast vanwege het feit dat voor de meeste vormen van ongelijke behandeling een 'gesloten stelsel' geldt: directe ongelijke behandeling is, afgezien van enkele uitzonderingen, niet te rechtvaardigen. Daardoor moet de rechter, om toch een redelijk resultaat te bereiken, zijn toevlucht nemen tot de door Prechel bedoelde 'escape'.

Ik heb geen poging gedaan de rechtspraak van ons eigen College voor de Rechten van de Mens op het punt van de vergelijkingsmaatstaf te analyseren. Mijn indruk is dat dit college niet de criteria van het Hof hanteert, althans niet expliciet aansluiting zoekt bij het doel van de betrokken regeling. In een recent oordeel overwoog het College eenvoudig:

> *'Juridische gelijkheid impliceert dat er tussen twee of meer gevallen met betrekking tot relevante factoren geen (noemenswaardig) verschil is.'*[33]

De zinsnede 'met betrekking tot relevante factoren' is ruim geformuleerd en laat ruimte om de meer genuanceerde redenering van het Hof te volgen.

33 CvdRM 29 maart 2013, oordeel 2013-40.

9 Leeftijdsdiscriminatie, ontslagvergoedingen en pensioenplafonds

*A.G. Veldman**

9.1 Inleiding

Voor het onderwerp van discriminatie, zo ook leeftijdsdiscriminatie, geldt dat de abstracte jurisprudentielijnen van het Hof van Justitie van de EU ('het Hof')[1] het gebruik van het gelijkebehandelingsrecht lijkt te temperen in de nationale arbeidsrechtspraktijk. In de bijdrage van Vas Nunes (hoofdstuk 8) is geopperd dat de vele open normen van het Nederlands arbeidsrecht het gebruik van het gelijkebehandelingsrecht misschien ook minder noodzakelijk maken, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de praktijk in het Verenigd Koninkrijk waar minder open normen gelden en de ontslagbescherming bovendien minder ver strekt. Een onderwerp uit de Nederlandse arbeidsrechtpraktijk dat hiermee lijkt te breken, is dat van de ontslagvergoeding bij bedrijfseconomisch ontslag. In toenemende mate wordt leeftijdsdiscriminatie ingezet met als doel een hogere ontslagvergoeding te verkrijgen dan toegekend. Hoewel ook bij de beoordeling van ontslagvergoedingen open normen van toepassing zijn ('billijke vergoeding'; 'goed werkgeverschap'; 'alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemen'), is leeftijdsdiscriminatie blijkbaar een goed anker om voor te gaan liggen. Misschien speelt ook een rol dat als het lukt om aan te tonen dat in afvloeiingsregelingen sprake is van leeftijdsdiscriminatie, het betreffende beding nietig zal zijn (artikel 13 WGBL). In de context van een algemene ontslagvergoedingsregeling zal dat in beginsel betekenen dat de ongunstige berekeningsbepaling komt te vervallen en daardoor de gunstige berekeningswijze die voor de andere leeftijdsgroep geldt, van toepassing wordt.

In sociale plannen waar het dan vaak om gaat, wordt doorgaans op uiteenlopende manieren onderscheid gemaakt tussen

* *Albertine Veldman is werkzaam als universitair hoofddocent Universiteit Utrecht.*

1 Hiermee wordt hierna ook het Hof van Justitie van de EG aangeduid.

de verschillende leeftijdscohorten. Voor de groep oudere werknemers wordt daarbij vaak rekening gehouden met de mogelijkheid van (pre) pensionering. Ik concentreer mij hierna op de verschillende wijzen van het 'aftoppen' van ontslagvergoedingen richting het (vroeg) pensioen (het zogeheten pensioenplafond). Het hoeft bij pensioenplafonds niet altijd om een rechtstreeks leeftijdsonderscheid te gaan. Aftopping kan neutraal geformuleerd zijn maar oudere werknemers in grotere mate treffen, omdat zij dichter bij de (vroeg)pensioengerechtigde datum zitten dan jongeren.

Over het onderwerp van ontslagvergoedingen zijn de laatste jaren verschillende uitspraken gedaan door het Europese Hof. Net als bij de maatmanproblematiek (zie hoofdstuk 8), lijkt het moeizaam om consistentie en duidelijkheid te vinden in de soms orakelachtig uitspraken van het Hof. De praktijk lijkt er dan ook mee te worstelen en de uitspraken van kantonrechters lopen uiteen. Om de dilemma's op dit vlak boven tafel te krijgen, bespreek ik hierna de relevante Europese jurisprudentie (par. 9.2) en een aantal opvallende kantonrechteruitspraken (par. 9.3). Het blijkt dat de mogelijke rechtvaardiging van pensioenplafonds in ontslagvergoedingsregelingen interessante vragen oproept. Mag bijvoorbeeld automatisch uitgegaan worden van pensionering op de pensioengerechtigde datum of is het van belang om doorwerken te stimuleren? Maakt het daarbij nog uit of het om 'gewone' pensionering gaat of om vervroegde pensionering? Tenslotte speelt ook de vraag of een rechtvaardiging eerder aangenomen moet worden wanneer de afvloeiingsregeling door de sociale partners is vastgesteld.

9.2 De Europese rechtspraak

9.2.1 Inleiding

Waar de vele Europese rechtspraak over seksediscriminatie al vaak als complex wordt ervaren door de praktijkjurist, is het met de Europese jurisprudentie over leeftijdsdiscriminatierecht niet beter gesteld. Integendeel. Er is een tamelijk barok geheel van uiteenlopende toetsingsregimes ontstaan.

Ik verwijs, kortheidshalve, naar mijn artikel over de contouren van het Europees leeftijdsdiscriminatierecht.[2] Daarin is aangegeven

2 A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4.

dat de jurisprudentie duidelijk maakt dat artikel 6 lid 1 van Richtlijn 2000/78 ('de Kaderrichtlijn') een specifieke rechtvaardigingsgrond is voor direct leeftijdsonderscheid, die zich onderscheidt van de algemene objectieve rechtvaardiging van indirecte discriminatie, doordat de legitimatie van het onderscheid moet liggen in algemeen sociaal beleid. Het moet gaan om publieke belangen op het vlak van werk en inkomen, niet om individuele belangen van de werkgever. Zowel de overheid als de sociale partners mogen dit sociaal beleid met een ruime beoordelingsmarge vaststellen. Of ook individuele werkgevers 'algemeen sociaal beleid' kunnen maken, is nog niet duidelijk. Wel blijkt dat de overheid en de sociale partners specifieke werkgeversbelangen, zoals flexibel personeelsbeheer, mogen meewegen bij het vaststellen van sociale beleidsmaatregelen.

Ook de proportionaliteitstoets kan bij leeftijdsdiscriminatie anders zijn dan we gewend zijn bij seksediscriminatie. Dat het middel niet verder moet gaan dan noodzakelijk voor het doel, hield tot zoverre in dat geen ander middel beschikbaar was dat tot minder of geen inbreuk op het recht op gelijke behandeling leidt. Hoewel niet altijd consequent, hanteert het Hof met name in de arresten over pensioenontslag ook een andere toets: het middel dient niet verder te gaan dan nodig wanneer het 'geen excessieve inbreuk maakt op werknemersbelangen', zoals het recht op werk of voldoende inkomen. Deze 'belangentoets' lijkt lichter dan de 'minst beperkend middel'-toets. Het grondrecht van gelijke behandeling neemt af aan gewicht terwijl het belang van sociale beleidsdoelen toeneemt, mits er geen excessieve inbreuk wordt gemaakt op het individuele belang van werk of inkomen. Naast deze andere 'noodzakelijkheidstoets' weegt het Hof ook de gebruikte vorm van de regeling mee in de mate van proportionaliteit van het middel. Cao's dragen bij aan de proportionaliteit van het gebruikte middel vanwege hun flexibiliteit, aldus het Hof. Dit wil zeggen dat ze naar sector kunnen differentiëren[3] dan wel gemakkelijk zijn aan te passen omdat contracten opzegbaar zijn.[4] Ook hier gaat het niet om een consequente lijn. In andere arresten wordt weer benadrukt dat sociale partners de (dwingendrechtelijke) richtlijn in acht moeten nemen.[5]

3 HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05 Palacios de la Villa, *JAR*, 2007/288.
4 HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 Rosenbladt, *JAR*, 2010/279.
5 HvJ EU 13 september 2011, C-447/09 Prigge, *JAR* 2011/263 en HvJ EU 08-09-2011, C-297/10 Hennigs, *JAR* 2011/278.

9.2.2 Rosenbladt en Andersen

Waar de toepassing van het leerstuk van leeftijdsdiscriminatie tot dusver toe leidt, is voor het gedwongen pensioenontslag zelf wel min of meer duidelijk geworden. De overheid of de sociale partners mogen de maximale duur van het arbeidsleven bepalen met het oog op de werkgelegenheid voor jongere generaties. Er wordt geen excessieve inbreuk aangenomen op het belang van doorwerken, ook niet als de pensioenopbouw (verregaand) onvolledig is en de werknemer op werk blijft aangewezen. Het is de ontslagen werknemer na het pensioenontslag immers niet verboden om nieuw werk te zoeken en daarbij bestaat weer recht op gelijke behandeling, overweegt het Hof hierover (*Rosenbladt*).

De eerste maal dat een excessieve inbreuk op een werknemersbelang door het Hof is aangenomen, is in een arrest over het onderwerp van ontslagvergoedingen. In *Andersen* draait het om een wettelijke ontslagvergoeding die herintreding op de arbeidsmarkt moet bevorderen en daarom niet wordt toegekend wanneer de werknemer aanspraak kan maken op regulier pensioen dan wel op vervroegd pensioen.[6] Het bevorderen van herintreding en het voorkomen dat werknemers in een gunstiger positie komen te verkeren dan zonder ontslag, omdat de vergoeding naast pensioen wordt genoten, acht het Hof legitieme doelen. Maar in het geval dat slechts een aanspraak op (vroeg)pensioen bestaat en geen pensioenuitkering wordt ontvangen, is de ontzegging van de ontslagvergoeding niet noodzakelijk. Er is sprake van een excessieve inbreuk op werknemersbelangen, omdat de maatregel het recht op (door)werken bemoeilijkt en ertoe kan dwingen (door minder opbouw van arbeidsjaren) een lager ouderdomspensioen te accepteren. Het verschil met *Rosenbladt*, dat niet gaat over een ontslagvergoeding maar over pensioenontslag, lijkt subtiel. In *Rosenbladt* neemt het Hof aan dat het recht op doorwerken bij gedwongen pensionering op 65 jaar 'gecompenseerd' wordt doordat nieuw werk kan worden gezocht. Voor Andersen geldt dat hij door gebrek aan enige ontslagvergoeding 'gedwongen' zou zijn vervroegd te pensioneren in plaats van beschikbaar voor werk te blijven, waardoor zijn recht op doorwerken wordt bemoeilijkt en hij een lager ouderdomspensioen moet accepteren.

6 HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 Andersen, *JAR*, 2010/296.

9.2.3 Odar en Toftgaard

Ook een latere zaak, *Odar*, betreft de ontslagvergoeding.[7] Het arrest geeft geen verduidelijking maar roept juist meer vragen op omdat het strijdig lijkt met *Andersen*. Het gaat in dit geval om een sociaal plan waarin voor 54-plussers de standaardontslagvergoeding, gebaseerd op dienstjaren en leeftijd, wordt afgetopt bij het inkomensbedrag dat, zonder reorganisatieontslag, maximaal nog kan worden genoten tot aan de vroegst mogelijke pensioendatum, ook als de dan bestaande pensioenaanspraak lager zou zijn wegens vervroegde pensionering. Hierbij geldt een ondergrens omdat tenminste recht blijft bestaat op 50% van de standaardvergoeding (zonder aftopping). Het Hof acht de doelstelling van het sociaal plan om de beperkte middelen zo te verdelen dat diegenen die op nieuw werk zijn aangewezen beter worden beschermd dan diegenen die niet langer werk zoeken, omdat zij pensioen (zullen) ontvangen en dus minder economisch nadeel hebben, legitiem. Bij de beoordeling of de verlaging van de ontslagvergoeding daarvoor niet verder gaat dan noodzakelijk is, wijst het Hof erop dat de aftopping geldt tot de vroegst mogelijke pensioendatum, dat wil zeggen het tijdstip waarop aanspraak op pensioen ontstaat met inbegrip van een vroegpensioen. Vervolgens wordt geoordeeld dat 'het sociaal plan niettemin enkel (bepaalt) dat de ontslagvergoeding voor deze werknemers wordt verlaagd' vanwege de daarin opgenomen garantie van een halve standaardvergoeding.[8] Bovendien, zo stelt het Hof, neemt de standaardvergoeding toe met leeftijd. Tenslotte vloeit het sociaal plan voort uit collectieve onderhandelingen, wat een niet te verwaarlozen flexibiliteit biedt omdat de overeenkomst opzegbaar is.[9] Op grond van dit alles is het pensioenplafond gerechtvaardigd.

Dit lijkt haaks te staan op *Andersen*. Daaruit blijkt immers dat een pensioenplafond in een wettelijke ontslagregeling dat rekening houdt met de enkele aanspraak op (vroeg)pensioen, niet acceptabel is, omdat dit het recht op doorwerken bemoeilijkt en tot pensioenschade dwingt. Volgens Koster, daarin gevolgd door Vegter, zou het verschil met *Odar* (moeten) voortvloeien uit het feit dat werknemer Odar daadwerkelijk met pensioen ging, en Andersen niet.[10] Zoals Vegter ook stelt, wordt dat echter niet onderzocht door het Hof. Dat ligt naar

7 HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 Odar, *JAR*, 2013/19.

8 *Odar*, r.o. 51.

9 *Odar*, r.o. 53.

10 M. Koster, noot bij HvJ EU 6 december 2012, *JAR* 2013/19; M.S.A. Vegter, HvJ EU 26 september 2013, *JAR* 2013/266.

mijn mening wel voor de hand, omdat Odar op het moment van ontslag nog niet pensioengerechtigd was. In het kader van het opmerkelijke vervolg van deze zaak lijkt het Hof er overigens niet vanuit te gaan dat Odar daadwerkelijk pensioneert op de vroegst mogelijke pensioendatum.

Odar blijkt wegens een handicap aanspraak te kunnen maken op een arbeidsongeschiktheidspensioen dat drie jaar eerder ingaat dan het gewoon pensioen. Zijn ontslagvergoeding zal door de aftopping tegen de vroegst mogelijke pensioendatum navenant lager zijn, zij het dat recht blijft bestaan op de helft van de standaardvergoeding. Op de discriminatiegrond van handicap neemt het Hof vervolgens aan dat de aftopping van de ontslagvergoeding wel een buitensporige inbreuk maakt op de belangen van Odar om als gehandicapte werknemer een nieuwe werkkring te vinden. Het sociaal plan miskent, aldus het Hof, de risico's dat het voor gehandicapten moeilijker is nieuw werk te vinden met name als zij ouder zijn. Het verschillende oordeel van het Hof over de toelaatbaarheid van pensioenplafonds op de gronden van leeftijd en handicap is moeilijk te doorgronden. Odar ontvangt, ondanks de lagere pensioenleeftijd voor gehandicapten, hetzelfde bedrag als in het geval dat hij niet gehandicapt was, vanwege de garantie van een halve standaardvergoeding. Waarom de garantieregeling voor het oordeel op grond van leeftijd doorslaggevend lijkt maar geen rol speelt bij het oordeel op grond van handicap, is onduidelijk. Belangrijk om het verschil met *Andersen* te begrijpen, is dat het voorts ongerijmd lijkt dat de aftopping van de ontslagvergoedingsregeling miskent dat gehandicapte werknemers moeilijker werk vinden, wanneer het Hof (bij het oordeel op grond van leeftijd) juist zou aannemen dat Odar daadwerkelijk met pensioen gaat, zoals Koster en Vegter opperen.

Koster noemt nog een ander verschil dat een verklaring zou kunnen bieden voor de schijnbaar onverenigbare uitspraken in *Andersen* en *Odar*.[11] Het laatste arrest betrof een door de sociale partners vastgestelde ontslagvergoeding en het eerste een wettelijke ontslagvergoeding. Hoewel in *Odar* inderdaad opnieuw wordt overwogen dat overeenkomsten tussen sociale partners bijdragen aan flexibiliteit, is het een nevenargument naast het, naar het zich laat aanzien, belangrijke argument dat de regeling tenminste de helft blijft garanderen van de standaardvergoeding. Hoewel verschillende schrijvers stellen dat uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een door de sociale partners vastgestelde regeling eerder gerechtvaardigd

11 M. Koster, a.w. (noot 10).

zal zijn,[12] kan hieruit toch niet worden afgeleid dat de overheid bij de (democratisch gelegitimeerde) vaststelling van een wettelijke ontslagvergoeding over een minder grote beoordelingsmarge zou beschikken dan de sociale partners. Een afdoende verklaring voor het verschil tussen *Andersen* en *Odar* lijkt dit daarom niet.

Alsof de duvel ermee speelt, moet in het laatste verschenen arrest *Toftgaard* opnieuw een wettelijke ontslagvergoedingsregeling het ontgelden.[13] Toftgaard wordt een wachtgelduitkering voor ambtenaren na reorganisatieontslag ontzegd, omdat hij 65 jaar is. Op deze leeftijd bestaat aanspraak op algemeen ouderdomspensioen, al kunnen pensioenuitkeringen op verzoek tot tien jaar worden uitgesteld. Voor de ambtenaren geldt een verplichte pensionering op 70 jaar. Aan het leeftijdsonderscheid liggen legitieme redenen ten grondslag, zo oordeelt het Hof. De wachtgeldregeling na reorganisatie heeft als doel dat ambtenaren beschikbaar blijven voor vervangende posten en moet hun bescherming bieden, terwijl tegelijkertijd misbruik moet worden voorkomen doordat ambtenaren wachtgeld ontvangen, hoewel zij met pensioen zijn gegaan. Maar evenals in *Andersen* blijkt het middel verder te gaan dan nodig, omdat een aanspraak op pensioen gelijk wordt gesteld aan pensioen ontvangen. Omdat er geen verplichting is tot pensionering op 65 jaar, zo overweegt het Hof, heeft dit tot gevolg dat ambtenaren die op de arbeidsmarkt willen blijven een ontslagvergoeding wordt ontzegd op grond van het enkele feit dat zij aanspraak kunnen maken op pensioen. Hierdoor kunnen zij verplicht zijn een lager pensioen te aanvaarden dan waarop zij bij langer doorwerken recht zouden hebben, met name indien sprake is van een onvolledige pensioenopbouw. Bovendien, zo overweegt het Hof verder, is er een minder beperkend middel om misbruik te voorkomen, namelijk door het wachtgeld voor te behouden aan die ambtenaren die tijdelijk afstand doen van ouderdomspensioen. Hoewel het Hof aangeeft dat met het oog op de uitvoerbaarheid van een wettelijke regeling niet in zijn algemeenheid geldt dat met individuele behoeften rekening moet wordt gehouden, blijkt in dit geval dat individueel onderzoek binnen het stelsel plaats dient te vinden met het oog op de inzetbaarheid van de overtollig ambtenaar.

12 M. Koster, a.w. (noot 10); C.S. Kehrer-Bot en E.LJ. Bruyninckx, 'Leeftijdsonderscheid in een sociaal plan: de laatste stand van zaken', *TAP* 2010 special 2; E.L.J. Bruyninckx, noot bij Kantonrechter Groningen 31 mei 2012, *JAR* 2012/231 en noot bij Kantonrechter Maastricht 20 december 2012, *JAR* 2013/97.

13 HvJ EU 26 september 2013, C-546/11 Toftgaard, *JAR* 2013/261.

9.2.4 Analyse

Het Europese Hof maakt het de praktijkjurist niet gemakkelijk om een consequente lijn in zijn jurisprudentie te vinden, wat ongetwijfeld aan de impopulariteit van het gebruik van het non-discriminatierecht bijdraagt. Ook in de bovenstaande jurisprudentie zijn weer wisselende toetsingsmaatstaven toegepast bij met name het meest cruciale onderdeel van de rechtvaardigingstoets, namelijk de beoordeling van de 'noodzakelijkheid' van het aangewende middel. In *Andersen* en *Rosenbladt* strekt het gemaakte leeftijdsonderscheid niet verder dan noodzakelijk wanneer geen excessieve inbreuk op het werknemersbelang van werk of inkomen wordt gemaakt. Ook het onderscheid op grond van handicap in *Odar* wordt beoordeeld op een excessieve inbreuk op een werknemersbelang. De beoordeling van de noodzakelijkheid van het leeftijdsonderscheid in dezelfde zaak neemt echter noch 'excessieve inbreuk', noch 'minst beperkend middel' tot uitgangspunt. Ook *Toftgaard* laat de maatstaf in het midden om te beoordelen of het middel verdergaat dan nodig, maar wijst als nevengeschikt argument wel weer op het bestaan van een alternatief middel dat minder beperkend is.

Ook voor wat betreft de aftopping van ontslagvergoedingen zelf, valt het niet mee om in de uitspraken een heldere lijn te ontdekken. Er valt alleen te speculeren wat de relevante verschillen zijn. *Toftgaard* is een duidelijke bevestiging van *Andersen.* Uit beide arresten volgt dat pensioenplafonds in ontslagvergoedingen in algemene zin zijn toegestaan, waarbij de rechtvaardiging met name wordt gevonden in het tegengaan van oneigenlijk gebruik. Een ontslagvergoeding die inkomensbescherming moet bieden tijdens terugkeer naar werk hoeft niet te worden toegekend wanneer pensioen*uitkeringen* worden genoten. In dat geval zal de werknemer doorgaans niet willen terugkeren op de arbeidsmarkt en ontvangt de werknemer een vervangingsinkomen. Pensioenplafonds die rekening houden met pensioen*aanspraken* waarbij er nog een keuze is om wel of niet te pensioneren, kunnen echter ongerechtvaardigde leeftijdsdiscriminatie opleveren omdat dit het recht op doorwerken bemoeilijkt en tot het aanvaarden van een lagere pensioenuitkering kan dwingen. De wens tot doorwerken, zo volgt met name uit *Toftgaard*, mag niet worden belemmerd zolang de verplichte pensioenleeftijd niet is bereikt (in dat geval 70 jaar). Pensioenplafonds die rekening houden met pensioenaanspraken die ontstaan voor de verplichte pensioenleeftijd, blijken echter niet categorisch verboden, zoals wellicht nog uit *Andersen* afgeleid had kunnen worden. *Toftgaard* maakt duidelijk

dat ontzegging van de ontslagvergoeding ook in dat geval mogelijk is, mits vaststaat dat de werknemer zijn pensioenaanspraak daadwerkelijk geldend maakt. Dat lijkt om individueel onderzoek te vragen, wat volgens het Hof niet in alle gevallen bij een wettelijke regeling kan worden gevraagd. Dit zou mogelijk voor sociale plannen anders kunnen zijn, omdat de schaal van toepassing kleiner is of omdat dergelijke plannen al vaak individuele toetsingsmogelijkheden kennen in de vorm van hardheidsclausules.

Odar betreft een sociaal plan en *Andersen* en *Toftgaard* een wettelijke regeling. Dit leidt naar alle waarschijnlijkheid niet tot verschillende regels voor pensioenplafonds in ontslagvergoedingen (zie ook de bijdrage van Van Arkel en De Witte, hoofdstuk 10). Sociale partners zullen niet over een ruimere beoordelingsmarge beschikken dan de overheid bij de vaststelling van ontslagvergoedingen. In *Odar* treffen we ook hetzelfde uitgangspunt aan als in de andere arresten, namelijk dat bepaalde werknemers die geen of weinig nadeel zullen ondervinden van het verlies van hun dienstbetrekking kunnen worden uitgesloten van ontslagvergoedingen. Voorkomen moet worden dat een werknemer een vergoeding krijgt die bedoeld is om hem te helpen bij het zoeken van werk, terwijl hij met pensioen gaat.[14] De onverenigbaarheid van *Odar* met de andere arresten ligt dan ook enkel in het feit dat het gerechtvaardigd pensioenplafond ook rekening houdt met pensioenaanspraken bij vervroegde pensionering. Het is daarbij overigens niet duidelijk of Odar daar aanspraak op zou kunnen maken. Hij heeft in ieder geval aanspraak op een arbeidsongeschiktheidspensioen dat weliswaar eerder ingaat, maar waarvan onduidelijk blijft of dit een verplicht of een keuzepensioen is. Doorslaggevend acht het Hof dat het pensioenplafond niet leidt tot een gehele ontzegging van een vergoeding maar 'enkel' tot een verlaging, vanwege de garantieregeling. Het middel strekt daardoor niet verder dan noodzakelijk.

9.3 De Nederlandse rechtspraktijk

9.3.1 Inleiding

Voor de Nederlandse situatie betekent deze Europese jurisprudentie dat in afvloeiingsregelingen onderscheid mag worden gemaakt

14 R.o. 40-41.

tussen jongere werknemers, waarbij de vergoeding meer bescherming kan bieden om hen te helpen re-integreren, en oudere werknemers waarbij de vergoeding rekening mag houden met (toekomstige) pensioenuitkeringen omdat deze werknemers minder schade zullen lijden als gevolg van het verlies van hun arbeidsbetrekking vanwege het naderend pensioen. Dit is vanaf 2007 ook de lijn van de CGB[15] geweest.[16] Anders dan de CGB meent (zie later), mag in de wijze van aftopping echter geen rekening worden gehouden met een aanspraak op vroegpensioen, tenzij vaststaat dat de ontslagen werknemer daadwerkelijk met vervroegd pensioen gaat. Zou het niet doenlijk blijken dit per geval te onderzoeken dan zou misschien op grond van *Odar* nog zijn te bepleiten – afhankelijk van de interpretatie die men verkiest – dat in het geval dat alleen met aanspraken wordt rekening gehouden, dit niet tot ontzegging maar wel tot verlaging van de ontslagvergoeding mag leiden. Dat zou kunnen door tenminste een deel te garanderen van de standaardvergoeding.

Voor de toepassing door de kantonrechter van pensioenplafonds bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding van artikel 7:685 BW lijkt hetzelfde te gelden.[17] Pensioenplafonds zijn indirect discriminerend omdat zij ouderen in meerdere mate treffen. Op basis van de Europese jurisprudentie zou Aanbeveling 3.5 een strikte uitleg vergen. De aanbeveling stelt bij aftopping de 'redelijkerwijze te verwachten pensioneringsdatum' centraal. Voor de beantwoording van de vraag of de door de werknemer genoemde pensioneringsdatum aannemelijk is, kunnen gebruiken in de branche of bedrijf echter een rol spelen. Uit *Tofgaard* volgt dat zolang het niet om verplichte pensionering gaat, de individuele wens van de werknemer uitgangspunt moet zijn. Wat 'gebruikelijk' is, lijkt dus niet meegewogen te mogen worden.[18] *Toftgaard* laat overigens wel ruimte om misbruik te bestrijden. Zo zou aan een mogelijkheid tot terugbetaling van (een deel van) de ontslagvergoeding kunnen worden gedacht, wanneer mocht blijken dat de werknemer toch eerder pensioneert dan de aangegeven pensioendatum. Ook bij de toepassing van Aanbeveling 3.7 kan de vraag spelen of het met de representatieve vakbonden gesloten sociaal plan een pensioenplafond hanteert dat uitgaat van enkel de aanspraak op vroegpensioen. In dat geval zou, naar mijn

15 Inmiddels College voor de rechten van de mens.

16 CGB-advies 2007/05, Leeftijdsonderscheid in sociale plannen, 14 september 2007.

17 Zie ook M. Koster, a.w. (noot 10).

18 Dit wordt in algemene zin ook al bepleit door Schreurs en Van der Kind, 'Het maximum van Aanbeveling 3.5', *ArbeidsRecht* 2011/46.

mening, het gevolg zijn dat het gestelde plafond nietig is wegens strijd met de WGBL en niet dat er sprake is van een evident onbillijke uitkomst. Toepassing van Aanbeveling 3.7 zou vervolgens inhouden dat een vergoeding wordt toegekend overeenkomstig het sociaal plan zonder aftopping.

Omdat de Europese jurisprudentie voor meerdere uitleg vatbaar is, blijven bovenstaande vuistregels enigszins speculatief. Het is niet uitgesloten, zoals sommigen menen,[19] dat de betrokkenheid van representatieve vakbonden ertoe leidt dat pensioenplafonds gebaseerd op (vervroegde) pensioenaanspraken wel gerechtvaardigd zullen zijn. Ook is, zoals gezegd, discussie mogelijk over de vraag of voor aftopping in alle gevallen vereist is dat de werknemer daadwerkelijk met pensioen gaat zolang er een keuze is, of dat dit alleen anders is bij enkel een verlaging van de vergoeding tot aan een gegarandeerd minimum.

Hierna wordt onderzocht hoe de Nederlandse kantonrechter tot nu toe omgaat met leeftijdsdiscriminatie bij ontslagvergoedingen. Dit beperkt zich slechts tot een paar recente uitspraken waardoor niet gesteld kan worden dat deze representatief zijn. Ze zijn echter wel verschenen na het oordeel van het Hof in *Andersen.*

9.3.2 De Kantonrechter Groningen[20]

Een werkgever die wil reorganiseren heeft met representatieve vakbonden een sociaal plan opgesteld. De vergoeding is gebaseerd op leeftijd en dienstjaren en kent een anticumulatiebepaling (pensioenplafond) dat bepaalt dat de schadeloosstelling niet hoger zal zijn dan de redelijkerwijs te verwachten inkomensderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd (65 jaar). Een met ontslag bedreigde werknemer verzoekt zelf ontbinding en doet beroep op de nietigheid van het anticumulatiebeding wegens strijd met de WGBL. De kantonrechter overweegt daarover dat het feit dat het sociaal plan is overeengekomen met representatieve vakbonden niet in de weg staat aan een toetsing aan de WGBL. Evenmin kan met vrucht worden aangevoerd dat enkel in het geval van evident onredelijke uitkomsten van het sociaal plan, afwijkingen van dat plan zijn gerechtvaardigd. Tussen partijen is niet in geschil dat toepassing van het pensioenplafond een (in)direct onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft. Het is aan de werkgever te bewijzen dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. De werkgever heeft

19 O.a. Kehrer-Bot en Bruyninckx, a.w. (noot 12).

20 Uitspraak 31 mei 2012, JAR 2012/231.

hiertoe aangevoerd dat doel van de regeling is het zoveel mogelijk tegengaan van inkomensverlies voor de ontslagen werknemers. Het kent daarom een outplacementvoorziening voor jongeren die relatief snel kunnen terugkeren naar werk en een anticumulatiebepaling voor ouderen die moeilijker werk zullen vinden. De kantonrechter is van oordeel dat met deze argumentatie geenszins een objectieve rechtvaardiging is gegeven voor het onderscheid. Legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit ontbreken. Het beding is daarom nietig en dient buiten toepassing te blijven bij de berekening van de vergoeding.

9.3.3 De Kantonrechter Amsterdam[21]

In deze uitspraak gaat het om een met representatieve vakbonden gesloten sociaal plan dat de ontslagvergoeding maximeert tot het bedrag dat aan salaris zou zijn ontvangen tot aan de 'pensioenrichtleeftijd'. Deze is voor oudere werknemers, geboren voor 1 jan 1950, 62 jaar vanwege de mogelijkheid van vroegpensioen, voor de overigen 65 jaar. Eiser is 62 jaar en geboren voor 1950, waardoor hij op basis van het sociaal plan geen ontslagvergoeding ontvangt. In een eerdere ontbindingsprocedure had de kantonrechter geoordeeld dat het uitblijven van een vergoeding evident onbillijk was en had alsnog een vergoeding vastgesteld. Hierin werd weliswaar ook rekening gehouden met de aanspraak op vroegpensioen, maar ook met het lagere ouderdomspensioen als gevolg van vervroegde pensionering. Het beroep op de WGBL hoefde niet onderzocht te worden, omdat het sociaal plan een hardheidsclausule kende om wel een vergoeding vast te stellen, aldus de rechter

In een nieuwe procedure probeert de werknemer het opnieuw en vordert nakoming van het sociaal plan, ervan uitgaande dat het pensioenplafond nietig is wegens strijd met de WGBL. De Kantonrechter Amsterdam ziet geen obstakel in de Baijingsleer en toetst het sociaal plan aan de WGBL. Een pensioenplafond gebaseerd op de aanspraak op vroegpensioen wordt als het maken van onderscheid aangemerkt omdat het onlosmakelijk met leeftijd is verbonden. Hiervoor is echter een legitiem doel aanwezig, omdat het plan rekening houdt met de arbeidsmarktpositie van verschillende leeftijdscategorieën, met het verschil in inkomensderving tot aan pensioen en bevoordeling wil voorkomen omdat de werknemer een vergoeding naast pensioen ontvangt en daardoor in een gunstigere

21 Uitspraak 22 oktober 2012, JAR 2013/2.

financiële situatie komt dan zonder ontslag. Het middel is echter niet noodzakelijk want bevoordeling wordt alleen voorkomen wanneer de werknemer daadwerkelijk zou uittreden op 62 jaar, wat niet het geval is. De wens tot doorwerken moet worden gerespecteerd, zeker in het huidige tijdsgewricht. Bovendien is er een minder beperkend middel voor handen, namelijk maximering van de vergoeding tot aan de pensioendatum van 65 jaar. Het bezwaar dat dit tot bevoordeling zou leiden wanneer wel vervroegd wordt uitgetreden, kan zo nodig worden voorkomen door de vergoeding (bij 65 jaar) alleen aan te bieden aan die werknemers die zich daadwerkelijk beschikbaar houden voor de arbeidsmarkt. Het maximeringsbeding is nietig en de kantonrechter kent, zoals gevorderd, een vergoeding toe gebaseerd op een pensioenplafond van 65 jaar, onder aftrek van de eerder toegekende ontbindingsvergoeding.

9.3.4 De Kantonrechter Maastricht[22]

Tenslotte een uitspraak van net na *Odar*. Ook hier staat een anticumulatiebeding in een sociaal plan centraal dat echter uitgaat van een plafond bij inkomensderving tot aan de pensioendatum van 65 jaar. De kantonrechter merkt dit aan als een indirect leeftijdsonderscheid. De bepaling bevat geen leeftijdscriterium maar is in de praktijk van toepassing op de categorie van de oudere werknemers. De enkele stelling dat het sociaal plan in overleg met representatieve vakorganisaties tot stand is gekomen, betekent niet dat aan de normen van de objectieve rechtvaardiging is voldaan, aldus de kantonrechter. Het doel van de maximering van de ontslagvergoeding wordt legitiem geacht. De rechter legt dit zodanig uit dat het beding wil voorkomen dat werknemers als gevolg van hun ontslag in een betere financiële positie komen dan waarin zij zouden hebben verkeerd indien hun dienstverband niet was beëindigd. Het middel is echter niet proportioneel in verhouding tot het doel. De kans dat oudere werknemers hun pensioenschade zelf kunnen opvangen door nieuw werk is namelijk kleiner dan bij jongere werknemers. De werknemer heeft verder onbetwist gesteld dat hij zijn vroegpensioen, dat in mindering gebracht zal worden op zijn WW-uitkering, zal moeten aanspreken, waardoor zijn ouderdomspensioen lager zal zijn. Het pensioenplafond is derhalve nietig, waarop een vergoeding zonder maximering wordt toegewezen.

22 Uitspraak 20 december 2012, JAR 2013/97.

9.3.5 Analyse

Uit dit geenszins representatieve overzichtje volgt dat alleen het oordeel van de Kantonrechter Amsterdam keurig in het Europese plaatje past. De casus sluit ook aan bij *Andersen* omdat het rekening houden met vroegpensioenaanspraken bij de bepaling van de ontslagvergoeding in dit geval tot geen enkele vergoeding leidt. De rechter volgt de redenering van het Hof in deze zaak, waarnaar ook wordt verwezen, namelijk dat aanspraak op vroegpensioen niet bekent dat ook pensioenuitkeringen worden ontvangen. Het plafond is daarom niet noodzakelijk om bevoordeling te voorkomen en gaat in tegen de - te respecteren - wens tot doorwerken. Wat de kantonrechter niet kon weten, is dat ook al wordt aangesloten bij het latere *Toftgaard*. Een aftopping bij de pensioenaanspraak op 65 jaar wordt als een minder beperkend middel gepresenteerd en wordt op vordering van de werknemer ook toegepast. Dit stemt overeen met de uitleg van de Europese regels als aangenomen wordt dat de pensioenaanspraak op 65 jaar een verplichte pensionering betrof. Ook wordt, evenals het Hof oppert in *Toftgaard*,[23] gewezen op de mogelijkheid dat misbreuk kan worden gestraft wanneer de werknemer wel met vervroegd pensioen gaat. De beide andere kantonrechteruitspraken zijn niet in overeenstemming met *Toftgaard*, omdat de pensioenplafonds – die uitgaan van maximering op basis van de inkomensderving tot aan de verplichte pensioenleeftijd van 65 jaar – nietig worden geacht. Omdat bij verplichte pensionering echter niet slechts aanspraak bestaat op pensioen maar ook daadwerkelijk pensioenuitkeringen worden ontvangen, zal de aftopping van de vergoeding die met deze inkomsten rekening houdt, volgens de Europese jurisprudentie althans, niet verder strekken dan nodig.

Kantonrechter Groningen gaat wel erg kort door de bocht met zijn oordeel. Geconstateerd wordt dat er onvoldoende bewijs van een objectieve rechtvaardiging is, waarna deze zonder veel motivering wordt afgewezen. Het door de verweerder gestelde doel dat het sociaal plan inkomensverlies voor de ontslagen werknemers wil tegengaan, is misschien niet handig omdat de jongere werknemers bij het vinden van werk (misschien wel dankzij de geboden outplacement) de vergoeding niet hoeven terug te betalen, terwijl voor ouderen wel een anticumulatieregeling geldt. Desondanks blijkt dat

23 R.o. 69.

het sociaal plan met de verschillende arbeidsmarktpositie van diverse leeftijdscategorieën rekening houdt en de regeling in feite oneigenlijk voordeel door cumulatie van een ontslagvergoeding en pensioen wil voorkomen. Uitgaande van deze legitieme doelen zou het middel geschikt en noodzakelijk zijn, omdat wordt afgetopt bij de verplichte pensioenleeftijd van 65 jaar.[24] De beschikking bevat weinig informatie maar de korte weergave van de feiten doet wel twijfel rijzen of deze conclusie inderdaad stand kan houden. Uit de feiten valt namelijk af te leiden dat het bedrag van inkomensderving waarbij wordt afgetopt, wordt gedefinieerd als het salaris tot aan het verplichte pensioen, maar verminderd met de som van maandelijkse WW-uitkeringen en de som van de maandelijkse pensioenuitkeringen waarop tot 65 jaar recht bestaat. Als het laatste ziet op een aanspraak op vroegpensioen, dan dwingt de aftopping tot aan de pensioendatum van 65 jaar via de achterdeur van de definitie van inkomensderving alsnog tot het opnemen van vroegpensioen in strijd met *Andersen.* Voor de verrekening van werkloosheidsuitkeringen kan volgens mij niet dezelfde redenering gelden. Deze uitkeringen gaan niet uit van mogelijke pensionering maar juist van beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt en kunnen dus verrekend worden met de ontslagvergoeding die in feite het zelfde doel dient.

Kantonrechter Maastricht, ten slotte, neemt de pensioenschade van oudere werknemers die niet of nauwelijks meer aan het werk komen in aanmerking. Omdat dit niet in de inkomensderving tot 65 jaar is verdisconteerd bij aftopping, is het plafond niet evenredig aan het doel te voorkomen dat werknemers als gevolg van hun ontslag in een betere financiële positie komen. Vegter heeft al eerder bepleit dat pensioenschade meegenomen moet worden bij de vaststelling van de omvang van de inkomensderving, voor zover het gaat om het pensioenplafond uit Aanbeveling 3.5.[25] Of deze eis ook uit het Europese recht voortvloeit, is moeilijk te bepalen. Het Hof onderkent pensioenschade wanneer wordt overwogen dat Andersen bij 'gedwongen' vervroegde pensionering ook een lager ouderdomspensioen zou moeten accepteren. Eenzelfde overweging kent *Toftgaard.*[26] De redenering van het Hof gaat er echter vanuit dat indien de

24 Zo ook E.L.J. Bruyninckx, noot bij Kantonrechter Groningen 31 mei 2012, *JAR* 2012/231.

25 M.S.A. Vegter, 'Leeftijdsdiscriminatie in sociaal plan. Beperking vergoeding tot inkomstenderving tot aan 65e jaar', *TRA* 2012-89.

26 R.o. 68.

ontslagvergoeding *niet* wordt afgetopt wegens aanspraak op vroegpensioen, de werknemer de schade juist kan voorkomen door langer door te werken. Wanneer pensioenschade in de inkomensderving tot aan de verplichte pensioenleeftijd moet worden meegenomen, zoals de kantonrechter meent, gaat dit er juist vanuit dat de werknemer, hoewel hij niet tot vervroegd pensioen wordt gedwongen, tot aan het verplichte pensioen sowieso geen werk meer zal vinden. Een directe aanwijzing om pensioenschade te verdisconteren als de werknemer niet gedwongen wordt de arbeidsmarkt vroegtijdig te verlaten, vind ik dus niet in de Europese jurisprudentie. Wellicht zou wel gesteld kunnen worden dat de rechtvaardiging van het doel van het leeftijdsonderscheid in een sociaal plan vaak gestoeld is op de observatie dat ouderen nog maar moeilijk aan het werk komen. In dat geval is pensioenschade dus wel aannemelijk.

De uitspraken gaan, voor zover het ontbindingsprocedures betreft, terecht uit van een toetsing van een sociaal plan dat met representatieve vakorganisaties is overeengekomen, aan primair de WGBL en niet Aanbeveling 3.7. Bruyninckx meent evenwel dat de kantonrechters Groningen en Maastricht miskennen dat dit slechts een marginale toetsing mag zijn wanneer de sociale partners bij de opstelling van het sociaal plan betrokken zijn. Dit zou mede volgen uit de opstelling van (destijds) de CGB die sociale plannen, vastgesteld door de sociale partners, marginaal toets als deze recht doen aan de arbeidsmarktpositie van verschillende leeftijdscategorieën. Verrekening van sociale uitkeringen en aanspraken op (vroeg)pensioen zijn daarbij toegestaan.[27] Dat betrokkenheid van de sociale partners de kans op gerechtvaardigd onderscheid verhoogt, blijkt wel uit de Europese rechtspraak omdat daardoor een evenwichtige belangenafweging kan hebben plaatsgevonden (*Rosenbladt*) en collectieve overeenkomsten flexibel zijn (*Rosenbladt, Odar*). Tegelijkertijd lijkt het de rechter echter niet te ontslaan van een meer dan marginale toets. In *Andersen* en *Toftgaard* wordt met name de noodzakelijkheid van het aangewende middel niet afgedaan op de kennelijke redelijkheid of onredelijkheid daarvan, maar inhoudelijk onderzocht op coherentie en consistentie in het licht van het gestelde doel. Het ging hier weliswaar om wettelijke regelingen maar de overheid zal niet over minder beoordelingsmarge beschikken dan de sociale partners. Bovendien is een dergelijke 'coherentietoets' ook terug te

27 Vgl. CGB-oordelen 2009-13; 2009-99.

vinden in bijvoorbeeld *Prigge* en *Hennigs* die wel regelingen van sociale partners betroffen.[28]

9.4 Conclusie

Ondanks dat het gebruik van het gelijkebehandelingsrecht in de arbeidsrechtspraktijk over het algemeen beperkt is, speelt het leeftijdsdiscriminatierecht wel degelijk een rol van betekenis als het gaat om ontslagvergoedingsprocedures. Dat het aftoppen van ontslagvergoedingen daarbij beheerst kan worden door een Europese richtlijn – waardoor het nationaal recht richtlijnconform moet worden uitgelegd – lijken de partijen die bij de rechtsstrijd zijn betrokken, inclusief de rechter op uitzonderingen na, nog maar weinig te beseffen. De uitleg van de WGBL over aftopping van ontslagvergoedingen waaiert nog ver uiteen per kantonrechter. Aan de andere kant moet ook gezegd worden dat de jurisprudentie van het Hof op dit gebied van recente datum is en, zoals gewoonlijk, niet uitblinkt in transparantie. Desalniettemin zijn wel contouren duidelijk. Het heeft er veel van weg dat pensioenplafonds bij ontslagvergoedingen zowel strenger als ruimer kunnen worden beoordeeld dan nu in de praktijk gebeurt. Rekening houden met pensioenaanspraken op de verplichte pensioendatum is geoorloofd bij aftopping van de vergoeding. Dat zou mogelijk ook zo zijn wanneer geen rekening is gehouden met pensioenschade, omdat het Hof er vanuit gaat dat de werknemer met de ontslagvergoeding nieuw werk kan vinden tot aan de verplichte pensioendatum. Maar deze vraag is nog onbeslist. Het is immers ook zo dat de ratio van het leeftijdsonderscheid in de ontslagvergoeding vaak is dat oudere werknemers weinig kansen hebben op werk. Aftopping van de vergoeding waarbij rekening wordt gehouden met *aanspraken* op vroegpensioen is niet toegestaan, of het sociaal plan nu uitgaat van de 'vroegst mogelijke pensioendatum' dan wel aanspraken op vroegpensioen in mindering brengt op het bedrag van inkomensderving tot aan de verplichte pensioenleeftijd. Aftopping bij vroegpensioen mag echter weer wel als vaststaat dat de werknemer vrijwillig zijn vroegpensioen zal opnemen. Afhankelijk hoe men de zaak *Odar* leest, zou ook vol te houden zijn dat zelfs als niet vaststaat of de werknemer vrijwillig wil pensioneren op een eerdere datum, aftopping bij aanspraak op vroegpensioen toch

28 Meer over deze toets in de genoemde zaken, A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4.

kan, mits een deel van de standaardvergoeding zonder aftopping wordt gegarandeerd. In dat geval leidt de aftopping wel tot een verlaging maar niet tot de ontzegging van de ontslagvergoeding. Het laatste arrest *Toftgaard* bevestigt noch ontkent deze uitleg, waardoor zal moeten worden afgewacht hoe de verhouding tussen *Odar* en *Toftgaard/Andersen* precies is. Kortom, het Europese leeftijdsdiscriminatierecht biedt zowel werkgevers als werknemers nog meer dan voldoende munitie om de door hen gewenste ontslagvergoeding bij reorganisatie te bepleiten.

10 Pensioenontslag: de stand van zaken

*M.B. de Witte-van den Haak en R. van Arkel**

10.1 Inleiding

Dit jaar is het tien jaar geleden dat, ter implementatie van Richtlijn 2000/78/EG ('Kaderrichtlijn'), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) in werking trad. De eerste arresten over de vraag of pensioenontslag leeftijdsdiscriminatie oplevert, dateren reeds van eerdere datum. Inmiddels heeft het Hof van Justitie EU (hierna aangeduid als: *'het Hof'*)[1] een reeks van arresten over dit onderwerp gewezen en in 2012 heeft de Hoge Raad (in het KLM-vliegers-arrest) geoordeeld over de vraag of pensioenontslag strijd met de WGBL oplevert. Gelet op de hoeveelheid jurisprudentie zou mogen worden aangenomen dat inmiddels duidelijkheid bestaat over de vraag in welke situaties pensioenontslag wel en niet is toegestaan. In deze bijdrage zullen wij ingaan op de stand van zaken met betrekking tot het pensioenontslag. Hoewel er inmiddels meer duidelijkheid is, zal uit deze bijdrage blijken dat er nog verschillende vragen openstaan.

Met het begrip 'pensioenontslag' wordt niet altijd hetzelfde bedoeld. De term wordt gebruikt voor ontslag vanwege het bereiken van de leeftijd waarop:

- recht bestaat op een wettelijk ouderdomspensioen (in Nederland de AOW-uitkering);
- recht bestaat op ouderdomspensioen op grond van een tussen de werkgever en werknemer gesloten (pensioen)overeenkomst; of
- gebruik kan worden gemaakt van vroegpensioen.

* *Ruben van Arkel en Monique de Witte-van den Haak zijn advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag.*

1 Daar wordt tevens onder verstaan het Hof van Justitie van de EG. Waar wordt gerefereerd aan een Nederlands gerechtshof zal de plaatsnaam worden toegevoegd.

In deze bijdrage maken wij onderscheid tussen ontslag op de AOW-leeftijd (par. 10.3), na de AOW-leeftijd (par. 10.4) en vóór het bereiken van de AOW-leeftijd (par. 10.5). Deze indeling sluit aan bij artikel 7 WGBL, waarin is bepaald dat ontslag wegens het bereiken van de AOW-leeftijd geen verboden leeftijdsonderscheid oplevert. De desbetreffende ontslagleeftijd kan op verschillende plaatsen zijn geregeld, bijv. in een cao maar ook in een individuele arbeidsovereenkomst of in een op de wet gebaseerde regeling. Hierna gaan we echter eerst nog even kort in op de regels uit de Kaderrichtlijn en de WGBL die van belang zijn voor het pensioenontslag (par. 10.2)

10.2 De Kaderrichtlijn en de WGBL

Uit artikel 1 blijkt dat de Kaderrichtlijn tot doel heeft een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid met betrekking tot arbeid en beroep, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden. Artikel 2 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat voor de toepassing van de Kaderrichtlijn onder het beginsel van gelijke behandeling wordt verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden. Leeftijd is dus één van die gronden.

Artikel 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn kent een bijzondere regeling voor de rechtvaardiging van verschillen in behandeling op grond van leeftijd. Lidstaten wordt de mogelijkheid geboden te bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen, indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Als voorbeeld wordt vervolgens genoemd:

> *'a) het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opneming in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren;*
> *b, ...etc.'*

Ter implementatie van de in de Kaderrichtlijn vastgelegde non-discriminatiegrond leeftijd is per 1 mei 2004 de WGBL in werking getreden. Het verbod om onderscheid te maken op grond van leeftijd is vastgelegd in artikel 2 WGBL. In artikel 3 WGBL is bepaald in welke situaties onderscheid verboden is, onder meer bij de beëindiging van een arbeidsverhouding (sub c). Artikel 7 WGBL regelt in welke gevallen geen sprake is van verboden onderscheid. Lid 1 van deze bepaling luidt:

'Het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid:

a. *gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;*
b. *betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd;*
c. *anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'*

10.3 Ontslag op AOW-leeftijd

10.3.1 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL

Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL bepaalt expliciet dat geen sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd in verband met het bereiken van de AOW-leeftijd of een bij een krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd. Op basis van deze nationale wetgeving, is de vraag of ontslag wegens het bereiken van de AOW-leeftijd verboden leeftijdsonderscheid oplevert dus eenvoudig te beantwoorden. Het antwoord luidt ontkennend.

De uitzondering uit artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL is niet expliciet in de Kaderrichtlijn opgenomen. In de literatuur is meermaals de vraag gesteld of deze bepaling wel in overeenstemming is

met de Kaderrichtlijn.[2] Aan de hand van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (hierna 'het Hof') zullen wij hierna bezien of dit al dan niet het geval is. Eerst gaan wij kort in op de verhoging van de AOW-leeftijd.

10.3.2 Verhoging AOW-leeftijd

Vanaf de inwerkingtreding van de AOW per 1 januari 1957 bestond vanaf de leeftijd van 65 jaar recht op een AOW-uitkering. Met inwerkingtreding van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd is de AOW-leeftijd met ingang van 1 januari 2013 verhoogd naar 65 jaar en één maand.[3] In 2014 is de AOW-leeftijd 65 jaar en twee maanden. Stapsgewijs wordt de AOW-leeftijd steeds sneller verhoogd. In 2019 zal de AOW-leeftijd 66 jaar zijn en in 2023 67 jaar.[4] Daarna zal deze worden gekoppeld aan de levensverwachting.

In de rechtspraak van het Hof lijkt onderscheid te worden gemaakt tussen ontslag vóór en vanaf 65 jaar. Voorheen liep dit dus parallel met de AOW-leeftijd. Nu is dat niet meer het geval. Hierna zal worden ingegaan op de rechtspraak van het Hof ter zake pensioenontslag op 65 jaar. Het ligt voor de hand dat indien een clausule op grond waarvan iemand op 65 jaar wordt ontslagen in een lidstaat wordt toegestaan, dit ook (of zelfs: des te meer) geldt voor een ontslag op een latere leeftijd.

10.3.3 Rechtspraak Europese Hof over het pensioenontslag op 65 jaar

In het Palacios de la Villa-arrest oordeelde het Hof over een Spaanse wet waarin was bepaald dat een pensioenontslagbeding in een cao geldig was.[5] Op grond van de wet mocht in een cao worden bepaald dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer eindigt als hij de

2 A.G. Veldman, 'Gedwongen pensioenontslag geoorloofd nationaal instrument van werkgelegenheidsbeleid?', *ArA* 2008-1, p. 97; R. van Arkel, 'Doorwerken na 65 jaar?: een tweede reactie', *TAR* 2008/10, p. 565-569; P.C. Vas Nunes, 'Is de WGBL richtlijnconform? Kanttekeningen bij Rb. 's-Gravenhage 14 april 2008', *TAP* 2009/2, p. 66-69; P.W.H.M. Willems en A. Barendregt, 'De positie van 65-plussers in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2009/10, p. 18-23.

3 *Stb.* 2012, 328.

4 In het Regeerakkoord 'Bruggen slaan' is voorzien in (opnieuw) een versnelde verhoging van de AOW-leeftijd na 2015. De AOW-leeftijd zal in dat geval in 2018 66 jaar bedragen en in 2021 67 jaar. Het wetsvoorstel daartoe moet nog worden ingediend.

5 HvJ EG 17 oktober 2007, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2008/38 (Palacios de la Villa).

pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar bereikt en voldoet aan de overige in de socialezekerheidswetgeving gestelde voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op een op premie- of bijdragebetaling berustend ouderdomspensioen. Het Hof overwoog dat de bepaling leeftijdsonderscheid oplevert, maar dat geen sprake is van verboden leeftijdsonderscheid als dit onderscheid in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitieme doelstelling van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid en de voor het bereiken van deze doelstelling van algemeen belang ingezette middelen, niet als daartoe niet passend en niet noodzakelijk zijn te beschouwen. Om vast te kunnen stellen of sprake is van een legitieme doelstelling is niet vereist dat de betreffende (in dit geval: cao-)bepaling verwijst naar een dergelijke doelstelling. Bij ontbreken van een dergelijke precisie is het echter wel van belang dat het onderliggende doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de betrokken maatregel, zodat de legitimiteit ervan en het passende en noodzakelijke karakter van de ter bereiking van dit doel gebruikte middelen door de rechter kunnen worden getoetst, aldus het Hof. Voorts overwoog het Hof dat de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het vaststellen van deze doelstellingen, alsook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt.[6] Het Hof heeft het voorgaande in het Age Concern England-arrest herhaald.[7] Het ging daar om een Engelse wettelijke bepaling waarin was vastgelegd dat geen sprake is van verboden leeftijdsdiscriminatie als ontslag wordt verleend op 65 jaar of ouder wegens pensionering. In lijn met het Palacios de la Villa-arrest overwoog het Hof dat een nationale regel die ontslag op 65 jaar toestaat geen nauwkeurige opsomming hoeft te bevatten van de doelstellingen van die regel, die een afwijking van het verbod op discriminatie op grond van leeftijd kunnen rechtvaardigen. Het is volgens het Hof aan de nationale rechter om na te gaan of de regeling aan een dergelijk legitiem doel beantwoordt en of het gekozen middel passend en noodzakelijk is.

In het Rosenbladt-arrest heeft het Hof verder voortgeborduurd op deze twee arresten.[8] Ook hier achtte het Hof legitieme doelstellingen aanwezig, te weten het bieden van zekerheid over het moment van pensionering en het zorgen voor doorstroming op de arbeidsmarkt,

6 Zie in gelijke zin HvJ EG 22 november 2005, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2006/227 (Mangold).

7 HvJ EU 5 maart 2009, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2009/299 (Age Concern England).

8 HvJ EU 12 oktober 2010, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2011/2 (Rosenbladt).

om pensioenontslag in een nationale wet toe te staan. Het Hof overwoog dat het toelaten van clausules op grond waarvan arbeidsovereenkomsten automatisch eindigen omdat de werknemer de pensioenleeftijd heeft bereikt, in beginsel niet kan worden aangemerkt als een excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde belangen van de betrokken werknemers. Daarbij achtte het Hof van belang dat die regeling niet alleen is gebaseerd op een bepaalde leeftijd, maar tevens rekening houdt met de omstandigheid dat de belanghebbenden aan het einde van hun beroepsloopbaan aanspraak hebben op een financiële vergoeding middels een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen.[9] Wel wees het Hof erop dat een in een cao opgenomen pensioenontslagbeding niet aan elke daadwerkelijke rechterlijke toetsing vanuit de Kaderrichtlijn is onttrokken. Dergelijke toetsing moet volgens het Hof aan de hand van de bijzondere kenmerken van de clausule worden verricht. Bij de overweging van het Hof dat bij het pensioenontslag niet alleen wordt gekeken naar de leeftijd, maar ook naar de aanspraak op ouderdomspensioen past een kanttekening. Mevrouw Rosenbladt had na ontslag recht op een zeer beperkt wettelijk ouderdomspensioen, namelijk van € 253,19 bruto per maand. Niettemin vond het Hof de regeling, die pensioenontslag toestond, passend en noodzakelijk. Wellicht speelde in de beoordeling van het Hof een rol dat het salaris van de schoonmaakster ook niet hoog was, namelijk € 307,48 bruto per maand. De pensioenuitkering was zodoende relatief bezien hoog.

Tot slot het Fuchs-arrest,[10] waarin het ging om een Duitse wet met een pensioenontslagclausule voor procureurs bij 65 jaar, onder voorbehoud van de mogelijkheid om, maximaal tot aan de leeftijd van 68 jaar, te blijven werken indien het belang van de dienst dit vereist. Het Hof oordeelde dat het onderscheid naar leeftijd berustte op een legitieme doelstelling. Kort gezegd, werd met de maatregel beoogd om een evenwicht tussen de generaties tot stand te brengen (met andere woorden: het doorstromingsargument). Het Hof herhaalde dat dit doel niet met precisie hoeft vast te staan. Het Hof liet het aan de nationale rechter om te beoordelen of het gekozen middel passend en noodzakelijk is. Volgens het Hof is daarvan slechts sprake wanneer is aangetoond dat de maatregel gelet op het nagestreefde doel niet onredelijk lijkt en gebaseerd is op gegevens waarvan de nationale rechter de bewijswaarde moet beoordelen.

9 Het Hof verwees daarbij naar het Palacios de la Villa-arrest.
10 HvJ EU 21 juli 2011, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2011/522.

10.3.4 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL niet in strijd met Kaderrichtlijn

Op basis van de hierboven besproken uitspraken van het Hof menen wij dat niet kan worden aangenomen dat artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL in strijd is met de Kaderrichtlijn. Uit de memorie van toelichting bij de WGBL blijkt dat de belangrijkste reden voor het opnemen van dit artikel was dat hiermee een vaste ontslagleeftijd wordt bewerkstelligd, zonder dat per werknemer hoeft te worden bezien of deze nog wel voldoet. Daarnaast wees de regering op het grote maatschappelijke draagvlak voor de grens van 65 jaar en het feit dat deze grens aansluit bij de sociale zekerheidswetgeving. Uit de wetsgeschiedenis blijkt heel expliciet dat de regering ook de doorstroming op de arbeidsmarkt als reden voor het vaststellen van een leeftijdsgrens voor ogen had. Dit doorstromingsargument volgt uit de volgende passage in de memorie van toelichting:

> *'De vaststelling van een algemene, hogere ontslagleeftijd dan 65 jaar is ongewenst, omdat die onvoldoende ruimte zou bieden aan de arbeidsparticipatie van werknemers onder de leeftijd van 65 jaar. Ook de keuze voor de grens van 65 jaar is derhalve legitiem.'*[11]

Het lijkt er op, gelet op de letterlijke formulering van deze passage in de Memorie van Toelichting, dat het doorstromingsargument alleen is gebruikt voor het bepalen van een juiste leeftijdsgrens (te weten die van 65 jaar) en niet voor de daaraan voorgaande keuze om überhaupt een leeftijdsgrens te hanteren. Maar dat is schijn. Het ligt voor de hand dat het doorstromingsargument in die passage niet expliciet is gemaakt met het oog op het bepalen van een grens als zodanig. Het doorstromingsargument zoals hier aan de orde ligt immers ook besloten in het belang van het bepalen van enige grens. Hoe het ook zij, uit de hiervoor besproken jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid dat het niet relevant is of de doelstelling als zodanig is opgenomen in de wet. Het gaat erom dat de lidstaat die het pensioenontslag toestaat, een legitieme doelstelling (bijvoorbeeld van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid) kan noemen voor deze maatregel. Aangezien gewezen kan worden op het doorstromingsargument zoals verwoord in de Memorie van Toelichting, moet

11 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 31.

worden aangenomen dat er een legitieme doelstelling bestaat voor het onderscheid dat in artikel 7 lid 1 sub b WGBL wordt gemaakt.

Nu in artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL de AOW-leeftijd als grens wordt gesteld, is de rechtmatigheid van dit ontslag gekoppeld aan het recht op het ontvangen van een AOW-uitkering. Daarmee lijkt de maatregel ook passend en noodzakelijk. In de rechtspraak van het Hof wordt immers waarde gehecht aan de vraag of er na het pensioenontslag recht bestaat op ouderdomspensioen. De vraag kan nog worden gesteld of pensioenontslag ook passend en noodzakelijk is ten aanzien van een werknemer die bij het bereiken van de AOW-leeftijd nog geen recht heeft op ouderdomspensioen op grond van de tussen hem en zijn werkgever gesloten pensioenovereenkomst (de zogenoemde tweede pijler). De pensioengerechtigde leeftijd in de pensioenovereenkomst kan namelijk hoger liggen dan de AOW-leeftijd. Indien de pensioengerechtigde leeftijd op basis van de pensioenovereenkomst kan worden vervroegd, hetgeen vaak het geval zal zijn, waarbij de hoogte van het te ontvangen pensioen dan in enige mate wordt verlaagd, gaan wij ervan uit dat ook voor deze gevallen de regeling als zodanig de toets der kritiek zal kunnen doorstaan. Immers ook dan bestaat er recht op ouderdomspensioen.

Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL kan in algemene zin de toets van de Kaderrichtlijn dus doorstaan.[12] Niettemin volgt uit het Rosenbladt-arrest dat bij elk pensioenontslagbeding aan de hand van de bijzondere kenmerken van het beding moet worden bezien of het beding in de specifieke situatie in overeenstemming is met de Kaderrichtlijn. Wij gaan ervan uit dat die toetsing slechts in zeer bijzondere gevallen, waarin op enigerlei wijze sprake is van oneven-redige hardheid, tot de uitkomst zal leiden dat sprake is van strijd met de Kaderrichtlijn.[13] Dit geldt nog sterker indien het ontslag is gebaseerd op een in een tussen sociale partners gesloten cao opgenomen pensioenontslagbeding.[14]

10.3.5 Het Toftgaard-arrest heeft geen gevolgen voor het pensioenontslag

Op 26 september 2013 wees het Hof het Toftgaard-arrest waarin het ging om de vraag of een regeling die inhoudt dat een ambtenaar van 65 jaar geen recht heeft op een wachtgelduitkering, omdat hij in

12 Zie ook Heemskerk in zijn noot onder het Fuchs-arrest in *PJ* 2011/127.
13 Zie in gelijke zin Mok in zijn noot onder het Rosenbladt-arrest.
14 Zie in dit verband bijv. het Rosenbladt-arrest, r.o. 41.

aanmerking komt voor een pensioenuitkering, een verboden leeftijdsonderscheid oplevert.[15] Het Hof oordeelde dat sprake was van een legitieme doelstelling, namelijk het waarborgen van de beschikbaarheid van ambtenaren en het bieden van bescherming aan die ambtenaren van wie de baan wordt geschrapt, waarbij de bescherming alleen wordt geboden aan diegenen die deze nodig hebben. Het gekozen middel was volgens het Hof passend, maar niet noodzakelijk. De ambtenaren zijn namelijk niet verplicht om vanaf 65 jaar met pensioen te gaan. Volgens het Hof had moeten worden bezien of de ambtenaar daadwerkelijk met pensioen ging en mocht alleen dan het recht op wachtgeld worden ontzegd.

De vraag kan worden gesteld of dit arrest een ander licht werpt op de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof over het pensioenontslag. Stelt het Hof daaraan nu ook de eis dat alleen ontslag kan worden verleend indien de werknemer of ambtenaar ook daadwerkelijk met pensioen gaat? Wij denken van niet. Vegter wijst in haar noot onder het Toftgaard-arrest op het feit dat daarin sprake was van een reorganisatie-ontslag en niet van een pensioenontslag, zoals onder andere in het Rosenbladt-arrest aan de orde was. Dat zou de verschillende uitkomsten kunnen verklaren. Wij zien een ander, ons inziens belangrijker, verschil. In het Toftgaard-arrest ging het niet om de vraag of het (pensioen)ontslag verboden leeftijdsonderscheid opleverde, maar of de regeling van de aanspraken na ontslag leidde tot leeftijdsdiscriminatie. Aan het legitimeren van het eenzijdig verlenen van ontslag door een werkgever bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd heeft het Hof nooit de eis gesteld dat ook daadwerkelijk met pensioen zou worden gegaan. Het lijkt ons niet voor de hand liggend dat het Hof deze extra eis aan het pensioenontslag zal gaan stellen. Daarmee wordt die mogelijkheid immers afhankelijk van de medewerking van de betrokken werknemer en daarmee volkomen ineffectief. In dat geval kan immers niet de doelstelling van doorstroming op de arbeidsmarkt bereikt worden.

Wij hebben overigens de nodige bedenkingen bij de lijn die het Hof in het Toftgaard-arrest heeft gekozen. Zoals Vegter terecht opmerkt in haar noot, lijkt een individuele toets of er daadwerkelijk met pensioen wordt gegaan onwerkbaar. Het ligt voor de hand dat werknemers zullen aangeven dat zij niet voornemens zijn om met pensioen te gaan om hun aanspraken na ontslag veilig te stellen c.q. te verhogen. Dat is erg moeilijk controleerbaar, ook als het gaat om

15 HvJ EU 26 september 2013, m.nt. M.S.A. Vegter, *JAR* 2013/266 (Toftgaard). Zie vergelijkbaar: HvJ EU 12 oktober 2010, *JAR* 2010/296 (Andersen).

een kleine groep werknemers.[16] Daarnaast, en dat is misschien nog wel belangrijker, is de gedachte achter het niet toekennen of aftoppen van aanspraken na ontslag vanwege het gebruik kunnen maken van een pensioenuitkering dat het beschikbare geld daarmee zo eerlijk mogelijk over de verschillende ontslagen werknemers wordt verdeeld. Het feit dat werknemers aanspraak kunnen maken op een pensioenuitkering, los van de vraag of ze dat ook daadwerkelijk doen, lijkt ons voldoende om hen – in het kader van een eerlijke verdeling van beschikbare middelen – anders te behandelen dan werknemers die geen gebruik kunnen maken van een pensioenuitkering. Dat lijkt ons een legitiem doel en dat doel wordt niet – in gelijke mate – bereikt indien bepalend is welke werknemers ook daadwerkelijk met pensioen gaan.

Het is ook de vraag hoe het Toftgaard-arrest zich verhoudt tot het nog geen jaar daarvoor door het Hof gewezen Odar-arrest, waarin het Hof oordeelde dat bij de berekening van een ontslagvergoeding rekening mocht worden gehouden met het recht op (vroeg)pensioen.[17] Het Hof oordeelde dat de Kaderrichtlijn zich niet verzet tegen een ondernemings- of sectorale regeling inzake sociale zekerheid die bepaalt dat de vergoeding voor medewerkers van een onderneming die ouder zijn dan 54 jaar en om bedrijfseconomische redenen worden ontslagen, wordt berekend op basis van *de vroegst mogelijke* pensioendatum. Dat het Hof spreekt over de vroegst mogelijke pensioendatum doet vermoeden dat het niet van belang is of daadwerkelijk met pensioen wordt gegaan. In het Toftgaard-arrest spreekt het Hof die uitleg dus weer tegen.

Vegter wijst er terecht op dat het in het Odar-arrest ging om een door sociale partners gesloten sociaal plan en daarbij een meer terughoudende rechterlijke toetsing past. Het Hof overwoog dit nadrukkelijk in het Odar-arrest. De stelregel dat beperking van een

16 Zie in dit verband Ktr. Amersfoort (mr. De Laat) 28 november 2013, m.nt. E.L.J. Bruyninckx, *JAR* 2014/2, waarin het ging om de vraag of een ontslagvergoeding in een sociaal plan mocht worden afgetopt vanwege aanstaande pensionering. De kantonrechter overwoog daarin dat een ontbindingsprocedure zich niet leent voor een onderzoek of er daadwerkelijk bereidheid bestaat door te werken na 65 jaar en oordeelde dat geen sprake was van strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie.

17 HvJ EU 6 december 2012, m.nt. M. Koster, *JAR* 2013/19 (Odar). Zie over dit arrest en het Toftgaard-arrest meer uitgebreid de bijdrage van A.G. Veldman in hoofdstuk 9 van deze bundel.

ontslaguitkering vanwege een eventuele pensioenuitkering, zonder dat wordt bezien of de werknemer daadwerkelijk met pensioen gaat, alleen in overeenstemming met de Kaderrichtlijn is als de regeling is vastgelegd in een tussen sociale partners gesloten sociaal plan of cao zal echter in het algemeen niet opgaan. Ook als de regeling in de wet of een individuele overeenkomst is vastgelegd, kan deze regeling ons inziens passend en noodzakelijk zijn om het legitieme doel te bereiken dat de gelden zo eerlijk mogelijk worden verdeeld.

Uit het bovenstaande volgt dat er verschillende redenen zijn om aan te nemen dat het Toftgaard-arrest geen invloed heeft op de beoordeling of een pensioenontslag verboden leeftijdsonderscheid oplevert. Ontslag op het bereiken van de AOW-leeftijd levert dus in de regel geen verboden leeftijdsonderscheid op.

10.4 Ontslag na AOW-leeftijd

10.4.1 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder b en c WGBL

In artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL is bepaald dat het verbod van onderscheid eveneens niet geldt wanneer een ontslagleeftijd die hoger is dan de AOW-gerechtigde leeftijd is afgesproken of bij of krachtens wet is vastgesteld. Indien een beroep op een ontslagbeding of een bij of krachtens wet gestelde regel kan worden gedaan, is een dergelijk ontslag vanuit het nationale recht bezien legitiem. Als geen afspraken zijn gemaakt en geen wettelijke ontslagleeftijd geldt, moet worden getoetst aan de algemene norm uit artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL en moet worden bezien of het leeftijdsontslag anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

10.4.2 Rechtspraak

Indien een werkgever de arbeidsovereenkomst wil beëindigen vanwege het feit dat de werknemer een bepaalde leeftijd bereikt die hoger is dan de AOW-leeftijd en daarover vooraf geen afspraken zijn gemaakt, is ontslag geen vanzelfsprekendheid. Dat ondervond Intratuin recent toen het een werkneemster van 75 jaar wilde ontslaan vanwege haar leeftijd. De Kantonrechter Bergen op Zoom toetste aan artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL en stelde vast dat er geen anderszins objectieve rechtvaardigingsgrond bestond voor het door

Intratuin gemaakte onderscheid op grond van leeftijd.[18] Intratuin stelde zich op het standpunt dat het ontbindingsverzoek gelet op de leeftijd van de werkneemster objectief gerechtvaardigd was aangezien het doel was het bevorderen van de doorstroming op de arbeidsmarkt. Werkneemster zou plaats maken voor een jongere werknemer. De kantonrechter ging niet expliciet op het doorstromingsargument in, maar overwoog dat voor een geslaagd beroep op een anderszins objectieve rechtvaardigingsgrond (artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL) sprake moet zijn van zwaarwegende bedrijfsbelangen. De vrijheid om een bedrijf in te richten zoals de werkgever dat wil, noch een leeftijd van 75 jaar leveren naar het oordeel van de kantonrechter als zodanig zwaarwegende bedrijfsbelangen op en deze kunnen een leeftijdsonderscheid niet rechtvaardigen. Volgens de kantonrechter is dus sprake van verboden leeftijdsonderscheid. Het ontbindingsverzoek werd afgewezen. Het is jammer dat de kantonrechter in zijn beschikking niet expliciet ingaat op het door Intratuin genoemde doorstromingsargument.

In het Georgiev-arrest oordeelde het Hof dat een wettelijke regeling die bepaalt dat hoogleraren bij het bereiken van de leeftijd van 68 jaar ambtshalve pensioneren in beginsel niet in strijd is met de Kaderrichtlijn.[19] Bulgarije wees op het doorstromingsargument. Zoals reeds uit het Palacios de la Villa- en het Age Concern England-arrest kon worden afgeleid, vormde het geen probleem dat deze doelstelling niet in de wetsgeschiedenis was vastgelegd. Aangezien Georgiev zich op het standpunt had gesteld dat de gemiddelde leeftijd van hoogleraren 58 jaar was en er geen animo was onder jongeren om hoogleraar te worden, liet het Hof het aan de nationale rechter om vast te stellen of daadwerkelijk sprake was van een legitieme doelstelling.

10.4.3 Geen strijdigheid met de Kaderrichtlijn

Gezien de inhoud van het Georgiev-arrest van het Hof moet worden aangenomen dat ook het laatste gedeelte van artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL in overeenstemming is met de Kaderrichtlijn. Evenals voor het ontslag op het bereiken van de AOW-leeftijd geldt, zal per situatie moeten worden bezien of het ontslag in strijd is met de Kaderrichtlijn. Aangenomen moet worden dat daarvan slechts in

18 Ktr. Bergen op Zoom 3 juli 2013, m.nt. P. Hufman, *JAR* 2013/235. Zie ook: CGB 25 maart 2011, *Oordeel* 2011-41.

19 HvJ EU 18 november 2010, m.nt. M. Heemskerk, *PJ* 2011/37.

uitzonderlijke situaties sprake is. Ook indien het pensioenontslag niet is vastgelegd in een wet, lagere regeling of overeenkomst is ons inziens goed verdedigbaar dat ontslag vanwege het bereiken van een bepaalde leeftijd objectief gerechtvaardigd is. De werkgever kan wijzen op het doorstromingsargument. Daarbij is wel van belang dat de werkgever aannemelijk kan maken dat er werkelijk sprake is van een beleid dat is gericht op doorstroming en geen sprake is van willekeur.

10.5 Ontslag vóór AOW-leeftijd

10.5.1 Artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL

Voor een ontslag wegens het bereiken van een leeftijd die lager is dan de AOW-leeftijd, biedt artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL geen rechtvaardiging. De desbetreffende regeling zal dan de toets van artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL moeten kunnen doorstaan. Het ontslag moet anderszins objectief gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten passend en noodzakelijk zijn.

10.5.2 Rechtspraak

In het Lufthansa-arrest (ook wel het Prigge-arrest genoemd) heeft het Hof geoordeeld over het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst van piloten bij het Duitse Lufthansa op grond van de toepasselijke cao bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd.[20] Reden voor dit verplichte leeftijdsontslag vormde de verzekering van de veiligheid van het luchtverkeer. De stelling was dat piloten na hun 60e jaar niet meer over de benodigde fysieke capaciteiten beschikken om hun beroep uit te kunnen oefenen. Aangezien de internationale en Duitse autoriteiten niet hebben verboden om na het bereiken van de leeftijd van 60 jaar als piloot te functioneren (de Duitse autoriteiten zijn van mening dat piloten tot het bereiken van de 65-jarige leeftijd kunnen vliegen), oordeelde het Hof dat geen sprake was van een objectieve rechtvaardiging voor de leeftijdsgrens van 60 jaar. Er was volgens het Hof geen sprake van een doelstelling op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding als bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn. Ook de overige in de

20 HvJ EU 13 september 2011, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2011/592 (Lufthansa).

Kaderrichtlijn genoemde legitieme rechtvaardigingsgronden voor ongelijke behandeling deden zich hier niet voor. Ook de door Hongarije doorgevoerde verlaging van verplichte ontslagleeftijd voor rechters, officieren van justitie en notarissen van 70 naar 62 jaar vond geen genade bij het Hof.[21] Naar het oordeel van het Hof was sprake van legitieme doelstellingen, te weten het eenvormig maken van de maximumleeftijd waarop werkzaamheden moeten worden beëindigd en het invoeren van een meer evenwichtige leeftijdsstructuur die de toegang van jonge juristen tot het beroep van rechter, officier van justitie of notaris vergemakkelijkt. Het gekozen middel van de forse en abrupte daling van de ontslagleeftijd was volgens het Hof echter niet geschikt om het laatstgenoemde doel van een evenwichtige leeftijdsstructuur te bereiken. Het middel was wel geschikt om het eerstgenoemde doel, het bereiken van een eenvormige maximumleeftijd, te bereiken. Bij de noodzakelijkheidstoets ging het echter mis voor Hongarije. Naar het oordeel van het Hof had het doel ook met een minder beperkende maatregel kunnen worden bereikt. Daarbij speelde een rol dat de ontslagleeftijd voor andere beroepen in de openbare dienst juist geleidelijk wordt verhoogd. Beide arresten tonen aan dat inconsistentie in beleid niet wordt geaccepteerd door het Hof.

De Hoge Raad heeft in 2012 in het KLM-vliegers-arrest getoetst aan artikel 7 lid 1 aanhef en onder c WGBL.[22] Een aantal (voormalig) piloten van KLM stelde zich op het standpunt dat het in de CAO KLM Vliegers opgenomen einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de 56-jarige leeftijd of uiterlijk bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd een niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd vormt. De Hoge Raad stelde bij zijn beoordeling voorop dat het beginsel van nondiscriminatie op grond van leeftijd moet worden beschouwd als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Elke met dit beginsel strijdige bepaling moet – indien nodig – buiten beschouwing worden gelaten. De Hoge Raad verwees naar het Mangold-arrest van het Hof.[23] De Hoge Raad overwoog vervolgens, verwijzend naar het Rosenbladt-arrest, dat de lidstaten een ruime mate van beoordelingsvrijheid toekomt bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal -en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastre-

21 HvJ EU 6 november 2012, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2013,/169 (EC/Hongarije).

22 HR 13 juli 2012, *JAR* 2012/209 (KLM-vliegers).

23 HvJ EG 22 november 2005, m.nt. M.R. Mok, *NJ* 2006, 227 (Mangold). Zie ook: HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010, 53 (Kücükdeveci) en daarover nader: P.C. Vas Nunes, 'Kücükdeveci: een wake-up call', *TAP* 2010/4, p. 147-151.

ven, alsook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstellingen kunnen worden bereikt. Volgens de Hoge Raad komt bij automatisch pensioenontslag betekenis toe aan het feit dat dit op een contractuele grondslag berust. Dit geeft werknemers en werkgevers, alsook – bij een cao – sociale partners, de gelegenheid om niet alleen rekening te houden met de globale situatie op de betrokken arbeidsmarkt, maar ook met de kenmerken van de betrokken beroepen, overwoog de Hoge Raad verwijzend naar het Pallacios de la Villa-arrest. De WGBL moet in het licht van de door de Hoge Raad genoemde uitspraken van het Hof worden bezien. Met andere woorden: de Hoge Raad legt de WGBL op een richtlijnconforme wijze uit.

Het oordeel van het Hof Amsterdam dat het door de cao-bepaling gemaakte leeftijdsonderscheid legitieme doelstellingen dient, te weten het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen rangen, kostenbeheersing en een evenwichtige personeelsopbouw (waaronder begrepen een evenwichtige verdeling van de werkgelegenheidskansen binnen de beroepsgroep), liet de Hoge Raad in stand. In dat verband achtte de Hoge Raad van belang dat het Hof Amsterdam de doelstellingen niet alleen had bezien in het licht van de behoeften van KLM, maar ook tegen de achtergrond van de bevordering van de werkgelegenheid en de instromende verkeersvliegers en de verdeling van de werkgelegenheid tussen generaties, waarbij het Hof Amsterdam mede in aanmerking heeft genomen de brede consensus die binnen KLM bestaat over deze doelstellingen. De Hoge Raad gebruikt een dubbele ontkenning en oordeelt dat de Kaderrichtlijn niet vereist dat sprake moet zijn van een doel van nationaal overheidsbeleid, noch dat de overwegingen die aan de cao-bepaling van de KLM-vliegers ten grondslag liggen niet zijn aan te merken als algemeen belang als bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn. Uit het arrest blijkt voorts dat de Hoge Raad belangrijke betekenis toekent aan de specifieke situatie op de arbeidsmarkt voor verkeersvliegers.

Tot slot vond de Hoge Raad dat het Hof Amsterdam ook terecht had geconcludeerd dat de maatregel passend en noodzakelijk was. Het leeftijdsontslag bij 56 jaar was dus niet in strijd met de WGBL.

10.5.3 Leeftijdsontslag onder 65 jaar slechts in zeer bijzondere situaties gerechtvaardigd

Heemskerk stelde voorafgaand aan het KLM-vliegers-arrest dat indien de Hoge Raad het pensioenontslag toelaatbaar zou achten,

dit de deur kan openzetten voor andere werkgevers/sectoren om eveneens onder het mom van doorstromingsbeleid een pensioenontslagleeftijd te hanteren die beduidend lager is dan 65 jaar.[24] Wij denken dat het zo'n vaart niet zal lopen. KLM-vliegers zijn een bijzondere groep werknemers die moeilijk is te vergelijken met andere groepen werknemers. We wijzen op de dure opleiding, het hoge salaris en de mogelijkheid tot volledige pensioenopbouw gedurende de kortere diensttijd. Daarnaast is het automatisch leeftijdsontslag vastgelegd in de CAO KLM Vliegers, die is gesloten door de Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers ('VNV'), waarbij 90% van de vliegers is aangesloten. Als het automatisch pensioenontslag niet in een cao zou zijn opgenomen, was de uitkomst naar onze inschatting waarschijnlijk anders geweest. Zolang de (representatieve) vakbonden niet akkoord gaan met een automatische pensioenontslagleeftijd lager dan de AOW-gerechtigde leeftijd, zal naar onze inschatting niet snel worden aangenomen dat sprake is van een gerechtvaardigd leeftijdsonderscheid.[25] Wij denken dan ook dat leeftijdsontslag onder 65 jaar behoudens bijzondere gevallen snel als verboden leeftijdsonderscheid zal worden aangemerkt.

10.5.4 Leeftijdsontslag bij 65 jaar of ouder, maar onder AOW-leeftijd verboden leeftijdsonderscheid?

De vraag die resteert is of het ontslag bij 65 jaar of op een hogere leeftijd, die is gelegen onder de AOW-leeftijd, verboden leeftijdsonderscheid oplevert. Gezien de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof inzake ontslag op 65 jaar kan gesteld worden dat ontslag vanaf 65 jaar niet snel verboden leeftijdsonderscheid zal opleveren. Als de ontslagleeftijd is bepaald op een leeftijd lager dan de AOW-leeftijd kan in artikel 7 lid 1 sub b WGBL geen legitimatie worden gevonden voor het ontslag. De algemene uitzondering uit artikel 7 lid 1 sub c WGBL is van toepassing. Het ontslag moet anderszins objectief gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten passend en noodzakelijk zijn. Dit is dezelfde toets als die het Hof hanteert, dus zodoende ligt voor de hand dat ontslag vanaf 65 jaar is toegestaan. Wel geldt dat in de uitspraken waarin het Hof ontslag op 65 jaar toestond, werd

24 M. Heemskerk, 'Zet het Lufthansa-arrest een streep door het pensioenontslag onder 65 jaar?', *ArbeidsRecht* 2012/28.

25 Vgl.: Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2009, *JAR* 2009/231.

betrokken dat recht bestond op een, niet onredelijke, pensioenuitkering. Als onder de nieuwe AOW ontslag wordt verleend bij 65 jaar bestaat nog geen recht op een AOW-uitkering. Dit zou ertoe kunnen leiden dat het ontslag niet gerechtvaardigd kan worden. Allereerst geldt dat een belangrijk doel van de verhoging van de AOW-leeftijd is om de arbeidsparticipatie te verhogen. Het is de bedoeling dat mensen langer blijven werken.[26] Een ontslagleeftijd die lager ligt dan de AOW-leeftijd lijkt niet goed met deze doelstelling te sporen. Niettemin kan er binnen een bepaalde beroepsgroep het legitieme doel bestaan om te zorgen voor doorstroming op de arbeidsmarkt. Vervolgens zal dan bezien moeten worden of het middel van leeftijdsontslag passend en noodzakelijk is. De toets van de passendheid zal waarschijnlijk worden doorstaan, leeftijdsontslag draagt immers bij aan doorstroming. Of de maatregel ook noodzakelijk is, zal afhangen van de omstandigheden. Indien op de ontslagleeftijd aanspraak bestaat op een, niet onredelijke, pensioenuitkering op grond van de tussen de werkgever en werknemer gesloten pensioenovereenkomst menen wij dat een ontslag op 65 jaar of ouder nog steeds gerechtvaardigd kan zijn. Dit achten wij vooral aannemelijk indien de ontslagleeftijd is vastgelegd in een met de vakbonden overeengekomen cao.

10.6 Blik op de toekomst: pensioenontslag leeftijdsonderscheid?

Om te beoordelen of een leeftijdsontslag verboden leeftijdsonderscheid oplevert, moet altijd eerst worden vastgesteld of sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De vraag kan worden gesteld of dit wel het geval is bij een verplichte pensioenleeftijd. In zijn annotatie onder het Lufthansa-arrest bepleit Mok dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ten eerste kan worden gesteld dat er geen sprake is van ongelijke behandeling, aanzien alle werknemers ten aanzien van wie de regeling geldt, op de vastgestelde leeftijd zullen pensioneren. Ten tweede is bepleitbaar dat geen sprake is van gelijke gevallen.[27] Een werknemer van 60 jaar is niet te vergelijken met een werknemer van 30 jaar. A-G Keus heeft zich in zijn conclusie bij het KLM-vliegers-arrest aangesloten bij Mok. Keus is van oordeel

26 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 290, nr. 3, p. 3.
27 Vgl.: M. Koster in diens noot onder het Odar-arrest, *JAR* 2013/19.

dat niet goed valt in te zien waarom een verkeersvlieger die de leeftijd voor functioneel leeftijdsontslag bereikt, ongunstiger wordt behandeld dan zijn jongere collega's voor wie exact eenzelfde functioneel leeftijdsontslag in het verschiet ligt. Daarbij wijst hij erop dat de verkeersvlieger die het 'nadeel' van het functionele leeftijdsontslag ondergaat, al wel het 'voordeel' van dat versnelde carrièreverloop heeft genoten, toen hij nog tot de 'begunstigde' groep van de jongere verkeersvliegers behoorde. In haar annotatie onder het KLM-vliegers-arrest heeft Bruyninckx zich ook aangesloten bij de 'Keus-Mok-school', ook zij concludeert: geen ongunstigere behandeling, waardoor dus niet wordt toegekomen aan de algemene objectieve rechtvaardigingstoets. In de door ons opgestelde kroniek 'Leeftijd' in de Oordelenbundel van het College voor de Rechten van de Mens 2012 plaatsten wij ook kanttekeningen bij het feit dat in de rechtspraak snel wordt aangenomen dat bij pensioenontslag altijd sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

De Hoge Raad, het Hof en het College voor de Rechten van de Mens ('CRM') nemen vooralsnog nog aan dat een pensioenontslagbeding op zichzelf altijd onderscheid op grond van leeftijd oplevert.[28] Het zou ons inziens goed zijn als voornoemde instanties in het vervolg goed zouden motiveren waarom al dan niet sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. De stap dat daarvan sprake is, wordt nu wel erg snel (en makkelijk) gezet.

10.7 Conclusie

Pensioenontslag kent meerdere vormen. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat in algemene zin een regeling die ertoe strekt eenzijdig ontslag bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd mogelijk te maken, rechtmatig geoordeeld moet worden. Dit geldt ook voor artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL waarin is opgenomen dat ontslag bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geen verboden onderscheid vormt. Desalniettemin laat de rechtspraak van het Hof, met name het Rosenbladt-arrest, ruimte voor een toetsing in individuele gevallen. Een regeling waarbij een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd als ontslagleeftijd is vastgelegd, zal niet snel een verboden leeftijdsonderscheid opleveren. Indien echter geen

28 CRM 7 februari 2013, *Oordeel* 2013-13, waarin ook wordt verwezen naar de rechtspraak van de Hoge Raad en het Hof.

regeling is getroffen, kan ontslag op een leeftijd hoger dan de AOW-leeftijd echter wel op bezwaren stuiten. Immers dan ligt, bij gebreke van een regeling, het risico van willekeur op de loer.

Onderscheid op grond van een regeling die voorziet in ontslag op een leeftijd die lager ligt dan de AOW-leeftijd zal altijd per geval getoetst moeten worden. Deze zal objectief gerechtvaardigd moeten zijn door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten passend en noodzakelijk zijn. Indien de regeling wordt ingegeven door de gedachte dan men voor een bepaald beroep op hogere leeftijd minder geschikt is, zal men (bijvoorbeeld op grond van wetenschappelijke studies) moeten kunnen aantonen dat men op de betrokken leeftijd inderdaad in verminderde mate over de vereiste competenties beschikt. Indien als reden wordt aangevoerd het bereiken van een meer evenwichtige leeftijdsopbouw van mensen werkzaam in het desbetreffende beroep, dient de noodzaak daarvan met feiten te worden gestaafd. Indien de desbetreffende lagere leeftijd niet past in een algemene trend, zal dat lastig aan te tonen zijn. De Hoge Raad heeft voor KLM-vliegers een in de desbetreffende cao opgenomen lagere ontslagleeftijd dan de AOW-gerechtigde leeftijd gerechtvaardigd geacht op grond van de zeer specifieke kenmerken van de arbeidsmarkt voor verkeersvliegers. Dit zal vermoedelijk niet of nauwelijks een uitstralingseffect hebben naar andere beroepsgroepen.

Nu de AOW-leeftijd in Nederland stijgt boven de 65 jaar zal pensioenontslag op 65-jarige leeftijd niet meer automatisch gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 7 lid 1 aanhef en onder b WGBL. Indien regelingen nog voorzien in ontslag op 65-jarige leeftijd zal per geval moeten worden bezien of dit ontslag objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en of de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Indien er ook in dat geval een legitiem doel is en in een cao is voorzien in een redelijk ouderdomspensioen ingaand op 65-jarige leeftijd zou dat wel eens het geval kunnen zijn.

Op dit moment wordt door de rechter een regeling die voorziet in pensioenontslag per definitie als onderscheid naar leeftijd gekenschetst. Het zou interessant zijn indien de rechter in de toekomst preciezer zou bezien of dat het geval is. Immers, indien een bepaalde (cao-)regeling geldt, geldt deze binnen de reikwijdte van de regeling voor ouderen en jongeren, zij het dat de effectuering niet op hetzelfde moment plaatsvindt. Daarbij komt dat de situatie van de ouderen over het algemeen nogal verschilt van die van de jongeren.

Wij menen dat wel vaststaat dat een ontslagregeling die voorziet in ontslag op de (op dit moment variabele) AOW-leeftijd rechtmatig is.[29] Datzelfde geldt voor duidelijke regelingen die voorzien in een vaste latere ontslagleeftijd. Voor het overige geldt de objectieve rechtvaardigingstoets, waarbij aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval wordt bepaald of het pensioenontslag is toegestaan.

29 Wij bespreken in deze bijdrage niet de vraag hoe oude overeenkomsten waarin 65 als ontslagleeftijd is opgenomen moeten worden uitgelegd tegen de achtergrond van de inmiddels gewijzigde AOW leeftijd.

11 Kroniek van ontwikkelingen na 'Viking/Laval' in het (stakings)recht van de EU, de ILO en de Raad van Europa

*K. Boonstra, J.L.A. Helmer en M.S. Houwerzijl**

11.1 Inleiding

Alweer ruim zes jaar geleden, in december 2007, wees het Hof van Justitie van de EU (het Hof) twee spraakmakende arresten in de zaken Viking[1] en Laval.[2] Daarbij ging het over de inzet van het stakingswapen door vakbonden tegen vormen van transnationale loonconcurrentie ('sociale dumping'). In de uitspraken is het recht op collectieve actie aan banden gelegd in twee specifieke grensoverschrijdende situaties:

(1) het verplaatsen van de formele vestiging van een bedrijf in de transportsector naar een land met lagere loonniveaus, zonder gelijktijdige verplaatsing van de commerciële activiteiten, met de bedoeling om (op termijn) te gaan belonen volgens het geldende loonniveau in het nieuwe vestigingsland (Viking);
(2) het aannemen van opdrachten (diensten) in een lidstaat met hoge lonen door een bedrijf gevestigd in een lidstaat met lage lonen, dat voor de uitvoering van de opdracht zijn werknemers detacheert die (deels) betaald krijgen volgens het loonniveau in het land van herkomst in plaats van het hogere niveau dat gebruikelijk is in het land waar de dienst wordt verricht (Laval).[3]

* *Klara Boonstra is hoogleraar internationaal sociaal recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en daarnaast werkzaam als juridisch beleidsadviseur van de FNV, James Helmer is advocaat bij advocatenkantoor Dijkgraaf te Den Haag en Mijke Houwerzijl is hoogleraar arbeidsrecht aan de Tilburg University en daarnaast bijzonder hoogleraar Europees en vergelijkend arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.*

1 HvJ EG, arrest van 11 december 2007, zaak C-348/05, ITF/Viking, *NJ* 2008, 149.

2 HvJ EG, arrest van 18 december 2007, zaak C- 341/05, Laval, *NJ* 2008, 150.

3 In dit verband heeft een groot deel van de overwegingen in het arrest Laval betrekking op de uitleg van de Detacheringsrichtlijn. Aan dat deel van de uitspraak besteden we in deze bijdrage niet of nauwelijks aandacht.

Dat het vrij verkeer binnen de Europese Unie kan leiden tot verplaatsing van werkgelegenheid op basis van verschillen in loonpeil tussen de lidstaten was ook voor eind 2007 al bekend. Alhoewel vakbonden nog regelmatig protesteren en vaak ook staken tegen het verlies aan werkgelegenheid als een fabriek wordt verplaatst van Nederland naar een lidstaat met een lager loonniveau, bijvoorbeeld Portugal, spreekt het vanzelf dat de in die fabriek werkzame lokale arbeiders beloond worden naar Portugese maatstaven. Deze vorm van loonconcurrentie is inherent aan de verwezenlijking van de interne markt en is al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw algemeen geaccepteerd. Minder vanzelfsprekend is de acceptatie van loonconcurrentie als die plaatsvindt zonder dat de locatie waar de feitelijke werkzaamheden plaatsvinden wordt veranderd of als er überhaupt geen sprake is van een vaste standplaats. Dit speelt bij loonverschillen tussen lokale werknemers en gedetacheerde werknemers in het dienstenverkeer, maar ook bij loonverschillen tussen werknemers in het internationale transport over de weg, zee en in de lucht. Loonconcurrentie in het grensoverschrijdende dienstenverkeer ligt zo mogelijk nog gevoeliger dan loonconcurrentie in het internationale (weg)transport: terwijl de vakbeweging streeft naar gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde werkplek, beroept de werkgever zich op zijn dienstenvrijheid om zijn werknemers te belonen naar de normen van het land van herkomst. De Detacheringsrichtlijn adresseert deze spanning door gedetacheerde werknemers op een aantal punten minimaal de bescherming te bieden op het niveau van het tijdelijke werkland.[4]

De casus in Viking en Laval speelden in respectievelijk Finland en Zweden en daarom is het niet verrassend dat de juridische en politieke gevolgen vooral groot waren voor de Scandinavische vakbonden. Maar ook de internationale vakvereniging is door de jurisprudentie geraakt. Het machtigste strijdmiddel tegen wat zij ziet als sociale dumping door oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging en van diensten, is duidelijk beknot. Wie geschoren wordt moet stilzitten, zo wil een bekend spreekwoord. Dat was echter niet aan de vakbonden besteed. De Europese Vakvereniging (hierna: ETUC), aangevuurd door haar Scandinavische leden, begon een

4 Deze alinea is grotendeels overgenomen uit A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten, *NTER* 2008/7-8, p. 190-205. Zie over de Detacheringsrichtlijn (richtlijn 96/71, in Nederland geïmplementeerd in de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (Waga)): M. S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn* (diss. Tilburg), Kluwer, 2005.

waar politiek offensief binnen instituties van de EU maar ook richting andere supranationale gremia die het recht op collectieve actie erkennen en/of indirect waarborgen. Hierna gaan we nader in op de ontwikkelingen binnen respectievelijk de EU (par.11.2), de Internationale Arbeidsorganisatie (hierna aangeduid als: '*de ILO*') (par. 11.3) en de Raad van Europa (par. 11.4) op het vlak van het stakingsrecht 'post-Viking/Laval'. Daarbij zal in ieder geval duidelijk worden dat deze ontwikkelingen mede het gevolg zijn van de aanhoudende politieke druk van vakbondszijde. In onze analyse besteden we ook aandacht aan de eventuele gevolgen voor het Nederlandse stakingsrecht van de Viking/Laval jurisprudentie.

11.2 Ontwikkelingen binnen de EU naar aanleiding van Viking/Laval

11.2.1 Discussie over de noodzaak tot reparatie: 2008-2009

Zelden hebben arresten zo'n grote bekendheid gekregen buiten juridische kringen als de uitspraken in Viking en Laval. In de Europese Unie is de jurisprudentie[5] geanalyseerd en besproken door vertegenwoordigers van alle relevante instituties.[6]

5 Behalve de arresten Viking en Laval werden daarbij ook de in de eerste helft van 2008 uitgesproken arresten Commissie/Luxemburg en het arrest Rüffert betrokken. HvJ EU 3 april 2008, C-346/08 (Dirk Rüffert/Land Niedersachsen) en HvJ EU 19 juni 2008, C-319/06 (Commissie/Luxemburg, Rüffert). Samen wel aangeduid als het Laval-kwartet. Deze arresten gaan niet over de stakingsvrijheid maar hebben met het arrest Laval de beperkende uitleg van de Detacheringsrichtlijn gemeen. In deze bijdrage gaan wij hier niet nader op in. Zie uitgebreid A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 2: De arresten Laval, Rüffert en Commissie/ Luxemburg, interpretatie van de Detacheringsrichtlijn, *NTER* 2008/12, p. 337-346.

6 Zo zijn er vele conferenties georganiseerd. Soms aangekondigd (zie COM (2008) 412 def., zoals een 'forum' in 2008 door de Europese Commissie en later een conferentie ('Conference on Fundamental Social Rights & the Posting of Workers in the Framework of the Single Market' op 27-28 juni 2011). Ook waren lidstaten actief in het kader van hun voorzitterschap van de EU (bijv. 'Conference on Posting of workers and Labour Rights', 17-18 maart 2010 in Oviedo onder Spaans voorzitterschap) of omdat er een link was met een van de arresten (bijv. 'The Impact of Case-Law of the European Court of Justice upon the Labour Law of the Member States' in Berlijn op 26 juni 2008, een symposium georganiseerd door het Duitse ministerie van arbeid en sociale zaken, waar ook A-G Kokott een lezing gaf).

In 2008 en 2009 passeerden elkaar opvolgende en versterkende initiatieven van de Europese Commissie, diverse voorzitterschappen van de Europese Raad, het Europees Parlement[7] en het Economisch en Sociaal Comité de revue. Voorzitter van de Europese Commissie Barroso voelde zich op enig moment zelfs genoodzaakt zich publiekelijk uit te spreken tegen sociale dumping binnen de Europese Unie.[8] De grote vraag waar alle instituties zich over bogen was of en zo ja, wat de Europese wetgever zou moeten doen om het 'chilling effect' van de arresten Viking en Laval op het stakingsrecht ongedaan te maken. Daartoe werden ook de sociale partners op Europees niveau geraadpleegd. Zij boden echter aan de Europese Commissie nog geen begin van een oplossing: weliswaar werden de visies van ETUC en Business Europe, Ueapme en CEEP in een gezamenlijk stuk gepresenteerd, maar in de waardering van de controversiële rechtspraak stonden zij diametraal tegenover elkaar. Volgens de werkgevers was de verhouding tussen de fundamentele vrijheden van vrij verkeer en het grondrecht op collectieve actie door de arresten niet wezenlijk veranderd. Wetgeving om de effecten van Viking en Laval te repareren werd dan ook onnodig geacht. Het ETUC daarentegen, stelde dat in de arresten sprake was van voorrang van de economische vrijheden op het stakingsrecht.[9] Dit standpunt vindt brede steun in de sociaalrechtelijke commentaren en annotaties. In de Europeesrechtelijke literatuur is er over het algemeen wat meer begrip voor de redenering van het Hof, maar ook daar wordt opgemerkt dat het Hof wel erg weinig ruimte laat voor de rechtvaardiging van collectieve acties die het vrij verkeer belemmeren.[10] Mede in het licht van de nog te bespreken ontwikkelingen binnen de ILO en de Raad van Europa, memoreren we hieronder kort de wijze

7 Zie onder meer een op 22 oktober 2008 aangenomen resolutie van het EP: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:015E:0050:0058:NL:pdf>.

8 Toespraak Barroso op 15 september 2009 voor het Europees Parlement te Straatsburg, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/391. Zie voor een uitgebreid relaas van de politieke hectiek als gevolg van Viking & Laval, F. Dorssemont, De ontwerp-Verordening Monti II, oude wijn(azijn) in nieuwe zakken? De uitoefening van het recht op collectieve actie in tijden van vrijheid van vestiging en van dienstverrichting, *ArA* 2012 (11) 2, p. 3 – 35.

9 Zie <www.etuc.org/IMG/pdf_Joint_report_ECJ_rulings_FINAL_logos_19.03.10.pdf>.

10 Zie o.a. alleen al in Nederlandse tijdschriften o.m. E.J.A. Franssen en C. van Lent, de Viking-zaak en de Laval-zaak: werknemersacties in het licht van de fundamentele vrijheden, *ArA* 2008/2, p. 61-100; A.A.H. van Hoek en M.S.

waarop het Hof het stakingsrecht heeft afgewogen tegen de economische vestigings- en dienstenvrijheid binnen de EU. Zonder af te willen doen aan andere belangrijke elementen in de Viking/Laval arresten, beperken we ons hierbij puur tot de meest relevante aspecten die een rol speelden bij de daadwerkelijke inhoudelijke afweging.[11]

11.2.2 Relevante aspecten in de inhoudelijke afweging van stakingsrecht tegenover EU-vrijheden in Viking/Laval

Het feit dat de EU zelf geen regelgevende bevoegdheid heeft met betrekking tot het collectieve actierecht, zoals uitdrukkelijk is bepaald in artikel 153 lid 5 VWEU, bleek geen hinderpaal voor een toetsing door het Hof van (de uitoefening van) het collectieve actierecht aan de verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging.[12] Alhoewel volgens het Hof de uitoefening van het recht op collectieve acties niet noodzakelijkerwijs gepaard gaat met beperkingen van de fundamentele vrijheden, werd geconstateerd dat dit in Viking en Laval wel aan de orde was. In Viking was de uitoefening van de vrijheid van vestiging in het geding, in Laval de uitoefening van het vrij verkeer van diensten met behulp van gedetacheerde werknemers. Als een positieve ontwikkeling voor het stakingsrecht kan worden aangemerkt, dat het Hof in Viking en Laval het recht op collectieve actie zonder meer als grondrecht heeft erkend.[13] Daarbij lijkt het Hof geen moeite te

Houwerzijl, Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik – Deel 1: De arresten Viking, Laval en Rüffert, verdragsaspecten, *NTER* 2008/7-8, p. 190-205; A.Ph C.M. Jaspers, Collectieve actie door vakbonden beperkt wegens strijd met vrijheid van diensten en vestiging, *Sociaal Recht* 2008/2, p. 56-60; Mok, noot bij Viking en Laval, *NJ* 2008, 149-150; T. van Peijpe, De arresten Laval en Viking en hun gevolgen, *SMA* 2008/4, p. 175-185; S. Prechal en S. de Vries, Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht, *SEW* 11(2008), 425-440.

11 Zie uitgebreid ook over andere aspecten de literatuur aangehaald in nt 10, waaronder A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, a.w. nt. 4, p. 190-205, waarop de verkorte analyse hieronder is gebaseerd en deels uit is overgenomen.

12 Dit was al bekend van andere – gevoelige, en daarom van Europese regelgeving uitgesloten – terreinen zoals de directe belastingen, de sociale zekerheid en het onderwijs. Zie onder meer arresten in de zaken C-158/96, Kohll, C-334/02, Commissie t. Frankrijk, C-446/03, Marks & Spencer, C-192/05 (Tas Hagen), C-209/03 (Bidar), C-544/03 (Mobistar), C-545/03 (Belgacom) en C-372/04 (Watts/Bedford).

13 Onder verwijzing naar het ESH, ILO Verdrag 87 en Artikel 28 EU Handvest van de grondrechten, zie Viking, r.o. 43.

hebben met blokkades en solidariteitsacties, mits deze concreet bijdragen aan een betere bescherming van werknemers.

Anders dan in eerdere rechtspraak waarbij de verhouding tussen de collectieve onderhandelingsvrijheid en het mededingingsrecht binnen de EU centraal stond, namelijk in het Albany arrest,[14] bepaalde het Hof in Viking dat de vakbonden zich niet kunnen beroepen op een algemene exceptie waarbij collectieve acties aan toetsing aan de vrij verkeer bepalingen zijn onttrokken. Waar beperking van de mededinging volgens het Hof inherent is aan het sluiten van cao's, kan niet worden gesteld dat stakingen inherent belemmerend zijn voor het vrij verkeer. Volgens het Hof was er daarom geen parallel te trekken met het Albany arrest. Dit lijkt op het eerste gezicht steekhoudend aangezien stakingen die het vrij verkeer binnen de EU direct frustreren, zoals in Viking/Laval, betrekkelijk zeldzaam zijn. Op het tweede gezicht is echter van belang dat het Hof in Viking en Laval niet het collectieve actierecht als zodanig toetst, maar dit combineert met een toets van de met die acties beoogde sociale doelen. Het recht om een collectieve actie te voeren *die bescherming van werknemers tot doel heeft*, vormt een legitiem belang dat een belemmering van het vrij verkeer kan rechtvaardigen, zo bepaalde het Hof.[15] Maar deze gecombineerde toets van grondrecht en het doel waarvoor dit recht wordt aangewend, legt wel degelijk een fundamentele spanning bloot tussen vrij verkeer en arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers. In de uitleg van het Hof maakt loonconcurrentie een integraal onderdeel uit van het vrij verkeer. Dit terwijl het tegengaan van loonconcurrentie, onder meer

14 In dat arrest werd bepaald dat de mededingingsregels van het verdrag niet van toepassing zijn op collectieve overeenkomsten tussen de sociale partners op het terrein van de sociale politiek. Zie: E.J.A. Franssen, A.T.J.M. Jacobs, A. Ph. C. M. Jaspers en K.J.M. Mortelmans, 'Cao's en mededingingsrecht', *SMA* 2000/7-8, p. 324-339; zie recenter ook Prechal en De Vries, a.w. nt 10. Zie tevens voor een gecombineerde beschouwing van de invloed van de 'Albany-rechtspraak' en de rechtspraak inzake het 'Laval-kwartet' op het Nederlandse cao-recht, T.M.J. Smits en M.S. Wirtz, Uitdagingen voor het Nederlandse cao-stelsel vanuit Europees perspectief bezien, in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, VvA nr. 39, Deventer: Kluwer 2011.

15 Viking, r.o. 77. De beperking moet wel geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaan dan noodzakelijk (dit laatste leidt tot een soort van 'ultimum remedium' toets).

via het inzetten van het stakingswapen, nu juist de basis vormt voor de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming.[16]

Als collectieve acties het vrij verkeer belemmeren, kunnen ze op grond van de gangbare criteria worden gerechtvaardigd, zo stelt het Hof. Voor niet-discriminerende belemmeringen kan een beroep worden gedaan op zowel de geschreven rechtvaardigingsgronden als op dwingende redenen van algemeen belang. In Viking beriep de internationale vakbondskoepel ITF zich op de bescherming van het grondrecht van collectieve actie als een zelfstandige rechtvaardiging. Deze stellingname past in de lijn van eerdere, door het Hof in Viking aangehaalde, arresten Schmidberger en Omega.[17] Het respecteren van fundamentele rechten, respectievelijk de vrijheid van meningsuiting en het recht op menselijke waardigheid, vormden in die twee arresten een algemeen belang dat op zichzelf een beperking van het vrij verkeer kan rechtvaardigen. Zoals gezegd, legt het Hof in de arresten Viking/Laval echter bij zijn toetsing van het grondrecht op collectieve actie een nauw verband met het beoogde doel van de collectieve actie, namelijk de werknemersbescherming. Daarbij lijkt voor de rechtvaardigingsvraag het *doel* van de collectieve actie voorop te staan – niet het recht op collectieve actie als zodanig. Het Hof liet het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de in het geding zijnde acties ook daadwerkelijk betrekking hadden op de bescherming van werknemers en, zo ja, of de acties ook geschikt waren voor dat doel. Daarbij gaf het Hof wel een voorzet, waarbij de bescherming van werknemers zeer beperkt werd uitgelegd: namelijk als begrensd tot het basispakket aan lokale arbeidsvoorwaarden dat in de Detacheringsrichtlijn is neergelegd voor gedetacheerde werknemers (in Laval) of (in Viking) tot de daadwerkelijke bescherming van bestaande arbeidsvoorwaarden en/of werkgelegenheid. Een eerder door de werkgever gedane toezegging inzake behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden ten bate van de zittende bemanning kan aan een (geplande) collectieve actie haar rechtvaardiging ontnemen, zo oordeelde het Hof in Viking.[18] Zowel in Viking als

16 Het Hof lijkt dit verband te erkennen in Viking, r.o. 36, waar het aangeeft dat collectieve acties - als laatste redmiddel – voor vakbonden om hun eis tot collectieve regeling van de arbeid, duiden op onlosmakelijke verbondenheid tussen het stakingswapen en het sluiten van cao's.

17 C-112/00 (Schmidberger); C-36/02 (Omega). Vgl. ook de recentere zaak C-208/09 (Sayn-Wittgenstein).

18 Viking, r.o. 80.-83.

Laval wordt slechts gesproken over de mogelijke rechtvaardiging van collectieve acties *ter bescherming van de werknemers.*[19]

Nu kan deze toevoeging worden geïnterpreteerd als een afbakening van het *type* collectieve actie dat bescherming verdient als Europees grondrecht.[20] Zo gelezen, zou het Hof in Laval een ruime opvatting tentoonspreiden van het begrip 'collectieve actie' door ook blokkades daaronder te scharen.[21] Er is echter ook een andere lezing mogelijk, die volgens ons aannemelijker is. Het Hof weegt namelijk niet twee gelijkwaardige grondrechten tegen elkaar af, maar toetst steeds of een bepaalde belemmering van het vrij verkeer te rechtvaardigen valt vanuit de doelstelling van – een beperkt opgevatte - werknemersbescherming. Of deze belemmering te beschouwen valt als een collectieve actie (als grondrecht) is in feite niet relevant: het uitoefenen van het recht op collectieve actie moet passen binnen het systeem van rechtvaardigingsgronden inzake het vrij verkeer.

Het grondrecht op collectieve actie lijkt dus in Viking/Laval geen rol te spelen als zelfstandige rechtvaardigingsgrond. Met vele anderen, zoals we ook verderop in deze bijdrage nog zullen zien, delen wij dan ook daarom de analyse van de ETUC dat van een gelijkwaardige afweging tussen twee fundamentele rechten in Viking en Laval geen sprake is geweest.

11.2.3 Voorstellen voor herstel van de balans: 2010 - 2012

Naar aanleiding van de patstelling tussen de sociale partners, lag vanaf april 2010 de bal voor het vinden van een oplossing geheel bij de instituties van de EU en dan vooral bij de Europese Commissie. Probleem daarbij was allereerst het vinden van voldoende politiek en maatschappelijk draagvlak. Volgens het ETUC kon de door Viking/ Laval verstoorde balans tussen economische en sociale rechten alleen gerepareerd worden door aan de EU-verdragen een sociaal protocol toe te voegen, waarin moest worden bepaald dat bij de uitoefening van de economische vrijheden de sociale grondrechten gerespecteerd dienden te worden 'ten einde recht te doen aan de doelstelling van

19 Voor Laval zie r.o. 107.

20 Dat wordt erkend door de internationale instrumenten die het Hof noemt: ESH, ILO verdrag nr. 87, Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden uit 1989, art. 136 EG (nu art. 151 VWEU), Handvest van de grondrechten van de EU (Nice 2000).

21 Laval, r.o. 107. Zie over dit punt ook F. Dorssemont. A. Van Hoek, De collectieve actie bij arbeidsconflicten in Rome II, *Belgisch Tijdschrift voor Handelsrecht* speciaal nummer juni 2008, p. 55.

sociale vooruitgang en de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden'.[22] Daarentegen vonden niet alleen de werkgevers ingrijpen van de Europese wetgever overbodig, ook veel (nieuwe) lidstaten voelden hier niet voor. Aan de andere kant meenden veel andere (oude) lidstaten, samen met de ETUC en het Europese parlement, dat er juist wel iets moest gebeuren. De Europese Commissie zocht een uitweg door eerst het nodige onderzoek in te stellen. In mei 2010 verscheen het zogenoemde Monti-rapport.[23] Daarin wordt gewezen op de barrière die artikel 153 lid 5 VWEU lijkt op te werpen tegen reguleren van de nationale stelsels van stakingsrecht op Europees niveau. Wel wordt een instrument parallel aan Verordening 2679/98 (bekend als Monti I-verordening) mogelijk geacht.[24] Waar in Monti I het spanningsveld tussen het vrij verkeer van goederen en het recht op collectieve actie wordt geadresseerd, zou het nieuwe instrument het spanningsveld tussen (detachering van werknemers in het kader van) het vrije dienstenverkeer en het recht op collectieve actie bestrijken. Daarnaast bepleitte Monti de invoering van een informeel geschillenbeslechtingsysteem voor de oplossing van stakingsconflicten met een interne markt dimensie, wellicht mede geïnspireerd door het voorbeeld van de in 2009 beslechte Britse zaak in de kwestie 'Lindsey Oil'.[25]

Het Monti-rapport vormde de opmaat voor een in het najaar van 2010 verschenen mededeling van de Europese Commissie waarin vijftig maatregelen werden aangekondigd om de interne markt een nieuwe 'schwung' te geven en voor het uiteindelijke voorstel voor een 'Monti II- verordening', inzake de uitoefening van het recht op collectieve actie in de context van de vrijheid van vestiging en van

22 Een zogenoemde 'Social Progress Clause'. Zie: <www.etuc.org/IMG/pdf_social_progress_protocolEN.pdf>.

23 Geschreven door de Italiaanse professor Mario Monti. Zie: <http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf>.

24 In deze interpretatie zou art. 153 lid 5 VWEU alleen betrekking hebben op de harmonisatie van nationale stakingsregels en zou dit de bevoegdheid van de EU om de algemene beginselen en Europese regels met betrekking tot het uitoefenen van het recht op collectieve actie, waaronder het recht om te staken, binnen de context van de interne markt onverlet laten.

25 Zie voor een bespreking Catherine Barnard, 'British Jobs for British Workers': The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market, *Ind Law J* (2009) 38 (3): 245-277.

dienstverrichting.[26] Dit werd in een gezamenlijk persbericht met een voorstel voor een richtlijn ter versterking van de handhaving van de Detacheringsrichtlijn gepubliceerd op 21 maart 2012.[27] Als neutrale rechtsbasis van het voorstel was artikel 352 VWEU gekozen, in navolging van de rechtsgrondslag voor de Monti I-verordening. Een potentieel probleem hierbij vormde de vereiste eenparigheid van stemmen binnen de Raad van ministers, het orgaan waarin de regeringen van de lidstaten het eens moeten zien te worden over voorstellen voor Europese regelgeving, afkomstig van de Europese Commissie. Deze unanimiteitseis maakte de speelruimte voor een daadkrachtig instrument wel erg klein. Dat de politieke ruimte voor overeenstemming miniem was, bleek ook uit de inhoud van het voorstel; het ging om slechts een handvol bepalingen die al snel werden betiteld als niet meer dan een codificatie van de Viking/Laval jurisprudentie.[28] Toch was in de Monti II-verordening wel iets meer te vinden dan een pure codificatie. Zo was een bepaling gewijd aan de mogelijkheid van alternatieve, buitengerechtelijke geschillenbeslechting bij collectieve acties in transnationale situaties en werd in een andere bepaling een waarschuwingsmechanisme ingevoerd, waarbij in geval van grote sociale onrust in een lidstaat de Europese Commissie in kennis moest worden gesteld.[29] De meest beloftevolle toevoeging aan de Viking/Laval jurisprudentie als het gaat om de balans tussen het stakingsrecht en de economische vrijheden was, volgens ons, nog de wederkerige beperking van het grondrecht op collectieve actie en de economische vrijheden neergelegd in artikel 2:

> *'Bij de uitoefening van de in het Verdrag verankerde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting wordt het grondrecht*

26 Zie COM(2010)206 final en Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitoefening van het recht om collectieve actie te voeren in de context van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, COM (2012)130 final.

27 'Commission to boost protection for posted workers' IP/12/267 - 21/03/2012; COM (2012) 131 final.

28 Overigens geeft de memorie van toelichting aanleiding voor deze typering: doel van de maatregel is 'duidelijkheid te verschaffen over de interactie binnen de EU tussen de uitoefening van de sociale rechten en de uitoefening van de in het Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting'. Daarbij was het uitdrukkelijk niet in de bedoeling 'de rechtspraak van het Hof te ontkrachten'. Zie COM(2012)130 final, ook aangehaald in F. Dorssemont, a.w. (noot 8).

29 Zie voor een uitgebreide analyse of beter gezegd filering van het voorstel voor de Monti II-verordening, F. Dorssemont, a.w. (noot 8).

om collectieve actie te voeren, met inbegrip van het stakingsrecht of de stakingsvrijheid, geëerbiedigd, en omgekeerd worden bij de uitoefening van het grondrecht om collectieve actie te voeren, met inbegrip van het stakingsrecht of de stakingsvrijheid, deze economische vrijheden geëerbiedigd.'

Al gauw bleek echter dat deze openingsnoot weinig weerklank vond bij vooral de voorvechters van reparatie van de Viking/Laval jurisprudentie.[30] Het lot van de Monti II-verordening was bezegeld toen twaalf nationale parlementen,[31] waaronder die van Nederland, kanttekeningen plaatsten bij de bevoegdheid van de Europese wetgever voor dit instrument en gebruik maakten van hun kersverse bij het Verdrag van Lissabon verworven recht om een zogenoemde 'gele kaart' te trekken.[32] De Commissie trok vervolgens in september 2013 het voorstel voor de Monti II-verordening in. Naar eigen zeggen niet omdat het voorstel niet in lijn zou zijn met de subsidiariteitseisen, maar omdat het voorstel weinig kans bleek te maken in de Raad en in het Europees Parlement.

De in de afgevoerde Monti II-verordening neergelegde gedachte dat economische verdragsvrijheden en sociale grondrechten elkaar wederkerig beperken, was ook door A-G Trstenjak verwoord in haar conclusie in de zaak Commissie/Duitsland.[33] Hierbij benadrukte zij de gelijkwaardigheid van beide. De A-G stelde een dubbele proportionaliteitstoets voor, waarbij zowel moest worden nagegaan of het

30 Zie o.a. Keith Ewing, *The draft Monti II Regulation, An inadequate response to Viking and Laval*, Institute of Employment Rights, 2011. Vakbonden, waaronder de Nederlandse, startten al acties tegen de ontwerpteksten die circuleerden. Zie www.stakenmoetmogen.nl en 'Monti II-verordening: Europa beraamt frontale aanval op stakingsrecht', dinsdag 21 februari 2012, via www.chengetheworld.be.

31 Er werd tegen het Monti II-voorstel negentien maal bezwaar aangetekend. Dat is dus meer dan het minimum (achttien). De stemmen waren afkomstig uit Denemarken, Finland, Letland, Luxemburg, Malta, Portugal, Zweden (van al deze landen twee stemmen), België (Kamer van Volksvertegenwoordigers), Frankrijk (Senaat), Nederland (Tweede Kamer), Polen (Lagerhuis) en het Verenigd Koninkrijk (Lagerhuis). Zie www.europa.nu en 'National parliaments show 'yellow card' to EU law on strikes', 29.05.12, http://euobserver.com/social/116405.

32 Zie voor Nederland de motie-Hamer/Ulenbelt, *Handelingen II*, 2011/12, nr. 85-15. Sinds 1 december 2009 is het Verdrag van Lissabon in werking getreden waarbij aan de nationale parlementen een rol toegekend is om te waken over de eerbiediging van het beginsel van subsidiariteit. Voor een kritische beschouwing: A.C.M. Meuwese, De eerste gele kaart voor Europa, *RegelMaat* 2012 (27) 5, p. 319 – 324.

33 Conclusie A-G Trstenjak bij C-271/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 80-84.

vrij verkeer van diensten disproportioneel werd beperkt door het recht op collectief overleg, alsook of het recht op collectief overleg disproportioneel werd beperkt door de vrijheid van dienstverrichting. Toch bleek dit niet voldoende om de in Viking/Laval gewekte suggestie weg te nemen dat – in een concreet geval - de sociale grondrechten aan de economische vrijheden in de interne markt ondergeschikt zijn.[34] Bij de uitvoering van haar toets in de casus van Commissie/Duitsland kwam de A-G tot dezelfde uitkomst als in Viking/Laval: de uitoefening van het sociale recht vormt een disproportionele beperking van het dienstenverkeer (en niet andersom). Het Hof kwam tot dezelfde uitkomst maar dan zonder de dubbele proportionaliteitstoets van de A-G. Wel erkende het Hof bij deze gelegenheid de vrijheid van collectief overleg als een fundamenteel beginsel van het Unierecht.[35] Hierbij leek het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon, waarin zowel het recht op collectieve actie als de vrijheid van collectief overleg wordt erkend, een gunstige rol te spelen. In het Verdrag van Lissabon ging de EU bovendien de in artikel 6 lid 2 VEU neergelegde verplichting aan om tot het EVRM toe te treden.[36] Toch is er, ondanks deze potentiële versterkingen van de positie van de collectieve onderhandelingsvrijheid en het recht op collectieve actie, de facto op dit punt geen vooruitgang geboekt in het EU 'aquis' vanaf 2008. De Viking/Laval jurisprudentie staat nog ferm overeind.

11.2.4 Belang van Viking/Laval voor de interpretatie van het (Nederlandse) stakingsrecht

Als we kijken naar de daadwerkelijke rechtsontwikkeling, dan blijkt dat het belang van de Viking/Laval-uitspraken voor de interpretatie van het collectieve actierecht weliswaar niet onderschat, maar toch ook niet overschat moet worden. Nog altijd is de directe relevantie

34 Het is ook zeer twijfelachtig of dit wel kan, zolang de prejudiciële vragen in de aangebrachte zaken voor het Hof vanuit het oogpunt van de schending van de Verdragsvrijheid gesteld worden. Vgl. Prechal & De Vries, a.w. (noot 10).

35 HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08 (Commissie/Duitsland).

36 Onderhandelingen tussen de Raad van Europa en de EU hebben in april 2013 een ontwerpverdrag opgeleverd die de daadwerkelijke toetreding van de EU tot het EVRM moet regelen. Zie uitgebreid A.G. Veldman, 'Werknemersbescherming en economische vrijheden. Wat is te verwachten van de toetreding tot het EVRM', *TAP* 2013/8, p. 326-333.

voor de Nederlandse rechtspraktijk gering.[37] In het geval van Laval is dat ook logisch: de massale Zweedse boycotactie van het Letse bedrijf Laval is een typisch Scandinavische methode van afdwingen en handhaven van nationale cao's die wij in Nederland niet kennen. Onderwerping van buitenlandse gedetacheerde werknemers aan (een harde kern van) Nederlandse cao-bepalingen gebeurt bij ons via de Wet Arbeidsvoorwaarden Grensoverschrijdende Arbeid (Waga). Hierover zijn inmiddels wel een aantal rechtszaken gevoerd, waarbij 'en passant' bleek dat de FNV in staat is gedetacheerde werknemers te interesseren voor het lidmaatschap van een Nederlandse vakbond.[38] Wat betreft Viking is de impact van de uitspraak van het Hof voor de Nederlandse rechtspraktijk potentieel groter. Protesten, soms uitmondend in stakingen tegen uitvlaggen en offshoring van werkgelegenheid wegens lagere loonkosten komen ook in Nederland voor. Toch is het belang van deze zaak voor Nederland vooralsnog eveneens theoretisch. De in het arrest Viking uiteengezette toetsingscriteria van een collectieve actie, zoals het 'ultimum remedium' criterium, sluiten namelijk goed aan bij de Nederlandse benadering.[39] De Nederlandse rechtspraak biedt dus (nog) geen grond voor de vrees in vakbondsgelederen dat het effect van de Viking/Laval uitspraken verder reikt dan collectieve acties die daadwerkelijk het grensoverschrijdende verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging belemmeren. Hieronder zullen we zien, in de context van reacties hierop vanuit de ILO en de Raad van Europa, dat deze geruststellende conclusie niet voor alle lidstaten geldt.

37 Zoals al werd verwacht in eerdere beschouwingen. Zie de hier deels herhaalde analyse in A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, a.w. (noot 4).

38 Zie Rb. Groningen 5 oktober 2012, *LJN*: BX9234. In deze 'Eemshavenzaak' trad FNV Bondgenoten op namens 170 van de ca. 800 gedetacheerde werknemers van de Poolse firma Remak. Ook via (ad hoc) buitengerechtelijke geschillenbeslechting en met inschakeling van de media en parlementsleden worden de belangen van groepen gedetacheerde werknemers bij grote Europees aanbestede bouw- en infra-projecten geadresseerd. Thans staat in dit verband de inzet van gedetacheerde werknemers bij de A2 en A4 projecten sterk in de belangstelling, Zie meest recent *Kamerstukken II*, 2013-2014, 29407 nr. 187 en 188. Zie tevens: *http://www.a2maastricht.nl/nl/themas/inzet-buitenlandse-werknemers.aspx* (laatstelijk geraadpleegd: 10 maart 2014).

39 Die overigens al jaren onderwerp van kritiek is van de Europese Commissie van Sociale Grondrechten in het kader van de beoordeling van de naleving van art. 6 lid 4 ESH. Zie hierover Jaspers, a.w. (noot 10) en onlangs A.W. Haverkort en I. De Witte, 'Ontwikkeling van het stakingsrecht na kritiek van het ECSR, *TAP* 2013/3, p. 114-118. Over de verschillende nationale tradities van stakingsrecht zie Dorssemont/Jaspers/Van Hoek, *Cross-border Collective Action in Europe: A legal challenge*, Intersentia 2007.

11.3 Reacties vanuit de ILO op Viking/Laval

11.3.1 Rapportage aan de ILO van de vakbonden

De eerste reactie van de Europese vakbeweging ETUC en de nationale vakbonden op de Laval en Viking arresten van het Hof van eind 2007 was een van schok en opwinding. Nog voor de precieze doorwerking van de uitspraken op de zeer diverse nationale wetgeving aangaande collectief onderhandelen, inclusief het sluitstuk collectieve actie, in kaart was gebracht, besloot de ETUC tot een gezamenlijke rapportageactie richting ILO. Elk van de aangesloten nationale vakbonden uit alle lidstaten van de EU (ook de MOE–landen) stuurde een grotendeels identiek rapport naar Geneve, met de boodschap dat zij door de uitspraken werden beperkt in de uitoefening van de hoeksteenrechten van de ILO. Hoewel de fundamentele ILO verdragen 87, 98 en 154 het stakingsrecht strikt genomen niet noemen of reguleren, hebben zowel het Comité van Experts als het Comité van Vakverenigingsvrijheid vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw een gezaghebbende jurisprudentie ten aanzien van dit onderwerp opgebouwd.[40] In de loop van de jaren na Viking/Laval werd echter pas duidelijk wat de feitelijke impact was van de uitspraken in de verschillende landen. En die bleek, niet erg verwonderlijk, eigenlijk niet strikt juridisch maar veel meer van sociaal-politieke aard te zijn. In landen waar de arbeidsverhoudingen voorheen reeds gespannen waren, werd de argumentatie van het Hof ingezet door werkgevers die het recht op collectieve actie wilden aanpakken. In andere landen gebeurde dat veel minder. Allereerst kijken we naar de gevolgen in het Verenigd Koninkrijk en Zweden, waarna we kijken of dat voor Nederland analoge gevolgen kan hebben.

11.3.2 De Britse Balpa-case

De meest opvallende zaak die tot commentaar van het Comité van Experts van de ILO leidde was die van de Britse verkeersvliegers, de British Airline Pilots' Association (Balpa). In oktober 2008, nog geen jaar na de Viking/Laval uitspraken, stelde Balpa dat zij ernstig werd gehinderd in de uitoefening van het stakingsrecht. De voornaamste werkgever British Airways (BA) had besloten een of meerdere vestigingen in de vorm van dochterondernemingen te openen in

40 Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO *Fifth (revised) edition ILO 2006.*

andere EU lidstaten. De onderhandelingen over dat besluit, met name over de gevolgen die het besluit zouden hebben voor de arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden, liepen vast en een grote meerderheid van de Balpa leden besloot over te gaan tot een staking. Die staking werd echter verhinderd door het besluit van BA om aan de rechter een bevel tot een verbod te verzoeken, met het argument dat de staking onrechtmatig zou zijn wegens de Viking/Laval uitspraken. Bovendien stelde BA dat zij in geval van een werkonderbreking een schadeclaim zou indienen van 100 miljoen Britse ponden per dag. Onder die dreiging durfde Balpa de staking niet door te zetten, ze zou binnen no-time failliet zijn als zij werkelijk dat soort schadeclaims zou moeten betalen.[41]

Volgens de Britse overheid was de rapportage van Balpa aan de ILO gericht tot de verkeerde partij omdat elk ongewenst gevolg van de arresten zou voortvloeien uit EU-recht, waarop het Verenigd Koninkrijk geen invloed heeft. Bovendien was de reactie van Balpa prematuur omdat het nog totaal onduidelijk was welke doorwerking de leer in de arresten zou hebben op het Britse recht. Dat effect op vakbondsrechten zou, zo schatte men in, vast niet erg groot zijn, omdat het zich slechts zou voordoen in zaken waar vrijheid van vestiging en diensten tussen lidstaten aan de orde zouden zijn. Omdat nog geen Britse rechter enige uitspraak had gedaan over de toepassing en reikwijdte van de uitspraken, kon Balpa er niet van uitgaan dat de gevolgen voor haar zo ernstig zouden zijn als geschetst. Er was geen indicatie dat de bestaande juridische leer: een beperking van schadevergoeding bij aansprakelijkheid voortvloeiend uit een staking, zou moeten wijken in een op de EU-leer gebaseerde claim. De beperking is sterk verankerd in de bescherming van vakverenigingsrechten die in acht zou moeten worden genomen, als in een rechtszaak de beperking zou worden betwist vanwege strijd met het EU-recht. Het Comité van Experts heeft, zo stelt zij, niet de taak over de juistheid van de beslissing van het Hof te oordelen, maar te onderzoeken of het effect van de beslissingen op het nationale niveau aan werknemers het recht op vrijheid van vakvereniging ontnemen.[42]

In haar antwoord stelt het Comité dat zij zich in de loop der jaren in haar uitgebreide reeks van beoordelingen van beperkingen van het recht op collectieve actie, nog nooit heeft hoeven uitlaten over de

41 Ewing K.D. and Hendy J.Q.C., A Tale of Two Cities; Strasbourg and Luxembourg and the Rights to Collective Bargaining and to Strike, www.terralaboris.be

42 Observation by the CEACR –adopted 2009, published 99th ILC session (2010), http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms123424. pdf.

proportionaliteit van belangen die voortvloeien uit vrijheid van vestiging of dienstenverkeer. Het Comité stelt ernstig bezorgd te zijn over de praktische beperkende gevolgen op de uitoefening van het stakingsrecht voor de Balpa leden. Ze is van mening dat een dreigend bankroet door een schadeclaim op grond van de Viking/ Laval oordelen tot een situatie leidt waarin de verdragsrechten niet kunnen worden uitgeoefend. Ten aanzien van de opvatting dat de angst voor een bankroet van Balpa prematuur zou zijn, merkt het Comité op dat zij die opvatting niet deelt. Integendeel, zij acht het aannemelijk dat het bestaan van de vakbond werd bedreigd en dat het verzoek om de staking te verbieden bovendien een juridisch proces op gang zou brengen, dat zou leiden tot de facto ondermijning van de effectiviteit van staking. Ten slotte verwierp het Comité de visie van de Britse overheid dat de beperkingen op het stakingsrecht alleen grensoverschrijdende kwesties zou beïnvloeden, terwijl het overgrote deel van de collectieve acties slechts nationaal speelden. In dat verband merkt het Comité op dat in de context van de globalisering steeds vaker dit soort zaken zal ontstaan, zeker in bepaalde sectoren zoals de luchtvaart. De invloed van de oordelen van het EU Hof op het recht van werknemers in dergelijke sectoren om zinvol te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden kan vernietigend zijn. Het Comité constateert dat de doctrine zoals benadrukt in de arresten van het Hof waarschijnlijk een aanzienlijk beperkend effect op de uitoefening van het stakingsrecht in de praktijk zal hebben, hetgeen in strijd is met het ILO-verdragsrecht. De Britse overheid wordt opgeroepen aan te geven welke passende maatregelen zij zal treffen om de bescherming van werknemers en hun organisaties te herstellen.

In haar rapport van 2013 herhaalt het Comité het pleidooi dat passende bescherming en immuniteit tegen aansprakelijkheid noodzakelijk is om toepassing en respect voor het als fundamenteel bestempelde recht te garanderen. In het verlengde van de Britse regering verwijst het Comité echter naar de ontwikkeling van de Monti II-verordening. Zoals hierboven al beschreven is, is dit proces inmiddels in duigen gevallen. Hoewel de onderhandelingen in Brussel doorgaan, blijkt het zeer moeizaam om tot overeenstemming te komen.[43]

43 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1230_en.htm.

11.3.3 Zweden na Laval

Ook de Zweedse vakbonden die betrokken waren bij de Laval-zaak grepen het ILO toezichtmechanisme aan om hun beklag te doen over de gevolgen voor de uitoefening van het stakingsrecht. Zoals hierna nog nader zal worden toegelicht, werd de Zweedse wet naar aanleiding van Laval zodanig gewijzigd dat de vakbonden met werkgevers alleen afspraken mogen maken over het minimumloon en/of andere minimale arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde en uitgezonden werknemers, zoals geregeld in de Detacheringsrichtlijn. Ook werd hen verboden over het meerdere te staken. Het ESH Comité acht dat in strijd met artikel 6 ESH. Zo ook het Comité van Experts van de ILO, dat zich verontrust toont ten aanzien van de wetgeving die het stakingsrecht beperkt tot de minimumarbeidsvoorwaarden van de Detacheringsrichtlijn, zelfs waar in de onderneming vakbondsleden werkzaam zijn en zonder dat het ertoe doet of de gedetacheerde werknemers eventueel onder een cao vallen.[44] De ILO Experts zijn van mening dat alle werknemers het recht moeten hebben te worden vertegenwoordigd door de vakbond die zij kiezen en dat het niet aan de wetgever is die weg af te schermen.

De Zweedse vakbonden LO en TCO die partij waren in de Laval zaak werden achteraf geconfronteerd met een schadeclaim van 342.000 euro die door de rechter werd toegekend, terwijl een eerdere rechter in 2004 had geoordeeld dat de collectieve actie op grond van het Zweedse recht rechtmatig was.[45] In de analyse koppelt het Comité deze kwestie aan het risico van Balpa in de hierboven beschreven zaak. Zij constateert dat ondanks een verzoek daartoe, de Zweedse regering nog geen antwoord heeft gegeven op de vraag naar de rechtmatigheid daarvan. Herhaald wordt het standpunt dat wanneer er een alomtegenwoordige dreiging bestaat van aansprakelijkheid door schade die tot een bankroet zou leiden, het aannemelijk is dat de uitoefening het stakingsrecht in gevaar komt. In dit

44 2013 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Sweden p.176-180, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3085286:NO.

45 Zie voor een bespreking K. Boonstra, 'De Zweedse rechtsgang na het Laval-arrest. Annotatie bij Arbeidshof Stockholm 2 december 2009, oordeel no. 89/09, Case No. A 268/04', *TRA* 2010/ 63. Het is zeer de vraag of het Zweedse Hof in zijn uitspraak aan de toekenning van horizontale werking aan vrij-verkeer-bepalingen niet te vergaande consequenties heeft verbonden als het gaat om de vraag of oud art. 10 EG (thans art. 4 lid 3 VEU) ook onverkort voor vakbonden moet gelden en de toepassing van de Europeesrechtelijke jurisprudentie op dit vlak (C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur en C-453/99, Crehan).

specifieke geval van Zweden, waar het ging om een rechtmatige staking, is dat nog sterker het geval. Het Comité geeft de Zweedse overheid in overweging de schade aan de vakbonden te compenseren.

11.3.4 Toepassing van het ILO commentaar op de Nederlandse situatie

Hiervoor werd reeds vastgesteld dat de feitelijke impact van Viking/Laval samenhangt met de sociale politiek in landen. Het ILO Comité was al jaren bezig met het stakingsrecht in het Verenigd Koninkrijk, al voor Viking/Laval. Het lijkt erop alsof de uitspraken geleid hebben tot een uitbreiding van de argumenten in een al lang bestaande reeks van conflicten. Dat is ook het geval in Zweden, dat al jaren voorafgaand aan de arresten van het Hof werd gewaarschuwd over de aanval die men kon verwachten van het internationale bedrijfsleven. In de Nederlandse stakingsjurisprudentie zijn wij nog geen uitspraken tegengekomen die zijn gebaseerd op de Europese arresten. Maar betekent dit dat wij gevrijwaard zijn van dergelijke effecten? Misschien toch niet. Het ILO Comité stelt dat niet veel nodig is om aan stakingsacties grensoverschrijdende effecten toe te kennen. Weliswaar wordt in Nederland de vakbond niet snel aansprakelijk gesteld voor schade van de bestaakte werkgever,[46] maar schade aan derden kan wel tot aansprakelijkheid leiden. Bovendien kan bij een collectieve actie die zich richt tegen overheidsbeleid, maar zich keert tegen de werkgever, deze laatste onder voorwaarden als derde worden aangemerkt. Saillant detail; hiervan was sprake in het Havenarrest,[47] een sector waarin het grensoverschrijdende aspect nooit ver weg zal zijn. Tot nu toe wordt in vergelijking met bijvoorbeeld de Britse praktijk in ons land terughoudend omgegaan met schadeclaims wegens stakingsacties, maar als BA last zou hebben van een collectieve actie op Schiphol, staat niets haar in de weg om de Nederlandse vakbonden met precies dezelfde schadeclaims te dreigen als tegen Balpa.

46 Zie bijv. Rechtbank Arnhem, 25-08-2004 (Sfinx), *JAR* 2004/252.
47 HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152.

11.4 Ontwikkelingen binnen de Raad van Europa na Viking/Laval

11.4.1 Ontwikkelingen inzake artikel 6 ESH na Viking/Laval

Het Europees Sociaal Handvest (hierna: ESH) is een belangrijke rechtsbron, die in de schoot van de Raad van Europa tot stand is gekomen. Het ESH regelt sinds 1961 en sinds 1999 in herziene vorm, diverse sociale rechten op onder meer het terrein van sociale bescherming en arbeid, waaronder het recht op collectief onderhandelen en op collectieve actie (artikel 6 lid 2 en lid 4 ESH). Hierna zullen we niet zozeer stilstaan bij de inhoudelijke ontwikkeling van beide rechten, maar bij een recent oordeel van het Europees Comité voor Sociale Rechten (hierna: ECSR) dat voor deze bijdrage van belang is, te weten een oordeel van het ECSR over (1) een wetswijziging die na Laval in Zweden tot stand is gekomen en (2) de wijze waarop dat land EU-richtlijn 2006/123 heeft geïmplementeerd.[48] De wijzigingen houden in essentie in dat Zweedse vakverenigingen met werkgevers alleen afspraken mogen maken over het minimumloon en/of andere minimale arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde en uitgezonden werknemers. Tegelijkertijd werd het de vakverenigingen verboden om door middel van een staking betere voorwaarden dan deze minimale voorwaarden na te streven. De 'Swedish Trade Union Confederation' (LO) en de 'Swedish Confederation of Professional Employees' (TCO) waren van mening dat zowel de wetswijziging als de implementatie van de richtlijn strijdig is met het recht op collectief onderhandelen en op collectieve actie. Zij werden daarin gevolgd door het ECSR. De belangrijkste overwegingen van het ECSR voor zover deze het recht op collectieve actie betreffen, komen hierna aan bod.

Het ECSR overweegt als eerste dat het recht om collectief te onderhandelen en collectief actie te voeren een essentiële basis vormt voor de vervulling van andere fundamentele rechten die ook in het ESH gewaarborgd worden. Vervolgens past het ECSR een comparatieve interpretatiemethode toe en merkt het op dat zowel het recht op collectief onderhandelen als het recht op collectieve actie in een grote meerderheid van de verdragsluitende staten constitutionele erkenning geniet, alsmede dat beide rechten in een significant aantal bindende

48 European Comité of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden).

internationaal- en Europeesrechtelijke instrumenten worden erkend.[49] Daarna kijkt het ECSR naar de interpretatie van artikel 6 lid 2 ESH waarbij zowel de negatieve als de positieve verplichting tot collectief onderhandelen aan bod komt. Die overwegingen laten we hier rusten.

Vervolgens oordeelt het ECSR dat het recht op collectieve actie is geschonden (artikel 6 lid 4 en artikel G ESH). Nadat het overwogen heeft dat dit recht niet absoluut is en dat bepaalde vormen en typen van collectieve actie onder omstandigheden verboden mogen worden, overweegt het ECSR dat nationale wetgeving die *a priori* het recht om collectief actie te voeren voorkomt, of die het uitoefenen van dat recht alleen toelaat in zoverre het noodzakelijk is om bepaalde *'minimal working standards'* te bereiken, niet in overeenstemming is met artikel 6 lid 4 ESH. Dergelijke bepalingen maken namelijk inbreuk op de fundamentele rechten van werkenden en vakverenigingen om deel te nemen aan collectieve acties ter bescherming van economische en sociale belangen van werkenden. In deze context, binnen het systeem van waarden, principes en fundamentele rechten die belichaamd zijn in het ESH, is het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie essentieel voor het waarborgen van de autonomie van vakverenigingen en het beschermen van de *'employment conditions'* van werkenden. Wil de inhoud van beide rechten gerespecteerd worden dan moet het de vakverenigingen toegestaan zijn om te streven naar de verbetering van bestaande *'living and working conditions'* van werkenden en mag haar bereik niet beperkt worden door wetgeving die slechts strekt tot het bereiken van minimale condities, aldus het ECSR.[50]

Vervolgens schenkt het ECSR aandacht aan het feit dat Zweden als lid van de EU de Europese regelgeving, in het bijzonder de regelgeving geënt op de economische Verdragsvrijheden, dient te respecteren. De vraag die dan aan bod komt is hoe deze economische vrijheden zich verhouden tot het recht op collectieve actie. Het ECSR overweegt dat rechtsregels die gerelateerd zijn aan de uitoefening van de economische vrijheden en die door lidstaten ofwel direct door nationale wetgeving ofwel door EU-recht zijn vastgesteld, op zodanige wijze geïnterpreteerd moeten worden dat ze geen disproportionele beperkingen opleggen aan het uitoefenen van de rechten van

49 ILO, IVBPR, EU Handvest, Richtlijn 2006/123/EC en Richtlijn 2008/104/EC.

50 European Comité of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden), p. 120.

werknemers zoals deze door het ESH, in nationale wetgeving, EU-recht en andere internationaal bindende standaarden worden gewaarborgd. In het bijzonder dienen nationale en EU-regels die het genieten van zulke vrijheden regelen, op zo'n wijze geïnterpreteerd en toegepast te worden dat het fundamentele belang wordt erkend van het recht van vakverenigingen en hun leden om te ijveren voor zowel de bescherming als de verbetering van *'living and working conditions'* van werkenden, alsmede om een gelijke behandeling voor werkenden te bewerkstelligen ongeacht hun nationaliteit of enige andere grond.[51] Zodoende kan het faciliteren van het vrije verkeer van diensten en het stimuleren van de vrijheid van een werkgever of onderneming om diensten te verlenen op het territoir van andere staten, vanuit het gezichtspunt van het systeem van waarden, principes en fundamentele rechten die belichaamd zijn in het ESH, niet behandeld worden als zouden zij een grotere a priori waarde hebben dan '*core labour rights*'; waaronder wordt begrepen het recht op collectieve actie ten behoeve van verdere en betere bescherming van de economische en sociale rechten en belangen van werkenden.[52] De Zweedse wetgeving die tot gevolg heeft dat vakverenigingen geen enkele vorm van collectieve actie mogen voeren indien de werkgever aantoont dat werkenden voorwaarden genieten (inclusief loonniveaus en andere essentiële aspecten van werk) die op zijn minst '*as favourable*' zijn als de condities die neergelegd zijn in overeenkomsten op centraal niveau of in de onderneming van de gebruiker (inlener), tezamen met het feit dat vakverenigingen een compensatie moeten betalen voor de geleden schade indien zij in strijd met de wet handelen, zijn een disproportionele beperking van het recht op collectieve actie. Er is dus sprake van een inbreuk op artikel 6 lid 4 ESH.[53]

51 European Comité of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden), p. 121.

52 European Comité of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden), p. 122.

53 European Comité of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden), p. 123.

11.4.2 Beschouwing van het oordeel van het ECSR

Het oordeel van het ECSR is interessant omdat het een eerste oordeel is van een instelling van de Raad van Europa over de verhouding tussen enerzijds de economische vrijheden zoals deze binnen de EU opgeld doen en anderzijds het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie zoals neergelegd in het ESH. Het oordeel van het ECSR is voor Nederland ook van waarde aangezien de Hoge Raad in het NS-arrest het oordeel van het Comité van deskundigen, het huidige ECSR, voor de interpretatie van het Handvest als 'gezaghebbend' heeft gekwalificeerd.[54] Die kwalificatie impliceert dat de overwegingen van het ECSR in beginsel relevant zijn voor de Nederlandse rechtspraktijk. Reden genoeg om bij die overwegingen wat nader stil te staan en deze te becommentariëren.

Allereerst neemt het ECSR een duidelijk stellingname in doordat hij het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie formuleert als een essentiële basis voor de vervulling van andere fundamentele rechten die ook in het ESH gewaarborgd worden. Daarmee kent het ECSR aan beide rechten een belangrijke plaats toe ter verwezenlijking van andere, tevens in het ESH neergelegde fundamentele rechten. Met die uitspraak lijkt het ECSR meteen al een voorschot te hebben genomen op de uitkomst van de procedure, zeker wanneer daarbij in ogenschouw wordt genomen dat door de verdragsluitende partijen van het ESH onder meer is beoogd om de levensstandaard en het welzijn van werknemers te verbeteren.[55]

Ten tweede en in het verlengde van het voorgaande hecht het ECSR waarde aan het systeem van waarden, principes en fundamentele rechten die belichaamd zijn in het ESH. Uit dat systeem volgt dat het ESH niet beoogt om louter minimale *'living and working conditions'* voor werkenden te waarborgen, maar dat het ESH ook beoogt via het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie deze condities te *verbeteren*. Die visie past bij een benadering waarbij het ESH niet louter beschouwd wordt als een statisch gegeven en doet recht aan het feit dat recht, ook Europees en internationaal recht, in de kern een uitdrukking is van steeds veranderende, maatschappelijke verhoudingen.

Ten derde is de waarde die door het ECSR aan het recht op collectieve actie wordt gehecht zodanig dat regelgeving die gebaseerd

54 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 68, NS-arrest, r.o. 3.4. Zie onlangs nog over de ontwikkeling van het Nederlandse stakingsrecht na kritiek van het ECSR, Haverkort en Witte, a.w. (noot 39).

55 Preambule ESH.

is op of een uitdrukking vormt van de economische vrijheden, op zodanige wijze geïnterpreteerd moet worden dat het fundamentele belang wordt erkend van het recht van vakverenigingen en hun leden om te ijveren voor zowel de *bescherming* als de *verbetering* van *'living and working conditions'* van werkenden, alsmede om voor werkenden een gelijke behandeling te bewerkstelligen ongeacht hun nationaliteit of enige andere grond.[56] Dat aan het recht op collectieve actie een belangrijke waarde wordt gehecht, is niet zo verwonderlijk omdat anders dit recht in de concrete casus en vooral ten aanzien van gedetacheerde werknemers, grotendeels ineffectief zou worden.[57] Interessanter is eerder de wijze waarop het ECSR de verhouding tussen de economische vrijheden en de in het ESH geregelde collectieve actierechten via een interpretatiemethode beoogt te reguleren. Cruciaal lijkt te zijn dat het collectief actierecht niet beperkt is tot (1) het ijveren voor louter een bescherming van de *'living and working conditions'*, maar zich ook uitstrekt tot een *verbetering* van die condities, alsmede (2) dat het collectief actierecht er ook toe dient een *gelijke behandeling* onder werkenden te *bewerkstelligen.* Het eerste is te begrijpen wanneer het ESH in zijn geheel wordt beschouwd. Daarop hebben we hiervoor reeds gewezen. Het tweede is evenzeer te begrijpen gelet op het feit dat het beginsel van non-discriminatie als gedeelde waarde van de verdragsluitende partijen is getypeerd en in het ESH zelf deze waarde niet alleen als beginsel, maar ook in meerdere artikelen tot uitdrukking komt, zoals artikel 20 aanhef en onder c en art. E ESH. Dat het ECSR vanuit de waarden, beginselen en fundamentele rechten van het ESH zelf het belang van collectief actierecht onderstreept, is dan ook te billijken.

In Nederland is er geen wetgeving die op soortgelijke wijze als in Zweden het geval was het recht op collectieve actie in een grensoverschrijdend geschil tot nader omschreven, minimale arbeidsvoorwaarden beperkt. In zoverre heeft het oordeel van het ECSR geen directe invloed op hier bestaande regelgeving. Het oordeel is wel van belang in zoverre dat het ons informatie verschaft die ook bij de uitleg van ons eigen stakingsrecht van belang is. Omdat de oordelen van het ECSR door de Hoge Raad in het NS-arrest als 'gezaghebbend' zijn gekwalificeerd, kan in beginsel ook naar Nederlands recht als uitgangspunt gesteld worden dat bij een beoordeling door de

56 European Comité of Social Rights 3 juli 2013, No. 85/2012 (Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden), 121.

57 Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 6 par. 4, p. 38 en Conclusion XVII-1, Netherlands, p. 317.

rechter of een staking in een grensoverschrijdend belangengeschil onrechtmatig is, aan de economische vrijheden geen a priori grotere waarde dienen te worden toegekend dan aan het recht op collectieve actie. Althans, voor zover het gevorderde verbod van de staking wordt beoordeeld naar de maatstaven van artikel 6 lid 4 en artikel G ESH. Wel is het zo dat bij de beoordeling van het gevorderde verbod de rechter een staking kan verbieden, indien dit in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Een niet-bestaakte onderneming, althans een onderneming die niet bij machte is om invloed uit te oefenen op het conflict en die dus als derde moet worden aangemerkt, zou in stelling kunnen brengen dat aan het vereiste noodzakelijkheidscriterium is voldaan wanneer één of meer van zijn economische vrijheden ontoelaatbaar wordt beperkt. De economische vrijheden worden – weliswaar in een grensoverschrijdende context – namelijk naar EU-recht als fundamentele vrijheden betiteld. Wel zij benadrukt dat het dus moet gaan om een derde-onderneming en dat die onderneming als gevolg van de staking zodanig ernstig gehinderd wordt dat zijn elementaire grensoverschrijdende dienstverlening in het gedrang komt.[58] Of van zo'n situatie snel sprake zal zijn, is nog maar zeer de vraag. Meestal zullen collectieve acties van vakorganisaties namelijk gericht zijn tegen die onderneming c.q. die werkgever die bij machte is om invloed uit te oefenen op het einde van het conflict. In zoverre zijn geen (grensoverschrijdende) economische vrijheden van anderen in het geding.

11.4.3 Eigenstandige ontwikkelingen inzake artikel 11 EVRM

Behalve het ESH is in de schoot van de Raad van Europa een tweede rechtsbron voorhanden die van belang is voor de ontwikkeling van het recht op collectieve actie, namelijk artikel 11 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft lange tijd geen tot zeer weinig ruimte geboden om in dat artikel het recht op collectieve actie en collectief onderhandelen te lezen. Sinds het jaar 2008 is daar echter verandering in gekomen. We zullen hierna eerst kijken naar de ontwikkeling die artikel 11 EVRM heeft doorgemaakt, waarbij noodzakelijkerwijs

58 We gaan hier niet in op de Nederlandse rechtspraak en het schade-aan-derden-leerstuk dat door de Hoge Raad in het VSN-arrest is ontwikkeld en duidelijk afwijkt van datgene wat het ECSR aan bescherming biedt. Zie onder meer HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/70; *NJ* 1997/437 (VSN-arrest).

ook aandacht zal worden besteed aan het recht op collectief onderhandelen, om vervolgens te bekijken hoe die ontwikkeling zich verhoudt tot het hierboven besproken oordeel dat het ECSR onlangs heeft gegeven.

In artikel 11 EVRM ligt het recht besloten om *'met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.'* [59] Dat recht is in beginsel een individueel recht van de burger, dat hier verder onbesproken blijft. Onze aandacht gaat uit naar de collectieve dimensie van de vakverenigingsvrijheid zoals die onder meer in de arresten Nationale Vereniging van Belgische Politie,[60] Zweedse motorrijdersvereniging[61] en Schmidt en Dahlström[62] door het EHRM tot uitdrukking is gebracht. Artikel 11 EVRM waarborgt namelijk de vrijheid om door middel van collectieve actie de werknemersbelangen van leden van een vakvereniging te beschermen. Op welke wijze deze vrijheid van vakverenigingen verwezenlijkt of beschermd dient te worden, is aan de lidstaten zelf. Zij hebben daarbij een ruime beoordelingsvrijheid.

Zoals hiervoor kort aangestipt was tot het jaar 2008, waarin het EHRM het arrest Demir and Baykara vs. Turkije[63] wees, de inhoud van de vakverenigingsvrijheid tamelijk mager. De vakverenigingen hadden in wezen alleen het recht om gehoord te worden.[64] Dit betekende echter niet dat vakverenigingen het recht hadden om tot de onderhandelingstafel toegelaten te worden.[65] Dit betekende ook niet dat zij een recht hadden om tot het cao-overleg toe te treden.[66] Een recht om (g)een cao af te sluiten was er evenmin.[67] Zelfs een recht om een cao te handhaven werd niet door artikel 11 EVRM gegarandeerd. Niet alleen het recht op collectief onderhandelen, maar ook het

59 F. Dorssemont, De vakverenigingsvrijheid ex artikel 11 EVRM, méér dan een sequeel van de vrijheid van vereniging?, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2006-2, p. 4-33.

60 EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (Nationale Vereniging van Belgische Politie vs. België), § 39.

61 EHRM 6 februari 1976, 5614/72 (Zweedse motorrijders-vereniging vs. Zweden).

62 EHRM 6 februari 1976, 5589/72 (Schmidt en Dahlström vs. Zweden).

63 EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara vs. Turkije).

64 EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (Nationale Vereniging van Belgische Politie vs. België), § 39.

65 EHRM 27 oktober 1975, 4464/70 (Nationale Vereniging van Belgische Politie vs. België), § 39 en EHRM 6 februari 1976, 5614/72 (Zweedse motorrijdersvereniging vs. Zweden.

66 EHRM 9 november 2005, 29529/95 (Franscesco Schettini vs. Italië).

67 EHRM 1 juli 1997, 23196/94 (Gustafson vs. Zweden).

recht op collectieve actie werd door het EHRM niet onder het bereik van artikel 11 lid 1 EVRM gebracht.[68] Het stakingsrecht was weliswaar een belangrijk middel, maar uiteindelijk slechts één van de middelen voor een vakvereniging om de belangen van haar leden te beschermen.[69]

Enige verandering in de reikwijdte van de bescherming die artikel 11 EVRM bood, werd zichtbaar in het arrest Unison vs. Verenigd Koninkrijk.[70] In dat arrest bracht het EHRM, zij het zeer voorzichtig, het stakingsrecht onder de bescherming van artikel 11 lid 1 EVRM. 'Zeer voorzichtig' omdat het Hof het recht op collectieve actie nog steeds niet als onontbeerlijk aanmerkte. Het was nog steeds slechts één van de middelen om de belangen van werknemers te verdedigen. De lidstaat behield dus een ruime beoordelingsvrijheid om de vakverenigingsvrijheid te verwezenlijken. In de zaak van Unison mocht de rechter de staking verbieden omdat er andere middelen waren om de belangen van de werknemers zowel nu als in de toekomst te beschermen. Het economische belang van de ondernemer bij de continuïteit van zijn bedrijfsvoering en diens contractsvrijheid, werden als legitieme doelen aangemerkt om een beperking van het recht op collectieve actie op te baseren.

Zoals gezegd, werd een belangrijke verandering in de reikwijdte van de bescherming van artikel 11 EVRM ingeleid door het arrest Demir en Baykara vs. Turkije.[71] Aangemoedigd door de verwerende staat werd door het EHRM een uiteenzetting gegeven van de interpretatiemethodes die het, zo blijkt uit dat arrest althans, steeds heeft toegepast. Binnen de randvoorwaarde dat het verdrag geïnterpreteerd en toegepast wordt op een wijze waardoor de daarin vervatte rechten niet theoretisch of illusoir, maar praktisch en effectief zijn, paste het EHRM onder meer een teleologische en systematische interpretatie toe. Een belangrijke plaats bleek weggelegd te zijn voor de comparatieve en de evolutieve interpretatie. Het EHRM expliciteerde namelijk dat het bij zijn interpretatie tevens acht diende te slaan op relevante regels en principes van internationaal recht die van toepassing zijn op de relaties tussen de verdragsluitende staten en dat het verdrag niet statisch, maar dynamisch van aard is.[72]

68 EHRM 6 februari 1976, 5614/72 (Zweedse motorrijders-vereniging vs. Zweden), § 39.

69 EHRM 6 februari 1976, 5589/72 (Schmidt en Dahlström v. Zweden), §34-36.

70 EHRM 10 januari 2002, 53574/99 (Unison vs. Verenigd Koninkrijk).

71 EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara vs. Turkije).

72 EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara vs. Turkije), § 65-68.

Met name deze twee laatste interpretatiemethodes bleken ruimte te bieden voor een uitbreiding van de rechtsbescherming die artikel 11 EVRM tot op dat moment bood.[73] Waar eerder het recht op collectief onderhandelen niet door het EHRM werd erkend, was dit nu wel het geval. De belangrijke motor voor die erkenning was het gegeven dat in andere internationaal- en Europeesrechtelijke bronnen, alsmede in de praktijk van het merendeel van de Europese landen het recht op collectief onderhandelen (inmiddels) werd erkend.[74] De uitbreiding van de reikwijdte van de bescherming van artikel 11 EVRM heeft – uiteraard – tot gevolg gehad dat een beperking van het recht op collectief onderhandelen aan de normen van lid 2 van dat artikel dient te voldoen. Een beperking van het recht op collectief onderhandelen, dient dus bij wet te zijn voorzien waarbij tevens geldt dat die beperking in een democratische samenleving noodzakelijk moet zijn ('a pressing social need').[75] Voor de beoordeling of aan dit laatste vereiste werd voldaan, greep het EHRM terug op de comparatieve interpretatiemethode en achtte het van belang dat Turkije in strijd handelde met ILO 98 – het verdrag dat zij had geratificeerd – alsmede dat het land geen bewijs van specifieke omstandigheden naar voren had gebracht dat de uitsluiting van dat recht zou kunnen rechtvaardigen.[76] Wat het recht op collectief onderhandelen in de zin van artikel 11 EVRM nu precies behelst, zal gaandeweg duidelijk moeten worden. Het is weinig aannemelijk dat dit recht van de vakverenigingen gepaard zal gaan met een absolute plicht tot onderhandelen. In welke mate een plicht tot onderhandelen bestaat, zal in de rechtspraak van het EHRM uitgekristalliseerd moeten worden. Gelet op de comparatieve interpretatie van het Hof lijkt het ons plausibel te veronderstellen dat het EHRM daarvoor aansluiting zal zoeken bij internationale en Europeesrechtelijke (rechtsbronnen) waaronder ILO 98 en 151, het IVBPR, artikel 28 van het EU-grondrechtenhandvest en artikel 6 lid 2 ESH.[77]

73 Het gebruik van niet-geratificeerde internationale instrumenten voor de interpretatie van het EVRM, EHRM 12 november 2008, 34503/97, (Demir en Baykara vs. Turkije), m.nt. H.C.K. Senden, *NJCM-Bulletin* 2009-4, p. 422-423.

74 Een soortgelijke interpretatiemethode wordt toegepast op het recht om een vakvereniging op te richten. Dat recht was al erkend onder 11 EVRM.

75 EHRM 7 december 1976, 5493/72 (Handyside vs. Verenigd Koninkrijk).

76 Een soortgelijke interpretatiemethode wordt toegepast voor het recht om een vakvereniging op te richten. Dat recht was al erkend onder 11 EVRM.

77 Uit het arrest Demir en Baykara vs. Turkije kan in ieder geval wel worden afgeleid dat het vernietigen van een cao die met een bevoegde overheidswerkgever was gesloten en die reeds twee jaar werd toegepast, in beginsel strijdig is met het recht op collectief onderhandelen.

Met het arrest Demir en Baykara vs. Turkije werd een belangrijke stap gezet ten gunste van een uitbreiding van de bescherming die artikel 11 EVRM aan vakverenigingen en hun leden biedt. In het arrest Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkije[78] werd die bescherming uitgebreid doordat ook het recht om te staken effectief onder de bescherming van artikel 11 lid 1 én 2 EVRM werd gebracht. Ook de rechtmatigheid van een verboden staking kan dus beoordeeld worden aan de normen die artikel 11 EVRM stelt. De restrictieve interpretatie van artikel 11 EVRM zoals deze door het EHRM sinds het arrest Nationale Vereniging van Belgische Politie werd toegepast, is duidelijk verlaten.

Voor het Nederlandse recht, tot slot, is de hiervoor beschreven ontwikkeling van de inhoud en de reikwijdte van de bescherming van artikel 11 EVRM in zoverre van belang dat Nederlandse vakverenigingen en hun leden niet alleen aan het ESH, maar ook aan artikel 11 EVRM onder bepaalde condities een bescherming van de vakverenigingsvrijheid kunnen ontlenen. Aan artikel 11 EVRM komt immers (horizontale en verticale) directe werking toe. Of de inhoud van de bescherming van artikel 11 EVRM wezenlijk verschilt met de inhoud die het ESH biedt, is vooralsnog onduidelijk. Slechts recent is het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie namelijk onder de bescherming van artikel 11 EVRM gebracht en het EHRM stond langere tijd een restrictieve benadering van artikel 11 EVRM voor. De rechtspraak van het EHRM is nog onvoldoende uitgekristalliseerd om hierop een antwoord te geven. Voor de Nederlandse rechtspraktijk zelf is de waarde van een beroep op artikel 11 EVRM evenmin duidelijk. In de gepubliceerde Nederlandse rechtspraak is tot op heden namelijk geen beroep gedaan op artikel 11 EVRM.

11.4.4 Oordeel van het ECSR in verhouding tot artikel 11 EVRM

Tot slot is het interessant om te bezien hoe het oordeel van het ESCR zich verhoudt tot de hiervoor vermelde rechtspraak van het EHRM. Zoals uit de rechtspraak van het EHRM blijkt, kent het mede waarde toe aan het ESH om de reikwijdte van de bescherming van artikel 11 EVRM in een arbeidscontext te bepalen.[79] Maar dit is beslist niet de enige bron waardoor het EHRM zich baseert. Ten behoeve van het bepalen van de betekenis van de termen en noties van het verdrag

78 EHRM 21 april 2009, 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkije).

79 EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara vs. Turkije) en EHRM 21 april 2009, 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turkije).

baseert het EHRM zich namelijk ook op (1) internationaalrechtelijke verdragen en interpretaties daarvan door de bevoegde organen, (2) andere Europeesrechtelijke verdragen en (3) Europese praktijken. Cruciaal lijkt ons te zijn dat het EHRM vereist dat uit een vergelijking van die bronnen een consensus dient te volgen, wil deze een relevante overweging kunnen zijn voor de interpretatie van de bepaling in het specifieke geval. Het is niet noodzakelijk, aldus het EHRM, dat de betrokken lidstaat de gehele collectie van instrumenten die van toepassing zijn op het specifieke geval heeft geratificeerd. Voldoende is dat de relevante, internationale en Europeesrechtelijke instrumenten een voortdurende evolutie laten zien van normen en principes die in het internationale of in het nationale recht van een meerderheid van de lidstaten toegepast worden om te stellen dat van zo'n consensus, *'a common ground in modern societies'*, sprake is.[80] Bij het bepalen van de inhoud en de reikwijdte van de vakverenigingsvrijheid zoals deze door artikel 11 EVRM wordt geborgd, mag het ESH dus niet op zichzelf worden beschouwd. Oordelen van het ECSR kunnen dus niet één-op-één de inhoud en de reikwijdte van artikel 11 EVRM bepalen.

De vraag is of het EHRM bij de toepassing van zijn interpretatiemethodes tot een zelfde of een andersluidende conclusie zou komen als het ECSR in zijn hierboven besproken oordeel over recente wetgeving in Zweden. Die vraag kan hier helaas niet afdoende beantwoord worden omdat daarvoor een diepgravend onderzoek naar de Europese praktijken is geboden. Bovendien verdient opmerking dat het EHRM in Demir & Baykara en Enerji Yapi-Yol niet hoefde te oordelen over een botsing van het collectief actierecht met economische vrijheden. In die zin blijft ook eerdere rechtspraak zoals in de zaak Unison van belang.[81] Wel willen we hier een aantal argumenten opsommen die voeding geven aan de gedachte dat het *uitgangspunt* van het ECSR, namelijk dat de economische vrijheden geen grotere a priori waarde hebben dan het recht op collectieve actie (en andersom), ook door het EHRM overgenomen zou kunnen worden, te weten:

a) het EVRM en het ESH zijn binnen dezelfde constellatie tot stand gekomen;

80 EHRM 12 november 2008, 34503/97 (Demir en Baykara vs. Turkije), § 85-86.

81 In Unison werden het economische belang van de ondernemer bij de continuïteit van zijn bedrijfsvoering en diens contractsvrijheid, als legitieme doelen aangemerkt om een beperking van het recht op collectieve actie op te baseren. Zie bespreking hierboven in subparagraaf 11.4.3.

b) zowel het EHRM als het ECSR kijkt naar de ontwikkeling van (de interpretatie van) rechten binnen het EVRM en het ESH;
c) zowel het EHRM als het ECSR maakt gebruik van de comparatieve interpretatiemethode;
d) de beperkingen van de vrijheden op grond van het ESH en het EVRM zijn vrijwel gelijkluidend en worden vrijwel gelijkluidend toegepast;
e) internationale bindende standaarden (ILO, IVBPR), noch het EVRM en het ESH zelf bevatten enig voorschrift over economische vrijheden;
f) alleen het EU-recht kent expliciet een plaats toe aan de economische vrijheden;
g) die economische vrijheden zelf zijn weliswaar niet in het EU-grondrechtenhandvest opgenomen, terwijl dit wel het geval is voor het recht op collectief onderhandelen en collectieve actie, maar kunnen wel 'gelezen worden' in het grondrecht van vrije uitoefening van een beroepsactiviteit;[82]
h) de economische vrijheden worden bovendien door het Hof als fundamentele rechtsbeginselen aangemerkt;
i) het EHRM erkent, tot slot, de economische grondrechten die in de constituties van sommige lidstaten van de EU en de Raad van Europa (Duitsland, Italië) voorkomen.[83]

Voorts zij hier herhaald dat indien een consensus uit alle vermelde internationale en Europeesrechtelijke bronnen volgt, daarmee nog niet per definitie vast staat dat die consensus een relevante overweging is voor het EHRM. Het komt ons niettemin voor dat het EHRM dan wel zeer goede argumenten zal moeten hebben om deze

82 Zie art. 15 (over vrijheid van beroep en het recht te werken, in het bijzonder art. 15 lid 2: 'Iedere burger van de Unie is vrij, in iedere lidstaat werk te zoeken, te werken, zich te vestigen en diensten te verrichten') en art. 16 (vrijheid van ondernemerschap) van het EU Handvest van de Grondrechten. Laatstgenoemde bepaling is gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin de vrijheid om een economische of een handelsactiviteit uit te oefenen is erkend. Zoals Prechal en De Vries, a.w. (noot 10), opmerken, kunnen bovendien de rechten die particulieren aan de verdragsvrijheden ontlenen, ook als fundamentele rechten worden opgevat. Voor een deel als 'economische' fundamentele rechten, voor een ander deel de aan de verdragsvrijheden ten grondslag liggende grondrechten, zoals het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het recht om te reizen en verblijven in de EU lidstaten, die voorbij de economische dimensie van de interne markt reiken.

83 T. van Peijpe, Toepassing van EU-grondrechten in nationaal arbeidsrecht, *TRA* 2012/76.

consensus niet mee te wegen. De hamvraag is dan vervolgens of het EHRM net als het ECSR tot de conclusie zou komen dat de recente wetswijzigingen in Zweden te karakteriseren zijn als een disproportionele beperking van het stakingsrecht en de collectieve onderhandelingsvrijheid.

11.5 Conclusie

Het belang van de arresten Viking en Laval is op sociaal-politiek vlak onmiskenbaar groot geweest. Nationale en internationale vakorganisaties zagen (en zien) in de arresten een bedreiging van het collectieve actierecht. Dit heeft geleid tot veel media-aandacht en tot politieke activiteiten om de fundamentele spanning te adresseren die ten gevolge van Viking/Laval tussen het internationaal erkende collectief actierecht en het recht op vrij verkeer binnen de EU is ontstaan. Wegens de grote polarisatie en onderlinge belangentegenstellingen zowel binnen de gelederen van de sociale 'partners' als tussen de lidstaten, heeft dit tot nu toe echter niet geleid tot tastbare resultaten.

In een volgende kroniek hopen wij graag te kunnen melden dat een (juridische) oplossing voor de spanning is gevonden door de recente erkenning van het collectieve actierecht in het kader van artikel 11 EVRM.[84] Met het Verdrag van Lissabon heeft de EU zich immers verplicht om tot het EVRM toe te treden. Die toetreding is echter tot op heden geen feit en ook daarna is het wachten op het moment dat een geschikte zaak wordt voorgelegd aan het Hof. Hier moet dus niet al teveel van worden verwacht, te meer omdat het EHRM weliswaar in 2008 het collectieve actierecht expliciet onder artikel 11 EVRM heeft gebracht, maar in de specifieke uitspraken over Turkse schendingen van dit recht niet hoefde te oordelen over botsende sociale grondrechten en economische vrijheden à la Viking/Laval. Als we de pogingen op dit vlak van de Europese Commissie en A-G Trstenjak enerzijds en de ILO en het ECSR anderzijds bezien, blijkt dat de moeilijkheden en de verschillen in benadering nu juist beginnen bij de concrete gevolgen die – in geval van een botsing - aan de principiële gelijkwaardigheid van de sociale en economische rechten moeten worden verbonden. In feite lijkt de uitkomst steeds af te hangen van het vertrekpunt van de afweging. Voor een evenwichtige rechtsontwikkeling van het Europese (stakings)recht is het

84 Zie hierover uitgebreid A.G. Veldman, (a.w. noot 36).

dus van cruciaal belang dat (ook) aan het EU Hof zaken worden voorgelegd die aanknopingspunten[85] bieden voor een omgekeerde afweging dan in Viking/Laval aan de orde was. Mocht dit in de toekomst lukken, dan kan het recente oordeel van het ECSR het EU Hof wellicht inspiratie bieden, zeker waar het gaat om de uitbreiding van het doel van stakingen, dat in Viking/Laval tot 'bescherming van bestaande of minimum arbeidsvoorwaarden van werknemers' is beperkt, maar volgens de ECSR ook de 'verbetering van arbeidsvoorwaarden' dient te omvatten.[86]

Ondanks het spraakmakende karakter van de Viking/Laval rechtspraak, is de directe relevantie van beide arresten voor het Nederlandse stakingsrecht miniem geweest. Vooral de in Viking uiteengezette toetsingscriteria van een collectieve actie sluiten namelijk goed aan bij de Nederlandse benadering. Pas wanneer een staking in Nederland daadwerkelijk het grensoverschrijdend verkeer van diensten en vestiging belemmert en daartegen wordt opgekomen, zal de fundamentele spanning tussen het collectief actierecht en het recht op vrij verkeer in de Nederlandse rechtspraktijk aan de oppervlakte komen. Zo'n casus is tot op heden niet aan de orde geweest. Maar zelfs als dat in de toekomst wel gebeurt, dan zullen de gevolgen waarschijnlijk minder ernstig zijn dan in lidstaten als het Verenigd Koninkrijk en Zweden, waar de Viking/Laval rechtspraak duidelijk een 'chilling effect' heeft gehad. Dit heeft alles te maken met de verschillende rechtstradities op het vlak van aansprakelijkheid in geval van staking of een andere collectieve actie. In het Verenigd Koninkrijk en Zweden getuigt de vrees van vakbonden dat aansprakelijkheid voor schade wegens stakingsacties tot een bankroet kan leiden helaas van realiteitszin. Dit kan tot gevolg hebben dat de uitoefening van het stakingsrecht onder Brits of Zweeds recht in Viking/Laval-achtige situaties illusoir wordt. Daarentegen worden in andere rechtstelsels, zoals het Franse, vakbonden in hoge mate gevrijwaard voor de uit stakingen ontstane schade. Ook in het Nederlandse recht wordt hier terughoudend mee omgegaan. Toch

85 Zelfs als de prejudiciële vragen en de context van de zaak het perspectief van de diensten- of vestigingsvrijheid representeren, dan nog kan een werknemersbelang in de onderliggende feitelijke zaak bij de nationale rechter soms dit aanknopingspunt bieden, zo bleek in het arrest Wolff & Müller (C-60/03). Zie Houwerzijl, a.w. (noot 4), p. 204-205.

86 Waarin iets zichtbaar is van de 'social progress clause' die het ETUC bepleitte (zie hierboven par. 2.3). Hierin moest volgens de ETUC recht worden gedaan 'aan de doelstelling van sociale vooruitgang en de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden'.

leiden de problemen die zich voordoen in Zweden en het Verenigd Koninkrijk ook in landen met een gematigder traditie tot ongerustheid bij vakbonden, hetgeen kan leiden tot terughoudendheid bij de hantering van het stakingswapen in situaties met een transnationale dimensie. Dit heeft te maken met de onzekerheid of er op Europees niveau ruimte blijft voor aan nationaal recht ontleende beperkingen van aansprakelijkheid in geval van collectieve acties die het grensoverschrijdende verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging belemmeren. Het lijkt ons van urgent belang dat de Europese instituties zich snel en in bevestigende zin over deze ruimte voor nationale tradities uitspreken, aangezien met het Comité van Experts van de ILO kan worden geconstateerd dat passende bescherming tegen aansprakelijkheid noodzakelijk is om toepassing en respect voor het grondrecht op collectieve actie daadwerkelijk te garanderen.

Bijlage: Samenstelling werkgroepen van de Vereniging voor Arbeidsrecht

De samenstelling van de werkgroepen van de Vereniging voor Arbeidsrecht die bijdragen hebben geleverd aan deze bundel

Werkgroep CAO-recht

A.Ph.C.M. Jaspers, voorzitter	(emeritus) hoogleraar Sociaal Recht te Utrecht
J.L.A. Helmer, secretaris	advocaat te Den Haag
Overige leden	
D.F. Berkhout	advocaat te Amsterdam
R.A.A. Duk	advocaat te Den Haag en bijzonder hoogleraar bijzondere arbeidsverhoudingen aan de Erasmus Universiteit
M.J. de Heer	senior jurist bij vakbond De Unie
A.T.J.M. Jacobs	(emeritus)hoogleraar Sociaal recht en Sociale Politiek te Tilburg
N. Jansen	docent-onderzoeker labour law UvA
E. Koot-van der Putte	juridisch adviseur cao-recht te Haarlem
W.G.M. Plessen	Director Social Affairs bij Randstad Holding N.V en Universitair Hoofddocent te Tilburg
A.F.A.M. Schellart	advocaat te Utrecht
I. Schraffordt	advocaat te Amsterdam
P. Th. Sick	advocaat te Amsterdam
L.C.J. Sprengers	advocaat te Utrecht
M.S. Wirtz	juriste bij AWVN

Externen die geraadpleegd zijn door de werkgroep	
K. Boonstra	hoogleraar internationaal sociaal recht VU, tevens werkzaam als juridisch beleidsadviseur FNV.
C.M.T. van der Veldt	juriste bij AWVN
E. Verhulp	hoogleraar arbeidsrecht aan de *Universiteit van Amsterdam*, directeur van het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) en plaatsvervangend kroonlid SER

Werkgroep Medezeggenschapsrecht

L.C.J. Sprengers, voorzitter	advocaat te Utrecht, gastmedewerker Universiteit Leiden
Overige leden	
C.E.J.Y. van Agt	juridisch adviseur CAOP
M.A. de Blécourt	advocaat te Amsterdam
M. Diepenbach	onderzoekster sectie arbeidsrecht UvA
C.E. Dingemans	advocaat te Amsterdam
B. van Els	advocaat te Amsterdam
S.W. Geelkerken	beleidsmedewerker SER
K. Hakvoort	advocaat te Amsterdam
R. Hampsink	advocaat te Utrecht
L.I. Hofstee	advocaat te Amsterdam
S.F.H. Jellinghaus	advocaat te Amsterdam en universitair docent UvT
J.J.M. Lamers	adviseur/eigenaar Lamers ICM Consultancy BV
C. Nekeman	advocaat te Amsterdam
H. Moltmaker	juridisch adviseur te Amsterdam
M. Rodriguez Escudero	advocaat te Leiden
P.Th. Sick	advocaat te Amsterdam
C.F. Sparrius	senior adviseur CAOP
R. van der Stege	advocaat te Utrecht

G.W. van der Voet	advocaat te Rotterdam en universitair docent EUR
L.J.M. van Westerlaak	advocaat te Utrecht
K. Wiersma	advocaat te Amsterdam
P.A.M. Witteveen	advocaat te Amsterdam
I. Zaal	universitair docent UvA

Werkgroep Gelijke Behandeling

A.W. van Leeuwen, voorzitter	advocaat te Rotterdam
M. Westerbeek, secretaris	advocaat te Amsterdam

Overige leden

M.C.E. Audenaerde	juriste
R. van Arkel	advocaat te Den Haag
F.M. Dekker	advocaat te Den Haag
M. Heemskerk	hoogleraar pensioenrecht Universiteit Nijmegen en advocaat te Nieuwegein
L. Nekeman-IJdema	juriste bij ABNAMRO
P.C. Vas Nunes	advocaat te Den haag
A.G. Veldman	universitair hoofddocent arbeidsrecht en sociaal beleid Universiteit Utrecht
M.B. de Witte – van den Haak	advocaat te Den Haag

Werkgroep Internationale Rechtsvergelijking

M.S. Houwerzijl, voorzitter	hoogleraar arbeidsrecht te Tilburg en Groningen
W.H.A.C.M. Bouwens, secretaris en penningmeester	hoogleraar sociaal recht te Amsterdam

Leden

De werkgroep is samengesteld uit de Nederlandse afdeling van de International Society for Labour and Social Security Law (ISLSSL) en heeft thans ongeveer dertig leden.

Reeks van de Vereniging voor Arbeidsrecht

1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7

2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6

3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7

4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2

5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3

6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1

7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5

8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3

10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7

11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4

12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X

13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1

14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X

15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X

16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SERadvies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1

17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4

18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1

19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9

20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6

21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de socialezekerheid.
ISBN 90 6092 826 1

22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig'of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1

23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8

24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBN 90 312 1416 2

25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0

26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3

27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8

28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 532 9

29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 577 9

30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.), Arbeidsrecht in internationaal perspectief.
ISBN 90 2683 820 4

31 Mr. C.G. Scholtens (red.), Ontslagrecht volgens ADO.
ISBN 90 2683 867 0

32 Dr. A.G. Nagelkerke, dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Arbeidsverhoudingen in ontwikkeling.
ISBN 90 Y00 1586 5

33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?
ISBN 90 130 1659 6

34 Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.), Voor De Laat: de Hoge Raad.
ISBN 90 130 2813 6

35 Mr. R. Hansma (red.), De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!
ISBN 90 13 03273 7

36 Mr. J.J.M. de Laat, De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst
ISBN 978 90 13 05430 9

37 Prof. mr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet (red.), De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever
ISBN 978 90 13 06737 8

38 Prof. dr. K. Boonstra (red.), Negentig jaar Internationale Arbeidsorganisatie
ISBN 978 90 13 08416 0

39 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers en mr. M.F. Baltussen (red.), De toekomst van het cao-recht
ISBN 978 90 13 09843 3

40 Mr. A.W. van Leeuwen, mr. M. Westerbeek en mr. L. Nekeman-IJdema (red.), Eenheid in verscheidenheid. Gelijkheid in het arbeidsrecht

41 Prof. mr. L.G. Verburg, mr. E.F.A. van Buitenen, mr. C.J. Frikkee, mr. M.V. Ulrici en mr. dr. J.P.H. Zwemmer, Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA
ISBN 978 90 13 12397 5

42 Mr. dr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet, Arbeidsrechtelijke reflecties 2014. Bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA
ISBN 978 90 13 12516 0



Vereniging voor Arbeidsrecht

Secretariaat VvA
De Eem 15, 3448 DS Woerden
info@verenigingvoorarbeidsrecht.nl

ISBN: 978 90 13 125160
NUR: 825-502

Uitgeverij Kluwer, Deventer