

Kroniek arbeidsrecht 2004-2005

Yvette van Gernerden en
Ralph Jan van der Ham
advocaten te Amsterdam¹

Sinds de vorige editie van de Kroniek arbeidsrecht (Advocatenblad 2004-18, 3 december 2004) wees de Hoge Raad een groot aantal uitspraken op arbeidsrechtelijk gebied. Deze kroniek vat de belangrijkste samen en rubriceert ze in elf deelonderwerpen.

INHOUD

- (Einde) Arbeidsovereenkomst
- Statutair directeur
- (Exclusiviteit van) Ontbindingsvergoeding
- Ontslag op staande voet
- Overgang van onderneming
- Concurrentiebeding
- Arbeidsongeschikte werknemer
- Kennelijk onredelijk ontslag
- CAO
- Werkgeversaansprakelijkheid
- Gelijke behandeling

(EINDE) ARBEIDSOVEREENKOMST

De vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een andersoortige overeenkomst, veelal een overeenkomst van opdracht, blijft een onuitputtelijke bron van jurisprudentie. In dat verband heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 10 december 2004 (JAR 2005/15) nog eens verduidelijkt dat de bedoeling van beide partijen bij het aangaan van de overeenkomst van belang, maar niet zonder meer beslissend is. De Hoge Raad overwoog in die zaak dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende wijzen kunnen inrichten. Dat wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst invulling hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst tot een van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten toebehoort. De Hoge Raad herhaalde daar-

mee zijn eerdere standpunt uit het arrest van 14 november 1997 (JAR 1997/263).

Indien er wel een arbeidsovereenkomst is gesloten levert het einde daarvan veelal ook de nodige problemen op. Bij het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2005 (JAR 2005/270) inzake de uitleg van een beëindigingsovereenkomst heeft A-G Huydecoper een nuttig overzicht gegeven van de (vuist)regels die gelden in geval van opzegging door een werknemer. Deze regels komen er in hoofdzaak op neer dat de werkgever uitingen van een werknemer die ertoe lijken te strekken dat deze ontslag neemt of een gegeven ontslag aanvaardt met enige terughoudendheid moet bejegenen. Naar de mening van A-G Huydecoper was daartoe in

de voornoemde zaak geen noodzaak, omdat partijen het eens waren geworden over een (redelijke) afvloeiingsregeling. De regeling was het uitvloeisel van gedegen overleg, waarbij de werknemer over deskundige bijstand beschikte. In dat verband meende de A-G tevens dat er geen algemene verplichting aan de kant van de werkgever bestond om onder die omstandigheden de werknemer te wijzen op het feit dat eventueel (nog) voordeligere standpunten door deze konden worden ingenomen.

¹ Beiden als advocaat werkzaam op de sectie ArbeidsRecht en Medezeggenschap van DLA SchutGrosheide N.V. te Amsterdam.



Een andere opvallende uitspraak in het kader van het beëindigen van een arbeidsovereenkomst is het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 2005 (*JAR* 2005/157). De Hoge Raad overwoog in die zaak dat het vaste rechtspraak is dat voor de beantwoording van de vraag of een werknemer (vrijwillig) de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd een strenge maatstaf geldt. In verband met de ernstige gevolgen van de beëindiging zal de werkgever een dergelijke verklaring van de werknemer niet snel mogen aanvaarden. Waar het gaat om de beantwoording van de vraag of een door de werkgever afgelegde verklaring strekt tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst zijn ernstige gevolgen, zoals verlies van bijvoorbeeld een werkloosheidsuitkering, niet aan de orde. Er is daarom geen reden om een dergelijke verklaring van een werkgever anders te beoordelen dan aan de hand van de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werkgever, in tegenstelling tot van de werknemer, is dus niet vereist.

Tot slot in het kader van het einde van de arbeidsovereenkomst nog het arrest van de Hoge Raad van 2 april 2004. In het kader van het einde van de arbeidsovereenkomst hebben werknemer Havenga en zijn werkgever Eemsmond Beheer B.V. een vaststellingsovereenkomst gesloten. Onderdeel van de afspraken is dat Eemsmond zorg zal dragen voor een correcte affinanciering van de pensioenverplichtingen en dat Havenga aan Eemsmond finale kwijting verleent. Enige tijd daarna maakt Eemsmond f 170.000 over aan Havenga ter zake van de affinanciering. Havenga maakt vervolgens echter aanspraak op f 403.963 ter zake van pensioenschade, omdat kort voor het afsluiten van de vaststellingsovereenkomst dit bedrag al zou zijn overeengekomen voor de pensioenschade.

De Hoge Raad oordeelt dat met betrekking tot de pensioenschade in de vaststellingsovereenkomst niets is geregeld. Uit de tekst van de overeenkomst kan daarom niet zonder meer worden afgeleid dat partijen de bedoeling hebben gehad ook dit onderwerp in de vaststellingsovereenkomst te betrekken. De Hoge Raad oordeelt dat het mogelijk is dat de in deze overeenkomst opgenomen

finale kwijting betrekking heeft op alle tussen partijen in hun onderlinge rechtsverhouding gerezen geschillen, maar het is niet uitgesloten dat partijen, zoals werknemer aanvoert, de pensioenschade juist niet in de vaststellingsovereenkomst hadden opgenomen omdat zij daar al eerder overeenstemming over hadden. Kortom, bij het vaststellen van een beëindigingsovereenkomst is het van groot belang om ten aanzien van affinanciering en (overige) pensioenschade heldere bepalingen overeen te komen.

STATUTAIR DIRECTEUR

Ten aanzien van de positie van de statutair directeur heeft de Hoge Raad de afgelopen twee jaar een aantal belangrijke arresten gewezen. In het arrest van 23 januari 2004 (*JAR* 2004/67) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat bij het ontslag van een statutair bestuurder artikel 6 BBA, dat ziet op het verkrijgen van voorafgaande toestemming van de CWI tot opzegging van de arbeidsverhouding, niet van toepassing is. Eerder had het Hof Den Bosch geoordeeld dat het ontslag op staande voet van de statutair directeur door de werkgever nietig was nu daaraan het gebrek kleefde dat het niet onverwijld was gegeven en ook de toestemming zoals is bedoeld in artikel 6 BBA ontbrak. De Hoge Raad vernietigde (gedeeltelijk) de uitspraak van het Hof. De Hoge Raad oordeelde daarbij dat nu vast was komen te staan dat de ontslagen directeur aangesteld was als statutair directeur de ontheffing ten aanzien van artikel 6 BBA van toepassing was.

Verder mogen ook de twee arresten van 15 april 2005 van de Hoge Raad in het kader van de statutair directeur in deze kroniek niet ontbreken. Voor een uitgebreide bespreking van deze arresten wordt verwezen naar het artikel van mr. J. Pel in *Advocatenblad* 2005-12. In het arrest-Eggenhuizen/Unidek (*JAR* 2005/117) stond de vraag centraal of het vennootschappelijk ontslag van een statutair bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders tevens ook automatisch het ontslag betekende ten aanzien van de arbeidsrechtelijke relatie met de vennootschap. Eigenhuizen was statutair directeur bij Unidek Volumebouw B.V. Bij buitenge-

wone vergadering van aandeelhouders werd Eigenhuizen als statutair directeur ontslagen. Het onderscheid tussen vennootschappelijk en arbeidsrechtelijk ontslag is tijdens de vergadering niet aan de orde geweest.

De Hoge Raad oordeelde echter, dat als een natuurlijk persoon als statutair bestuurder is aangesteld en bij een geldig besluit van het daartoe bevoegde orgaan ontslag is verleend, deze de hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap verliest. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 2:244 BW, dat deze bepalingen er tevens toe strekken om de arbeidsrechtelijke band te verbreken. Dit is alleen anders in geval een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat of indien partijen, bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst, nadrukkelijk anders zijn overeengekomen.

In de zaak-Ciris/Bartelink nam de statutair directeur zelf ontslag, maar deelde wel mede dat de arbeidsrechtelijke relatie in stand zou blijven. De Hoge Raad (*JAR* 2005/153) maakte met deze redenering echter korte metten. Eerder had de Voorzieningenrechter te Amsterdam geoordeeld dat met de ontslagname door de statutair bestuurder niet ook automatisch een einde was gekomen aan diens arbeidsrechtelijke relatie en dat de statutair bestuurder ontvankelijk was in zijn vordering in kort geding tot loon en wedertewerkstelling, die ook aan hem werden toegewezen. De A-G had cassatie in het belang der wet ingesteld. De Hoge Raad oordeelde hier (wederom) dat uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 2:244 BW bleek dat deze artikelen er ook toe strekken de arbeidsrechtelijke relatie te verbreken. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat de statutair bestuurder eenzijdig zijn functie kan neerleggen en dat acceptatie door de vennootschap daarvan niet vereist is. Naar de opvatting van de Hoge Raad strookte het met het eerder geformuleerde standpunt dat onder die omstandigheden de ontslagname door de statutair bestuurder tevens in beginsel tot gevolg had dat diens arbeidsrechtelijke relatie eveneens kwam te eindigen. Het kon volgens de Hoge Raad derhalve niet worden aanvaard dat de statutair bestuurder zijn functie eenzijdig neerlegt en zich tevens

eenzijdig zou kunnen beperken tot het verlies van diens hoedanigheid als bestuurder met behoud van de arbeidsrechtelijke relatie.

(EXCLUSIVITEIT VAN) ONTBINDINGSVERGOEDING

Over de (exclusiviteit van de) ontbindingsvergoeding is de afgelopen jaren in de vakliteratuur al veel gepubliceerd. Mr. K.W.M. Bodewes heeft in *ArbeidsRecht* 2004, 12 en *ArbeidsRecht* 2005, 5 een overzicht gegeven van de uitspraken van de Hoge Raad in de afgelopen jaren in het kader van de zogenaamde Baijings-leer, zodat daar naar wordt verwezen.

Wel verdient het arrest-Waterland/Blakborn van 2 april 2004, ook wel Drankencentrale genoemd, (*JAR* 2004/112) aparte vermelding. Blakborn was in dienst bij Drankencentrale Waterland B.V. als titulair directeur. In de arbeidsovereenkomst met Blakborn was een afvloeiingsregeling opgenomen die er kort gezegd op neer kwam dat in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging door de werkgever of rechterlijke ontbinding zonder dat daarbij sprake was van een dringende reden, Blakborn recht had op een schadevergoeding ter grootte van twee keer het jaarsalaris. De Hoge Raad stelde voorop, conform eerdere rechtspraak, dat de in artikel 7:685 lid 1 BW gegeven bevoegdheid aan elk der partijen om zich tot de rechter te wenden met het verzoek tot ontbinding niet kan worden uitgesloten. Ook bepaalde de Hoge Raad dat door partijen eveneens de discretionaire bevoegdheid van de rechter tot het toekennen van een vergoeding op basis van lid 8 niet kan worden uitgesloten of beperkt. Dat partijen eventueel een contractuele afvloeiingsregeling zijn overeengekomen maakt niet dat de behandelend rechter niet dient te onderzoeken of gegeven de omstandigheden een vergoeding naar billijkheid dient te worden toegekend. Echter, indien in de ontbindingsprocedure een beroep op de contractuele vergoeding wordt gedaan, dan dient de rechter dit mee te wegen. Volgens de Hoge Raad ging het echter in deze zaak niet om een aanspraak die was gegrond op hetgeen redelijkheid en billijkheid met zich meebrengen, waarop

de vergoeding van lid 8 is gebaseerd, maar om een vordering tot nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling. Volgens de Hoge Raad kon een dergelijke vordering in een afzonderlijke procedure nog eens (al dan niet) geldend worden gemaakt. Daarbij moet de rechter in een procedure volgend op een ontbindingsprocedure de eventueel toegekende ontbindingsvergoeding wel betrekken. Echter alleen indien in de ontbindingsprocedure de behandelend rechter niet bekend was met de contractuele regeling en indien de behandeling daartoe aanleiding geeft. Indien gesteld wordt dat nakoming onaanvaardbaar is, dan dient de rechter te beoordelen of partijen bij het aangaan van de contractuele vergoeding rekening hebben gehouden met de mogelijkheid van zowel een ontbindingsvergoeding als een contractuele vergoeding. Indien daarvan sprake is, dan kan volgens de Hoge Raad daarmee in beginsel geen sprake zijn van onaanvaardbare gevolgen van nakoming. Indien daarvan geen sprake is, dan maakt de maatstaf die bij dit criterium dient te worden aangelegd alsnog dat toepassing daarvan slechts bij uitzondering aangenomen kan worden. Indien de rechter in de ontbindingsprocedure nadrukkelijk wel rekening heeft gehouden met de contractuele vergoeding, dan dient deze bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW er van uit te gaan dat deze contractuele vergoeding in beginsel wordt betaald, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat dat in het concrete geval niet mag worden verwacht.

Dat een ontbindingsvergoeding niet alleen de vennootschap raakt die werkgever is (geweest), heeft de Hoge Raad bepaald in het arrest van 17 juni 2005 (*JAR* 2005/188). Werkneemster Maas was in dienst van de Hypotheekshop. In 1998 troffen partijen een regeling die vervolgens werd geformaliseerd door een ontbinding. De kantonrechter kende een vergoeding van f 55.000 toe bij wijze van ontslagvergoeding. Na een herstelbeschikking wordt de beschikking uiteindelijk op naam van de Hypotheekshop gezet. Deze stelt zich vervolgens op het standpunt dat de ontbindingsvergoeding niet meer betaald kan worden wegens

gebrek aan financiële middelen en het staken van de activiteiten. Maas heeft vervolgens de houdstermaatschappij en enig aandeelhouder Van den Berg aansprakelijk gesteld. Zowel de rechtbank als het Hof wijst de vordering toe. Het Hof heeft daarbij overwogen dat de houdstermaatschappij en enig aandeelhouder wisten, althans behoorden te weten dat de Hypotheekshop haar verplichtingen niet na zou (kunnen) komen. De Hoge Raad merkt daarover nog op dat de Hypotheekshop niet alleen dit te verwijten valt, maar tevens dat de Hypotheekshop er bewust voor gekozen heeft de bedrijfsactiviteiten te staken ten tijde van de ziekte van Maas en deze activiteiten ook elders heeft voortgezet. De Hoge Raad bekrachtigde derhalve de uitspraak van het Hof.

Tot slot nog het arrest van de Hoge Raad over de verplichtingen die partijen in acht dienen te nemen bij het treffen van een schikking. In het arrest-Rabobank Gorinchem/Van Gruijthuisen (*JAR* 2004/15) oordeelde de Hoge Raad dat Van Gruijthuisen in het kader van het treffen van een minnelijke regeling ook de verplichting had om ongevraagd informatie te verstrekken met betrekking tot het eventueel uitzicht hebben op een andere baan. Daarbij is niet van belang of vaststaat dat de uitkomst anders (lees gunstiger) was geweest voor de wederpartij, maar dat dit voor de wederpartij tot een gunstiger afloop zou hebben kunnen leiden.

ONTSLAG OP STAANDE VOET

Hoewel ontslagen op staande voet zich sterk kenmerken door hun casuïstische inslag en om die reden zich mogelijk minder lenen voor een meer algemene uitleg en toepassing, is in de arresten van de Hoge Raad van de afgelopen twee jaren wel een aantal uitspraken waar te nemen die van belang zijn voor de praktijk van alledag.

In het arrest van 2 april 2004 (*JAR* 2004/115) oordeelde de Hoge Raad dat bij de beoordeling van alle omstandigheden van het geval van het ontslag op staande voet eveneens meegewogen diende te worden dat de werkneemster in kwestie niet had gemeld dat

zij andere werkzaamheden verrichtte naast de werkzaamheden uit hoofde van haar arbeidsovereenkomst bij de werkgever.

In twee uitspraken uit 2004, te weten respectievelijk van 8 oktober 2004 (JAR 2004/259) en van 24 december 2004 (JAR 2005/50) heeft de Hoge Raad de mogelijkheden van ontslag op staande voet in geval van het niet-nakomen van controlevoorschriften bij ziekte nog eens verduidelijkt. In het arrest van 8 oktober 2004 had de werkgever de betrokken werknemer al twee keer een disciplinaire maatregel opgelegd in verband met het overtreden van de controlevoorschriften bij ziekte. De werknemer heeft zich vervolgens wederom ziek gemeld. De werknemer meldt zich af voor het spreekuur voor de bedrijfsarts die de werkgever vervolgens bericht dat de werknemer het niet mogelijk maakt om eventuele ziekte vast te stellen. Vervolgens ontslaat de werkgever de werknemer op staande voet. De Hoge Raad overweegt dat de enkele weigering van een werknemer om de door de werkgever gegeven controlevoorschriften niet na te leven op zichzelf niet een dringende reden in de zin van de wet oplevert. Dat kan echter in geval van bijkomende omstandigheden echter wel het geval zijn, zoals in deze casus het geval was. Zowel in het arrest van 8 oktober 2004 als dat van 24 december 2004 wordt daarbij stilgestaan bij de wetsgeschiedenis van artikel 7:629 lid 6 BW aangaande de loondoorbetalingsverplichting en het niet-nakomen van controlevoorschriften. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt aan het niet-naleven van de controlevoorschriften (alleen) de mogelijkheid van sancties ten aanzien van de loondoorbetalingsverplichting verbonden, zodat de enkele weigering om de voorschriften na te leven volgens de Hoge Raad geen grond kan bieden voor een ontslag op staande voet.

OVERGANG VAN ONDERNEMING

In het arrest van 11 februari 2005 (JAR 2005/67) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de relatie tussen overgang van onderneming en een geschorste werknemer. Werknemer Memodovic was bij Asito in dienst getreden als schoonmaakster. Memodovic heeft ruim zeven jaar gewerkt op een



bepaald project, te weten bij de Regiopolitie Rotterdam-Rijnmond. Asito heeft Memodovic vervolgens geschorst naar aanleiding van klachten van de opdrachtgever. Vervolgens is het project van Asito overgenomen door City Service. Memodovic heeft zich vervolgens op het standpunt gesteld dat, conform artikel 46 van de CAO, zij met andere werknemers van het project is overgegaan naar City Service. De Hoge Raad overwoog dat in het geval waarin niet de gehele onderneming overgaat, maar slechts een deel, in dit geval een project, wordt overgedragen de vraag relevant is welke werknemers bij het betrokken deel van die onderneming werkzaam waren. Met verwijzing naar het arrest-Botzen van het Hof van Justitie merkt de Hoge Raad op dat voor de toerekening van de werknemer aan een onderdeel van de onderneming de band met het over te dragen onderdeel beslissend is. De toerekening van de werknemer was volgens de Hoge Raad niet langer gerechtvaardigd indien die band als gevolg van een schorsing is verbroken zonder dat daarbij enig uitzicht is op terugkeer in de oude functie.

Een overname van een minderheid van het personeel hoeft, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 10 december 2004 (JAR 2005/14), er niet aan in de weg te staan om toch overgang van onderneming aan te nemen. De Hoge Raad oordeelde dat beslis-

send is bij het bepalen of er sprake is van overgang of de identiteit van de betrokken eenheid bewaard blijft, hetgeen hoofdzakelijk moet blijken uit het voortzetten of hervatten van de exploitatie van de activiteiten. Om dit vast te stellen moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval waaronder ook de feitelijke omstandigheden van de transactie (vergelijk ook het Abler-arrest van het Hof van Justitie, JAR 2003/298). De Hoge Raad oordeelde daarbij dat de rechtbank bij het vaststellen of er sprake was van overgang van onderneming zich daarbij niet hoefde te laten weerhouden door het feit dat maar twee van de zes inkoopers in dienst waren getreden bij de nieuwe werkgever. De Hoge Raad oordeelde min of meer gelijklopend in een zaak van diezelfde dag (JAR 2005/13).

Bij het arrest van de Hoge Raad van 22 oktober 2004 (JAR 2004/276) ging het om een loonvordering van een werknemer jegens een verkrijger. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 RO. In de conclusie van de A-G gaat deze echter dieper in op het feit of overgang van onderneming relevant is bij het instellen van een loonvordering. De A-G concludeert daarbij dat juist voor een vordering tot (na)betaling van loon van belang is of er sprake is geweest van overgang van onderneming. Immers, een dergelijke vordering

vloeit rechtstreeks voort uit een verplichting uit de arbeidsovereenkomst, die bij overgang van onderneming ook op de verkrijger mee overgaat.

Ten aanzien van de positie van pensioentoezeggingen in geval van overgang van onderneming heeft de Hoge Raad op 27 februari 2004 (*JAR* 2004/84) arrest gewezen in de zaak-Meplax tegen De Rooij. Werknemer De Rooij was in 1954 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Meplax. In 1983 heeft de rechtsvoorganger van Meplax een aanvullende pensioentoezegging gedaan aan De Rooij. De aanvullende pensioentoezegging voorzag bij het overlijden van de kostwinnende medewerker in een aanvullend pensioen voor de weduwe. Vervolgens overlijdt De Rooij in 2000. De weduwe De Rooij spreekt vervolgens Meplax aan op deze toezegging. De Hoge Raad oordeelde dat niet bestreden was dat de pensioenvoorziening niet van rechtswege op de werkgever was overgegaan. De vraag was derhalve vervolgens of de werkgever zelf de voorziening had overgenomen. Door de rechtbank was deze vraag bevestigend beantwoord, gelet op het feit dat de werkgever ook na de overgang bijvoorbeeld premie had betaald en dat er bij de overgang ook geen melding was gemaakt van het feit dat de voorziening niet zou worden voortgezet. De (weduwe van de) werknemer mocht er dus gerechtvaardigd op vertrouwen dat er geen wijziging in zijn rechtspositie was opgetreden en dat de pensioenvoorziening is voortgezet.

CONCURRENTIEBEDING

Ten aanzien van het concurrentiebeding heeft de Hoge Raad de afgelopen periode geen belangwekkende uitspraken gedaan. Wel zijn enkele opmerkelijke uitspraken door Gerechtshoven gedaan. Zo heeft het Hof Den Bosch in de uitspraak van 4 mei 2004 (*JAR* 2004/286) bepaald dat een concurrentiebeding dat opgenomen was in een arbeidsvoorwaardenregeling rechtsgeldig was overeengekomen. De werknemer was in dienst getreden bij een zustervenootschap van de huidige werkgever. In de arbeidsovereenkomst was een concurrentiebeding opgenomen. In verband met een herstructurering

van het concern zijn werknemers overgegaan naar een andere vennootschap. De nieuwe arbeidsovereenkomst is niet getekend. Wel heeft de werknemer een arbeidsvoorwaardenregeling toegezonden gekregen en getekend teruggezonden. In de arbeidsvoorwaardenregeling was een concurrentiebeding opgenomen. Het Hof Den Bosch oordeelde dat het concurrentiebeding deel uitmaakte van de algemene arbeidsvoorwaarden die op hun beurt weer deel uitmaakten van de arbeidsovereenkomst. Het Hof Den Bosch was van oordeel dat artikel 7:653 BW niet bepaalt dat een concurrentiebeding alleen maar in de arbeidsovereenkomst zelf opgenomen kan en moet worden. Nu de werknemer de arbeidsvoorwaarden ondertekend heeft is daarmee aan het schriftelijkheidsvereiste voldaan en is de werknemer gebonden aan het beding.

Het Hof Leeuwarden heeft zich in het arrest-Bouwkamp op 2 februari 2005 (*JAR* 2005/171) uitgelaten over de relatie tussen het concurrentiebeding en de Baijings-leer. Bouwkamp was in dienst bij Van Dijke Semo op basis van een arbeidsovereenkomst waarin een concurrentiebeding was overeengekomen. In het concurrentiebeding was opgenomen dat het beding niet van toepassing was in geval van een gegeven ontslag aan de werknemer, tenzij dit ontslag op de een of andere wijze door de werknemer is uitgelokt. Bouwkamp heeft aangegeven in dienst te willen treden bij een concurrent. Van Dijke Semo gaf daarop te kennen geen bezwaar te hebben tegen de ontslagname, maar Bouwkamp wel te houden aan het concurrentiebeding. Als gevolg daarvan is de arbeidsverhouding verstoord geraakt en op beider verzoek is de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ontbonden. Bij het vaststellen van de hoogte van de toe te kennen vergoeding heeft de kantonrechter rekening gehouden met het concurrentiebeding omdat de werknemer daar aan gehouden zou worden. Vervolgens heeft de werknemer na afloop van deze ontbindingsprocedure in een nieuwe procedure een verklaring voor recht gevorderd dat hij niet aan het concurrentiebeding zou zijn gebonden. De kantonrechter heeft de verklaring voor recht en de

gehele vernietiging van het beding geweigerd, maar wel de geografische omvang van het beding beperkt. De rechtbank heeft dit vonnis vervolgens bekrachtigd. De Hoge Raad heeft in cassatie de zaak verwezen naar het Hof Leeuwarden. Het Hof verwerpt daarbij de stelling van de werkgever dat de Baijings-leer er aan in de weg zou staan dat de werknemer zich in een latere procedure alsnog kan beroepen op het niet van toepassing zijn van het geding. Naar het oordeel van het Hof zou een dergelijke opvatting een te vergaande oprekkingsbetekening van de exclusiviteit van de ontbindingsbeschikking. Dat de kantonrechter het concurrentiebeding dus een rol heeft laten spelen bij het bepalen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding neemt niet weg dat de geldigheid van het beding in een latere procedure alsnog kan worden aangevochten. Het Hof neemt het oordeel van de kantonrechter en de rechtbank over dat het beding gedeeltelijk gematigd dient te worden, maar stelt tevens vast dat de werknemer door elders in dienst te treden in overtreding is geweest van het beding.

Ten aanzien van het concurrentiebeding wordt verder nog opgemerkt dat de langdurige parlementaire behandeling van het wetsvoorstel concurrentiebeding onlangs tot een einde is gekomen. De Eerste Kamer heeft onlangs in meerderheid het wetsvoorstel verworpen, zodat de thans bestaande regeling ongewijzigd blijft.

ARBEIDSONGESCHIKTE WERKNEMER

In de zaak-Goorhuis/Sons heeft de Hoge Raad in het arrest van 18 maart 2005 (*JAR* 2005/59) richtlijnen meegegeven voor de hoogte van het loon in geval van de loondoorbetalingsverplichting en het (al dan niet) verrichten van passende arbeid. Werknemer Sons was in 1998 in dienst getreden bij Goorhuis. Sons is vervolgens gedeeltelijk arbeidsongeschikt geworden en ontving een WAO-uitkering. Sons heeft te kennen gegeven passende arbeid te willen verrichten. In deze zaak was de vraag echter, wat als passend loon zou moeten worden gezien, indien de werkgever geen gebruikmaakt van het aanbod om passende arbeid te ver-

LATEN WE EERLIJK ZIJN, IK WIL BEST WEL WERKEN,
IK WIL HEËL GRAAG BES WEL WERKEN, WET JE,
MAAR ZE BEDENKEN STEEDS ARBEID DIE
ECHT NIET BIJ MIJ PAST, MAN, ECHT NIET...



richten. In zijn conclusie heeft de A-G aangegeven, dat twee verschillende systematieken mogelijk zijn. In de eerste plaats aansluiting zoeken bij de systematiek van de restverdiencapaciteit en in de tweede plaats bij het oorspronkelijke loon verminderd met de WAO-uitkering. De Hoge Raad was van oordeel, dat wanneer een zieke werknemer zich bereid heeft verklaard om passende arbeid te verrichten, maar door de werkgever daartoe niet in staat wordt gesteld de werknemer, in beginsel, recht heeft op loon. Indien de werknemer echter onvoldoende concreet aangeeft welke passende arbeid hij denkt te kunnen en willen verrichten, dan moet in beginsel worden aangesloten bij de systematiek van de vastgestelde restverdiencapaciteit voor het bepalen van de hoogte van de loon- doorbetalingsverplichting van de werkgever.

In de conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 23 april 2004 (JAR 2004/116) geeft A-G Verkade een helder overzicht van de verplichtingen van de werkgever tot herplaatsing van gedeeltelijk arbeidsongeschikten in passende arbeid. Op grond van de jurisprudentie dient eerst het initiatief tot de herplaatsing bij de werknemer te liggen. Deze moet zich jegens zijn werkgever bereid verklaren andere passende arbeid te verrich-

ten. Deze bereidheid wordt slechts aangenomen indien de werknemer doet blijken de aangeboden arbeid te zullen hervatten zodra de werkgever hiertoe gelegenheid geeft. De bereidheid moet echter wel aan de werkgever kenbaar worden gemaakt. De werknemer dient voorts met een voorstel te komen waarbij de aangeboden arbeid genoegzaam wordt gespecificeerd. De werkgever kan tegenover het afdoende bod van de werknemer aanvoeren dat zijn organisatie niet beschikt over passende arbeid. De stelplicht en bewijslast daartoe liggen bij de werkgever. De werkgever is gehouden om zo spoedig mogelijk als redelijkerwijs mogelijk te onderzoeken of passende arbeid voorhanden is en de werk-



nemer duidelijkheid te verschaffen. De werkgever hoeft niet op het aanbod van de werknemer in te gaan indien hij stelt en zonedig bewijst dat zulks in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Wat redelijkerwijs van de werkgever gevergd kan worden is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van het aanbod van de werknemer, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf van de werkgever. In het algemeen geldt dat de aan de re-integratie-inspanningen van de werkgever te stellen eisen zwaarder zijn, als de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid binnen de werksfeer is gelegen. Soms kan van de werkgever daarbij in redelijkheid verlangd worden dat hij met het oog op het aanbod van de werknemer zijn bestaande organisatie of arbeidsverdeling aanpast of wijzigt. Relevant daarbij is bijvoorbeeld ook of de werkgever een subsidie of tegemoetkoming in de kosten kan ontvangen. De grens van wat in redelijkheid van de werkgever verlangd mag worden is in elk geval bereikt als de re-integratie-inspanningen het productieproces in gevaar zouden kunnen brengen of de bedrijfsvoering in financieel opzicht onevenredig zouden kunnen belasten.

KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG

In de zaak-Van Ree tegen Damco Bakkerijgrondstoffen beantwoordde de Hoge Raad de vraag of de zwaarte van werkomstandigheden een (alles)bepalend element was bij de vaststelling of er sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag. Van Ree voerde in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure aan dat zijn arbeidsongeschiktheid te wijten was aan de werkzaamheden en dat de werkgever zich ook onvoldoende re-integratie-inspanningen had getroost. De kantonrechter kent in plaats van de gevorderde f 290.000 slechts f 15.000 toe. De rechtbank bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter. Voor een hogere vergoeding was volgens de rechtbank onvoldoende dat de werkomstandigheden bij Damco zwaar waren, of dat Van Ree als gevolg van zijn werk, inclusief de omstandigheden waaronder dit werd verricht, arbeidsongeschikt is geworden. De Hoge Raad maakte in het arrest van 3 december 2004 (JAR 2005/30) duidelijk dat deze door

de rechtbank aangelegde maatstaf onjuist was. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank daarmee miskend dat de rechter ook bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag dient mee te wegen. Er is derhalve geen mogelijkheid om daarmee aan te nemen dat bijvoorbeeld de zwaarte van de werkzaamheden alleen maar tot een hogere vergoeding zou kunnen leiden indien die werkzaamheden bovenmatig zwaar zouden zijn.

CAO

In het arrest van 20 februari 2004 (JAR 2004/83) heeft de Hoge Raad de CAO-norm nogmaals nadrukkelijk bevestigd als heersende leer en is de Hoge Raad nadrukkelijk ingegaan op de verhouding tussen de CAO-norm en de Haviltex-norm. Aanleiding voor de procedure was een geschil tussen Stichting Pensioenfonds DSM Chemie en werknemer Fox over de uitleg van de anti-cumulatiebepaling in het toepasselijke pensioenreglement. De kantonrechter had daarbij de bepaling uitgelegd conform de doelstelling van de bepaling en de rechtbank had een grammaticale uitleg toegepast. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de relatie tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm dat er geen tegenstelling tussen deze twee normen bestaat, maar een vloeiende overgang. Ook bij de Haviltex-norm geldt volgens de Hoge Raad dat, indien de inhoud van een overeenkomst schriftelijk is vastgelegd, de argumenten voor een uitleg van die schriftelijke vastlegging volgens objectieve maatstaven aan kracht winnen naarmate de overeenkomst meer bestemd is om niet alleen partijen te binden maar ook de rechtspositie van derden te beïnvloeden. De CAO-norm daarentegen is volgens de Hoge Raad niet louter (meer) de grammaticale uitleg. De Hoge Raad herhaalt zijn arrest van 31 mei 2002 (JAR 2002/153), waarin verduidelijkt is dat een uitleg van de CAO niet alleen geschiedt aan de hand van de bewoordingen van de CAO. Ook elders in de CAO gebruikte formuleringen en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen zijn daarbij van belang. Tevens wordt ook het arrest van 28 juni



2002 (JAR 2002/168) nogmaals bevestigd waarin het criterium van de uitleg naar objectieve maatstaven is verwoord. De Hoge Raad concludeert dat aan beide criteria de gedachte ten grondslag ligt dat niet alleen de letterlijke bewoordingen bepalend zijn voor de uitleg en dat derhalve sprake is van een vloeiende overgang tussen beide normen.

Aan de hand van dit criterium heeft de Hoge Raad in het arrest-De Zonnehof/Swart (JAR 2004/169) vervolgens beoordeeld of de door Rechtbank Amsterdam gegeven uitleg van de term, uit de CAO-bejaardentehuizen, 'ontslag verlenen' een juist oordeel was. De rechtbank heeft bij de uitleg van het begrip 'eervol ontslag' onder andere gekeken naar de toelichting bij de CAO. Volgens de rechtbank was de ontbindingsrechter niet uitgegaan van een situatie waarin (alleen) de werknemster schuld trof, zodat niet aanvaard kon worden dat haar aanspraak op wachtgeld was komen te vervallen. De Hoge Raad herhaalt in zijn arrest de CAO-maatstaf. De Hoge Raad bevestigt daarmee tevens dat de rechtbank kennelijk van oordeel was dat de term 'ontslag verlenen' in het maatschappelijk verkeer in arbeidsverhoudingen mede ziet op ontbindingen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Dat oordeel was naar de opvatting van de Hoge Raad juist.

In het arrest van 9 juli 2004 (JAR 2004/189)

heeft de Hoge Raad voorts bepaald dat de CAO-norm niet toepasbaar is op een beding in een individuele (arbeids)overeenkomst, hoewel ook ontleend aan een bij een CAO behorend modelcontract. Van een uitleg naar de CAO-maatstaf kan onder die omstandigheden geen sprake zijn. Er moet dan gebruikgemaakt worden van de Haviltex-maatstaf. In die zaak ging het om werknemer Van Dijk die in zijn arbeidsovereenkomst een bepaling had waarin was opgenomen dat de bepalingen zoals vastgelegd in de CAO voor het Beroepsgoederenvervoer van toepassing waren. De tekst van het betreffende artikel in de arbeidsovereenkomst was letterlijk overgenomen van het bij de CAO behorende modelcontract. De Hoge Raad oordeelde echter dat de CAO-maatstaf niet van toepassing is voor de uitleg van aan een CAO ontleende contractsbepaling.

WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

Een groot aantal arresten is door de Hoge Raad de afgelopen periode geweest inzake de werkgeversaansprakelijkheid die volgt uit de artikelen 7:658 en 7:611 BW. Ten aanzien van het geven van instructies en waarschuwingen aan werknemers voor (potentieel) gevaarlijke situaties zijn de arresten van 9 juli 2004 (JAR 2004/190), 11 november 2005 (JAR 2005/287) en 9 december 2005 (JAR 2006/16) van belang. In het arrest van 9 juli 2004 betrof het een vrachtwagenchauffeur

die zich bezighield met het vervoeren van allerlei bouwmaterialen. De chauffeur had een dag eerder een lege container op een afgeschermd bouwterrein neergezet. De volgende dag kwam hij deze weer ophalen. Op het bouwterrein, waar ook bouwpuin werd verzameld, is hij uitgegleden. De werknemer heeft als gevolg daarvan letsel opgelopen. De chauffeur heeft schadevergoeding gevorderd in verband met het hem overkomen bedrijfsongeval. Het oordeel van de rechtbank dat de zorgplicht van de werkgever in dit geval niet zo ver strekte dat deze gehouden is om dagelijks de werkplek te controleren op aanwezige hoeveelheden puin, achtte de Hoge Raad juist. De rechtbank had daarbij overwogen dat regelmatig voorlichtingsbijeenkomsten werden gehouden, dat de werknemers daarbij ideeën voor verbetering konden aandragen, dat preventieve maatregelen werden besproken op die bijeenkomsten, dat aan iedere medewerker een handboek met veiligheidsinstructies was uitgereikt en dat voldoende toezicht werd gehouden op de naleving van de veiligheidsmaatregelen, alsmede dat iedere medewerker een cursus Basisveiligheid diende te volgen en dat werkplekinspecties regelmatig werden uitgevoerd en dat de werkplek daarbij telkens in orde werd bevonden. Het argument van de chauffeur dat ingevolge artikel 7:658 BW de werkgever altijd gehouden is om specifieke veiligheidsinstructies te geven werd door de Hoge Raad afgewezen. Het hangt, aldus de Hoge Raad, van de omstandigheden van het geval af welke veiligheidsmaatregelen van de werkgever verwacht mogen worden en dus ook op welke manier en hoe veelvuldig deze de werknemer moet instrueren en moet toezien op naleving.

Dit laatste aspect kwam eveneens aan bod in het arrest van 11 november 2005. In die zaak raakte een werknemer met zijn hand bekneld in een machine. De machine was van waarschuwingsstickers en een noodstopknop voorzien. De Hoge Raad overwoog daarbij dat bij gevaarlijke machines geldt dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van mondelinge en/of schriftelijke instructies niet altijd voldoende zal zijn. Juist indien werknemers dagelijks

met een machine werken ontstaat een zekere gewenning en wordt niet meer steeds alle voorzichtigheid in acht genomen. Van de werkgever mag dan ook worden verwacht dat deze ook onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn, dan wel of veiliger werken met de machine mogelijk is. In dat kader zijn ook de voorzienbaarheid van het niet in acht nemen van de veiligheidsregels, de kans dat als gevolg daarvan ongevallen gebeuren en de ernst van gevolgen van belang. Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing voldoende is, is doorslaggevend of te verwachten valt dat de waarschuwing ook tot daadwerkelijk handelen of nalaten zal leiden.

Bij het bepalen van aansprakelijkheid kan de werkgever zich daarbij bovendien ook niet altijd 'verschillen' achter het al dan niet bestaan van wettelijke verplichtingen. In het arrest van 5 november 2004 (*JAR* 2004/278) ging het om een werknemster in een verpleeghuis die geraakt werd door een extra brede openslaande wc-deur van het invalidentoilet. Het Hof oordeelde daarbij dat de omstandigheid dat geen enkel bouwvoorschrift noch enige Arbo-richtlijn of NEN-norm zich verzette tegen het bewerkstelligen en handhaven van de situatie in het verpleeghuis zoals die was en dat die situatie alledaags is in verpleeghuizen, er niet aan in de weg hoeft te staan dat de situatie in het verpleeghuis voor de toepassing van artikel 7:658 BW niet alsnog als gevaarlijk kon worden aangemerkt. De Hoge Raad achtte het oordeel van het Hof juist.

Indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de kant van de werknemer, dan kan de werkgever daarmee eveneens aan aansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW 'ontsnappen'. Ten aanzien van dit punt heeft de Hoge Raad op 2 december 2005 (*JAR* 2006/15) arrest gewezen. Een werknemer ramde met een bestelbusje met hoge snelheid een benzinstation. De werknemer weigert de schade van de werknemer te vergoeden met als argument dat de werknemer voorafgaand zich bewust roekeloos had gedragen. De werknemer zou zich schuldig hebben gemaakt aan bumperkleven en gevaarlijke

inhaalmanoeuvres. De werknemer stelt in algemene bewoordingen zich niet bewust te zijn geweest van het roekeloze karakter van zijn gedragingen en oppert dat zijn rijgedrag mogelijk veroorzaakt werd doordat hij onwel werd achter het stuur. Het Hof oordeelde echter dat de werknemer feiten en omstandigheden diende aan te dragen die op zijn minst genomen aannemelijk maakten dat hij er zich inderdaad niet bewust van was dat zijn gedragingen roekeloos waren. De Hoge Raad oordeelde dat dit oordeel geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Het door de werknemer opgevoerde geheugenverlies is volgens de Hoge Raad niet een omstandigheid die voor risico van de werkgever dient te komen.

Dat de aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 BW niet alleen beperkt is tot fysieke schade heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald in het arrest van 11 maart 2005 (*JAR* 2005/84). De Hoge Raad overwoog dat noch de tekst van artikel 7:658 BW noch de wetsgeschiedenis er toe dwingt om dit artikel alleen te beperken tot fysieke schade. De achtergrond van het artikel is volgens de Hoge Raad dat het de werkgever is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer diens werkzaamheden moet verrichten. Dat is niet anders voor fysieke dan voor psychische omstandigheden. Volgens de Hoge Raad is het onderscheid tussen lichamelijk en psychisch welzijn ook niet eenduidig en helder te maken. Er is om die reden dan ook geen principiële reden, noch een praktische rechtvaardiging, om de schade die artikel 7:658 BW probeert te beschermen te beperken tot alleen fysieke gevallen. Uiteraard moet er wel sprake zijn van een schending van een norm door de werkgever en er moet een causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade.

Dit causaal verband kwam tevens aan de orde in het arrest van 18 maart 2005 (*JAR* 2005/100) waarin de werknemer, een KLM-piloot, een ongeval overkwam tijdens de wachttijd in het buitenland tussen de heen- en de terugvlucht. Tijdens de wachttijd is de

piloot betrokken geraakt bij een verkeersongeval toen hij onderweg was met een taxi van het hotel naar een restaurant. Naar lokaal recht was de schade onverhaalbaar. De werknemer vorderde primair schadevergoeding van zijn werkgever op basis van artikel 7:658 BW en subsidiair op basis van artikel 7:611 BW. Het Hof kende de subsidiaire vordering toe en liet in het midden of de gevorderde verklaring van recht op basis van artikel 7:658 BW toewijsbaar zou zijn. De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest dan ook beperkt tot een toetsing aan de hand van artikel 7:611 BW. Het oordeel van het Hof dat de wachttijd als werktijd en niet als privé-tijd diende te worden gezien werd door de Hoge Raad juist geacht. Het Hof vond daarbij doorslaggevend dat de wachttijd als zodanig werd bepaald door de dienstregeling van de werkgever en de noodzaak voor vliegers om voldoende rust te genieten tussen twee vluchten. Dat de wachttijd vrijwel volledig naar eigen inzicht kon worden ingevuld en het ongeval zich voordeed tijdens een activiteit op eigen initiatief deed daar niet aan af. Volgens de Hoge Raad gaf dit oordeel niet blijk van een onjuiste opvatting in het licht van artikel 7:611 BW.

GELIJKE BEHANDELING

In het kader van gelijke behandeling heeft de Hoge Raad op 30 januari 2004 (JAR 2004/68) een arrest gewezen waarin uitvoerig wordt stilgestaan bij de vraag wanneer er sprake is van gelijke arbeid en onder welke omstandigheden daarbij ook sprake zou moeten zijn van gelijk loon. De feiten in de zaak waren de volgende. KLM exploiteert luchtvaartlijnen binnen en buiten Europa. Voor vliegers op haar luchtvloot gelden de bepalingen van de CAO voor KLM-vliegers op Vleugelvliegtuigen. In 1991 heeft KLM een dochtermaatschappij opgericht: KLM Cityhopper B.V. (KLC). KLC onderhoudt luchtlijnen binnen Europa. KLM had naast haar eigen piloten ook piloten in dienst die werkten bij KLC. Deze werden aldaar door KLM gedetacheerd. Voor deze KLC-vliegers hebben tot 1998 de bepalingen gegolden van de CAO voor KLM-vliegers bij KLC. De voorwaarden onder de KLM CAO zijn over het algemeen gunstiger dan de KLC CAO. De KLC CAO bepaalt dat

bij een overstap naar KLM slechts een deel van de senioriteit meegenomen kon worden. In 1996 is deze regeling gewijzigd, zodat de senioriteit in zijn geheel wordt meegenomen. Voor de KLC-vliegers die voor 1 juli 1996 in dienst waren is de vereniging Parallel Entry opgericht om te bewerkstelligen dat ook de senioriteit van voor die datum wordt meegenomen. Parallel Entry baseert haar vordering daarbij op het algemene rechtsbeginsel, zoals dat door de Hoge Raad in het Agfa-arrest is geformuleerd, namelijk dat gelijke arbeid gelijk beloond moet worden, tenzij er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond om dit niet te doen. De kantonrechter en de rechtbank hebben de vordering van Parallel Entry afgewezen op grond van het feit dat van gelijke arbeid geen sprake is. De Hoge Raad bevestigt dit oordeel en verfijnt in dit arrest het Agfa-criterium. De Hoge Raad stelt daarbij vast dat het in verband met de aanspraak op gelijke beloning voor gelijke arbeid niet gaat om een onderscheid dat door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden, zodat de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid slechts gemaakt kan worden aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van artikel 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid voor het *ArbeidsRecht* uitdrukking vinden. De Hoge Raad herinnert er voorts aan dat het beginsel van gelijk loon bij gelijke arbeid 'in aanmerking moet worden genomen'. Dat wil zeggen volgens de Hoge Raad dat aan dit beginsel een zwaar gewicht moet worden toegekend, maar dat het niet doorslaggevend is. Het beginsel moet dus naast andere omstandigheden van het geval worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Bij deze toetsing moet derhalve een zekere mate van terughoudendheid aan de dag worden gelegd en moet worden bekeken of de ongelijkheid in beloning naar maatschappelijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De vraag of verboden onderscheid werd gemaakt naar leeftijd kwam aan de orde in

twee arresten van 8 oktober 2004 (zie onder andere JAR 2004/258) waarin enkele vliegers van Martinair en KLM zich op het standpunt stelden dat de verplichte pensionering bij 56 jaar verboden onderscheid naar leeftijd opleverde. De Hoge Raad overwoog daarbij dat van een verboden onderscheid in dat geval geen sprake was. Los van het feit dat op dat moment nog steeds de overgangsbepaling uit de Wet Gelijke Behandeling bij Leeftijd van toepassing was, zodat bepalingen in de CAO nog tot 2 december 2006 aangepast konden worden, was er volgens de Hoge Raad geen sprake van ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd, omdat aan de criteria van objectieve rechtvaardiging was voldaan. Naar het oordeel van de Hoge Raad hadden de Rechtbanken Haarlem en Amsterdam zich hier ook voldoende rekenschap van gegeven, nu de maatregel uit de CAO niet alleen een legitiem doel had (namelijk bevordering van de doorstroming), maar tevens doelmatig was en ook proportioneel (mede ook omdat de bepaling op verzoek van de beroepsgroep van vliegers zelf in de CAO was opgenomen). De overwegingen van de rechtbanken, namelijk dat de verplichte pensionering onderdeel uitmaakte van een collectief gemaakte afspraak, dat een vaste leeftijd een waarborg vormt tegen willekeurige beëindiging, dat de maatregel de doorstroming bevorderde en dat de hele inkomens- en pensioenopbouw van de vliegers juist bedoeld was om eerder te stoppen, werd daarmee door de Hoge Raad geaccordeerd. ●

DE HEREN VLEIGERS HEBBEN HET
PRECIES VERKEERDOM BEGRIEPE; WE
MAKEN NU JUIST GEEN ONDERSCHIED
NAAR LEEFTIJD - ZE MOETEN
ER ALLEMAL UIT!

