

Tijdschrift Recht en Arbeid, Demotie of depreciatie van oudere werknemers

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	TRA 2013/44	Bijgewerkt tot:	18-03-2013
Auteur:	D.J.B. de Wolff ^[1]		

Demotie of depreciatie van oudere werknemers

Samenvatting

Onlangs kondigde een groot ICT-bedrijf aan dat het de salarissen van zijn oudere werknemers wil verlagen. Aanleiding om stil te staan bij een aantal vragen over beloning van oudere werknemers: klopt de stelling dat oudere werknemers 'te duur' zijn, zo ja, hoe komt dat en in hoeverre zouden zij verplicht kunnen worden daarom met salaris aanpassing in te stemmen?

1. Inleiding

Begin dit jaar haalde de Nederlandse vestiging van Capgemini de publieksmedia met het nieuws dat dit ICT-bedrijf circa 400 oudere werknemers zal vragen in te stemmen met een salariskorting, die op zou kunnen lopen tot zo'n 20%.^[2] Volgens bestuurder Versteeg zou er sprake zijn van een *mismatch* tussen wat mensen verdienen en wat ze presteren en van een scheefgroei tussen de salarissen van oudere werknemers en starters. Volgens de berichtgeving heeft de centrale ondernemingsraad ingestemd met de wens van de werkgever. Is het voornemen oudere werknemers instemming met een loonkorting te vragen 'onderdeel van de totaalvernietiging van de oudere werknemer', zoals een voorman van vakbond De Unie onmiddellijk stelde, of is het redelijk om in moeilijke marktomstandigheden van oudere werknemers een financieel offer te vragen?^[3]

In deze bijdrage zal ik de Capgemini-case niet verder onderzoeken, maar reflecteer ik op de vraag of er aanleiding bestaat om te veronderstellen dat er in het algemeen sprake is van een kloof tussen wat oudere werknemers verdienen en wat zij presteren. Vervolgens ga ik in op de oorzaak en rechtvaardiging van een eventuele overbetaling van oudere werknemers, mede in het licht van het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van leeftijd. Vervolgens wijd ik enkele opmerkingen aan het begrip demotie en de vraag wanneer van de werknemer gevergd mag worden een stap terug te doen. Ik besluit deze bijdrage met enkele samenvattende slotopmerkingen.

2. Zijn oudere werknemers te duur in verhouding tot hun prestaties?

In verschillende landen, waaronder Nederland, is onderzoek gedaan naar de invloed van leeftijd op de productiviteit (output of toegevoegde waarde) van werknemers. Het CPB heeft onlangs een uitvoerige literatuurstudie van het relevante materiaal gepubliceerd.^[4] De correlaties tussen de leeftijdsopbouw van het werknemersbestand in een bedrijf en de productie van dat bedrijf en tussen leeftijd en loonkosten per bedrijf laten doorgaans zien dat werknemers in de leeftijdsgroep 30-40 de hoogste productiviteit hebben, terwijl werknemers boven de leeftijd van 50 jaar een lagere productiviteit hebben dan werknemers uit die eerste groep, ondanks hun hogere loonniveau. De economische literatuur biedt echter een gemengd beeld. De meeste studies leiden weliswaar tot de conclusie dat de lonen van werknemers met de toename van de leeftijd harder stijgen dan hun productiviteit, maar in een aanzienlijke minderheid van de studies kan niet worden aangetoond dat er bij oudere werknemers sprake is van een loon-productiviteitskloof.^[5]

In Nederland is onderzoek naar de kloof tussen productiviteit en beloning bij oudere werknemers gedaan door Van Ours en Stoeldraijer.^[6] Zij vinden op het eerste gezicht ook bewijs voor de stelling dat leeftijd van negatieve invloed is op productiviteit: werknemers in de leeftijd van 30 tot 45 zijn het meest productief; de productiviteit van

jongere en oudere werknemers ligt ten opzichte van die groep lager. De laagste productiviteit vertonen overigens werknemers onder de 25. Uit het onderzoek blijkt dat na de leeftijd van 50 de productiviteit vermindert, terwijl de loonkosten niet navenant afnemen. Dit suggereert dat oudere werknemers verhoudingsgewijs veel betaald krijgen. Van Ours en Stoeldraijer relativeren deze uitkomst evenwel door rekening te houden met externe invloeden bij veranderingen in de leeftijdsopbouw. Als een bedrijf bijvoorbeeld wordt getroffen door verlies van marktaandeel, waarna jongere werknemers worden ontslagen, daalt de productiviteit in het bedrijf, terwijl tegelijkertijd het aandeel van oudere werknemers toeneemt. In zo'n geval zou ten onrechte worden geconcludeerd dat de vergrijzende beroepsbevolking verantwoordelijk was voor de daling van de productiviteit, terwijl die correlatie zich feitelijk niet voordeed. Niet duidelijk is waar het keerpunt ligt waarbij de productiviteit lager komt te liggen dan de arbeidskosten. Voor zover er een kloof bestaat tussen beide elementen in de hogere leeftijdscohorten, lijkt het effect uiteindelijk maar gering te zijn, aldus deze onderzoekers.^[7]

Vanzelfsprekend hangt het in de praktijk met name van de functie-eisen af in hoeverre het ouder worden gepaard gaat met een teruggang in de productiviteit van degene die de functie uitvoert. Aannemelijk is dat de productiviteit van ouderen sneller en sterker afneemt in functies met een zware fysieke belasting. Voorts is de waargenomen kloof mede afhankelijk van het in het bedrijf geldende beloningssysteem. Bedrijven die variabel belonen, kunnen de beloning immers beter afstemmen op de productiviteitsverschillen tussen hun medewerkers.^[8]

Hiermee zijn enkele argumenten gegeven die de vaak geponeerde stelling relativeren dat ouderen te duur zijn. De fysieke belasting van loonarbeid neemt immers door de tijd gemeten in Nederland af bij een gelijktijdige verbetering van het algemene niveau van gezondheid.^[9] Daarnaast hebben variabele beloningssystemen zich in de afgelopen jaren steeds meer verbreid.^[10] Ook onder druk van afgenomen ontslagbescherming (ontslagvolgorde bepaald op basis van afspiegelingsbeginsel in plaats van anciënniteitsbeginsel, de sinds 2009 versoerde kantonrechttersformule) en van wijzigingen in het socialezekerheids- en prepensioenstelsel (verkorting WW-duur, afschaffing VUT-regelingen) zal de productiviteit van oudere werknemers in de afgelopen jaren verder zijn toegenomen. Een werkgever zal immers minder terughoudend zijn geworden om oudere werknemers te ontslaan en de alternatieven voor betaald werk zijn voor hen tegelijkertijd minder aantrekkelijk geworden.

Het valt dus niet uit te sluiten dat oudere werknemers meer kosten dan ze voor een bedrijf opleveren, maar er zijn valide redenen om deze gedachte te relativeren en niet te veralgemeniseren. Als ik hierna spreek over oudere werknemers is het dan ook met die kanttekeningen.

3. Theorieën over de oorzaak van het verschil tussen loonkosten en productiviteit bij oudere werknemers

Voor een negatief saldo tussen productiviteit en beloning bij oudere werknemers dienen zich verschillende verklaringen aan. In een studie van het CPB uit 2010 wordt daarvan aan de hand van economische literatuur een uitgebreid overzicht gegeven.^[11] Daaruit distilleer ik in essentie drie verklaringen. Deze sluiten elkaar niet uit en kunnen alle in samenhang bijdragen aan het beeld dat oudere werknemers in zekere mate overbetaald worden.

De eerste verklaring luidt dat de waarde van het 'menselijk kapitaal' van oudere werknemers sneller afneemt dan die van jongere werknemers als gevolg van (technologische) veranderingen. Het zijn in die verklaring niet zozeer afnemende fysieke krachten of cognitieve vaardigheden die productiviteitsverlies verklaren, als wel het niet mee kunnen komen bij veranderingen in het productieproces. De introductie van nieuwe informatietechnologie in traditionele productieprocessen is daar een duidelijk voorbeeld van. Werkgevers zijn minder geneigd om te investeren in oudere werknemers om een gat te dichten tussen productiviteit en loon, omdat de terugverdientijd van dergelijke investeringen korter is en van oudere werknemers – terecht of onterecht – wordt aangenomen dat zij meer moeite hebben om nieuwe vaardigheden op te doen. Om dezelfde reden zijn werkgevers ook minder geneigd om oudere werknemers aan te nemen. Het is deze verklaring die leidend was in de reacties van vakbonden op de in de inleiding genoemde aankondiging van Capgemini. De werkgever had zijn personeelsbestand beter moeten onderhouden, dan zou het verschil tussen kosten en opbrengst niet hebben bestaan.

Een tweede verklaring wordt gevonden in de sterkere gerichtheid van de vakbonden op de bescherming van de lonen van oudere werknemers. Vakbonden hebben zich traditioneel sterk gemaakt voor beloningssystemen die op

senioriteit zijn gestoeld in plaats van bijvoorbeeld op productiviteit, omdat dit zou aansluiten bij de voorkeuren van werknemers zelf, althans van vakbondsleden. In combinatie met ontslagregels die werknemers met een hogere anciënniteit beschermen, waardoor duurdere oudere werknemers niet gemakkelijk door goedkopere jonge krachten kunnen worden vervangen, zijn dergelijke beloningssystemen vanuit vakbondsoptiek optimaal, omdat bonden zo een hoger totaal inkomen voor werknemers kunnen bewerkstelligen. Dat vakbonden hierdoor aantrekkelijker zijn voor oudere werknemers versterkt het hier genoemde effect slechts.

Als derde verklaring is de theorie van het 'impliciete contract' te noemen. Volgens deze theorie accepteren werknemers aanvankelijk een beloning die onder hun prestatieniveau ligt in de verwachting dat de verhouding later in hun loopbaan bij hun werkgever wordt omgedraaid. De arbeidsrelatie krijgt daardoor voor de werknemer enigszins een spaarkarakter. De voordelen van deze impliciete ruil bestaan voor de werkgever uit het verminderen van transactiekosten door werving van nieuw personeel en het verkleinen van de kans dat met nieuwe werknemers geen goede match tot stand komt. Bovendien kunnen zij langer profijt trekken van investeringen in bedrijfsspecifieke vaardigheden. Het impliciete contract met zijn oplopende loonprofielen stimuleert de motivatie en productiviteit van werknemers, omdat de beloning voor hun inspanningen deels in de toekomst ligt. ^[12] Van deze constructie gaat aldus een disciplinerende werking uit, wat een ander voordeel is voor de werkgever. Wel belemmert ze een overstap van oudere werknemers naar een andere baan, nu de werknemer bij een andere werkgever geen krediet heeft opgebouwd. Het impliciete contract gaat uit van de gedachte dat het niet alleen de toenemende ervaring is, maar ook de loyaliteit van werknemers die beloning verdient. Werkgevers verliezen de genoemde voordelen als zij de impliciete toezegging niet waarmaken, bijvoorbeeld omdat zij toch afscheid nemen van ouder wordende werknemers of loonsverlagingen nastreven. Voor jongere werknemers is er dan geen reden meer om loyaal uitvoering te blijven geven aan de arbeidsovereenkomst en genoeg te nemen met een relatief laag salaris.

Op alle drie verklaringen valt vanzelfsprekend het nodige af te dingen. Dat ouderen minder gemakkelijk zouden meekomen bij innovaties in de productie is geen algemeen en zeker geen onveranderlijk gegeven. In een krappe arbeidsmarkt zullen werkgevers bovendien ook in hun oudere werknemers willen blijven investeren. Loonsystemen worden gaandeweg minder op senioriteit en, door invoering van variabele beloningselementen, meer op productiviteit gebaseerd en vakbondsmacht is in veel sectoren tanende. Een grotere baan-baanmobiliteit in de jongere leeftijdscohorten relativeert de theorie van het impliciete contract.

4. Verbod van onderscheid naar leeftijd

Het is interessant om deze verklaringen te doordenken in het licht van het leerstuk van verboden leeftijdsonderscheid. Op grond van Richtlijn 2000/78/EG, geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, is discriminatie op grond van onder meer leeftijd verboden. Dit verbod vormt een fundamenteel element om de werkgelegenheid en diversiteit bij de arbeid te bevorderen. Verschillen in behandeling op grond van leeftijd kunnen in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn door legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding.

Het verlagen van de beloning van alleen oudere werknemers zal snel leiden tot het verwijt van leeftijdsdiscriminatie. Zijn de genoemde verklaringen bruikbaar om hetzij een verboden leeftijdsonderscheid hetzij een objectieve rechtvaardiging daarvoor vast te stellen? De eerste verklaring, die van verlies van menselijk kapitaal, zou op het eerste gezicht een objectieve rechtvaardiging kunnen zijn voor het lager belonen van oudere werknemers. De theorie dat de vakbonden een voorkeur hebben voor bescherming van oudere werknemers roept de vraag op of vakbonden hun op het eerste gezicht discriminerende voorkeur voor senioriteitsgerelateerde beloning objectief kunnen legitimeren. De theorie van het impliciete contract lijkt grond te geven voor de gedachte dat er inderdaad een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het hoger belonen van oudere werknemers.

5. Lagere beloning wegens verlies van menselijk kapitaal in het licht van het discriminatieverbod

Een beleid gericht op het generiek verlagen van de beloning van oudere werknemers wegens verlies aan kennis en capaciteiten en de vraag hoe zo'n beleid zich verhoudt tot het verbod van leeftijdsdiscriminatie is in de

rechtspraak niet aan de orde geweest.^[13] Voor zover werkgevers op deze grond bestaande loonafspraken ten detrimente van oudere werknemers zouden willen openbreken, zullen zij daar zonder het zegel van de werknemersorganisaties in het cao-overleg ook niet snel succesvol in zijn. Hoogstens zouden werkgevers kunnen trachten beloningen stap voor stap meer te baseren op productiviteit dan op senioriteit. In reactie daarop kan echter worden betoogd dat werknemers ongeacht leeftijd een gelijk recht hebben op noodzakelijke scholing en op de investeringen die nodig zijn om bij te blijven. Een te korte terugverdientijd van investeringen kan dan een objectieve rechtvaardiging vormen om werknemers dat recht te ontfangen. Het is aan de werkgever om daarvoor een precieze onderbouwing te geven. Het doel, het efficiënt inzetten van scholingsfondsen bijvoorbeeld, kan legitiem zijn, maar het middel, uitsluiten van oudere werknemers, moet ook passend en noodzakelijk zijn. Als de doorstroming van jongere werknemers groot is, zal het argument van de korte terugverdientijd minder overtuigen, omdat de werkgever dan in de praktijk ook niet veel profijt heeft van zijn investeringen in die jongeren.

6. Senioriteitsgerelateerde beloning in het licht van het discriminatieverbod

Op senioriteit gebaseerde loonsystemen zijn wel ter toetsing aan de rechter voorgelegd. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft, in het kader van de vraag of Richtlijn 2000/78/EG zich verzet tegen bepaalde oplopende loonprofielen, erkend dat het belonen van door een werknemer verworven beroepservaring, die hem in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten, in de regel een legitiem doel van loonbeleid is. Het Hof heeft daarbij aanvaard dat de toepassing van anciënniteitscriteria in de regel passend is om dit doel te bereiken, want anciënniteit gaat 'hand in hand' met beroepservaring.^[14] Uiteraard kan het Hof zijn overwegingen slechts geven voor zover partijen zelf rechtvaardigingen aandragen voor op senioriteit gebaseerde loonverschillen. Het Hof heeft zich daarom noch uitgelaten over de theorie van de vakbondsvoorkeur voor bescherming van oudere werknemers noch over de theorie van het impliciete contract.

Dat vakbonden een legitiem doel dienen als zij zich richten op bescherming van werk en inkomen van oudere werknemers is zeker niet vanzelfsprekend. Sociale partners zijn, net als de lidstaten, verplicht het verbod van leeftijdsdiscriminatie van Richtlijn 2000/78/EG te eerbiedigen. Het Hof kent sociale partners een ruime beoordelingsmarge toe bij de bepaling van de doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid die zij specifiek willen nastreven en bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt.^[15] Binnen het kader van deze beoordelingsmarge moet het op leeftijd gebaseerde verschil in behandeling wel passend en noodzakelijk zijn voor het bereiken van dat doel. Vakbonden mogen, lijkt mij, een onderhandelingsinzet kiezen waardoor de loonkosten een maximaal deel uitmaken van de bedrijfsopbrengsten, maar als dat stelselmatig ten koste gaat van jongeren, miskennen zij te zeer het doel van het verbod van onderscheid naar leeftijd: gelijke toegang tot ontplooiing in betaalde arbeid.^[16]

Ook de theorie van het impliciete contract schuurt met het verbod van leeftijdsdiscriminatie, omdat in die theorie niet slechts de toename van beroepservaring een hogere beloning van oudere werknemers rechtvaardigt, maar die hogere beloning mede een compensatie vormt voor onderbetaling van deze werknemers in een eerdere fase van de arbeidsrelatie. Het zou interessant zijn het Hof voor te leggen of loonsystemen die jongere werknemers minder opleveren dat hun productiviteit rechtvaardigt maar bij oudere werknemers het omgekeerde effect sorteren, geschikt en passend zijn om een legitiem doel van loon- of personeelsbeleid te bereiken. De doelen van het impliciete contract, beperken van frictiekosten en desinvesteringen, het gemotiveerd en gedisciplineerd houden van werknemers, zijn eveneens legitiem, maar ook hier lijkt twijfelachtig of het middel geschikt en noodzakelijk is. Er zijn immers vast wel andere instrumenten te verzinnen om personeel te binden dan een middel dat in essentie jongeren achterstelt en ouderen bevoordeelt.

Hoe het gelijkebehandelingsrecht moet reageren op de situatie dat oudere werknemers meer verdienen dan hun productiviteit rechtvaardigt, is dan ook niet gemakkelijk te bepalen als we ons de economische verklaringen voor de loon-productiviteitskloof realiseren. Het ontstaan van die kloof kan duiden op discriminatie door werkgevers van oudere werknemers bij het bieden van mogelijkheden om up-to-date te blijven. Een gelijke toegang tot scholing en andere ontwikkelingsmogelijkheden is dan het voor de hand liggende antwoord. Als de kloof zich echter vooral laat verklaren door de agenda van de bonden of een arbeidsvoorwaardentraditie die stelselmatig jongere werknemers

benadeelt en ouderen bevoordeelt, ligt introductie voor de hand van een salarissystematiek die meer op output dan op senioriteit is gebaseerd of van een beleid dat gericht is op demotie van oudere werknemers. Op het thema demotie ga ik hierna in.

7. Demotie en depreciatie

In de reacties die op de aankondiging van Capgemini volgden werd veelal het (negatief geladen) begrip demotie gebruikt. Strikt genomen betreft demotie echter niet het verlagen van salaris, maar het plaatsen van een werknemer in een lagere functie, al dan niet gepaard gaand met neerwaartse salarisaanpassing. Het louter verlagen van salaris zonder enige wijziging van taak of functie zou eerder kunnen worden aangemerkt als 'depreciatie'. Demotie met geheel of gedeeltelijk behoud van het oude salaris is in zoverre een ongerijmde reactie op een geconstateerd verschil tussen beloning en productiviteit dat met zo'n maatregel dat verschil alleen nog maar verder toeneemt.

Depreciatie, salarisverlaging zonder aanpassing van functie of takenpakket, is in zoverre een actueel onderwerp, dat de per 1 januari 2013 ingevoerde Wet normering topinkomens publieke sector (na een overgangperiode van 4 jaar) dwingend de zogenoemde Balkenende-norm oplegt aan de doelgroep van die wet.^[17] Leeftijdsoverwegingen spelen daarbij echter geen rol. De salarisverlaging die Capgemini voor ogen had is daarom een andere kwestie, die de vraag oproept of oudere werknemers redelijkerwijs verplicht kunnen worden om in te stemmen met verlaging van hun salaris wegens een kloof tussen toegevoegde waarde en kosten. Op basis van algemene aannames over die kloof zou dat mijns inziens aan individuele ouderen niet kunnen worden opgelegd.

Mij is geen rechtspraak bekend waarvan de uitkomst was dat een oudere of 'te dure' werknemer akkoord moest gaan met een salarisverlaging zonder enige aanpassing van takenpakket of functie.^[18] Dat verbaast niet.

Overeenkomsten, dus ook in de loop der tijd gegroeide loonafspraken, strekken partijen immers tot wet.^[19] Uiteraard komt het voor dat bedrijven onder druk van bedrijfseconomische omstandigheden van werknemers instemming met neerwaartse aanpassing van arbeidsvoorwaarden vragen, maar rechters zijn zeer terughoudend bij het honoreren van de wens van werkgevers.^[20] Als een bedrijf alleen de salarissen van oudere werknemers wil verlagen zal die terughoudendheid zo mogelijk nog groter zijn, omdat intuïtief zal worden aangenomen dat dit discriminerend is.

Rechtspraak over de vraag of een werknemer in het algemeen redelijkerwijs met demotie moet instemmen, al dan niet met inlevering van salaris, toont een gevarieerder beeld. Ik zal dat laten zien aan de hand van rechtspraak van de afgelopen drie jaar. In de meeste gevallen wordt aan de wens tot demotie disfunctioneren of ziekteverzuim ten grondslag gelegd. Rechters plegen deze vraagstukken te behandelen aan de hand van de criteria die de Hoge Raad heeft ontwikkeld bij de vraag wanneer van een werknemer in redelijkheid verwacht mag worden dat deze instemt met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden.^[21] De rechter onderzoekt of er sprake is van gewijzigde omstandigheden waarin de werkgever in redelijkheid aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, of het door hem gedane voorstel redelijk is en of aanvaarding van het voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden. Relevante omstandigheden zijn de aard van de gewijzigde omstandigheden, de aard en ingrijpendheid van het gedane voorstel, het belang van de werkgever en de onderneming, de positie van de werknemer en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.

In een zaak waarin de werknemer een andere functie met een lager salaris was opgedragen, constateerde de rechter dat de functie feitelijk niet was gewijzigd en werd de werkgever veroordeeld tot doorbetaling van het oorspronkelijke hogere salaris.^[22] In een andere zaak leek het oogmerk van de werkgever evenmin zuiver. Onder het mom van een verbetertraject was de werknemer overgeplaatst, maar niet aannemelijk was dat die overplaatsing zou bijdragen aan de vaardigheden voor de oorspronkelijke functie.^[23] Iets vergelijkbaars werd geconstateerd in een geval waarin de werknemer met medische beperkingen kampte.^[24] Stelt een werkgever dat de werknemer om medische redenen niet goed meer functioneert en om die reden moet worden overgeplaatst, dan zal de werkgever die medische redenen ook moeten aantonen. Is de werknemer na een periode van

arbeidsongeschiktheid weer volledig hersteld, dan is demotie niet acceptabel.^[25] Wordt demotie nagestreefd wegens disfunctioneren, dan eist de rechtspraak dat het disfunctioneren eerst is besproken en dat de werknemer in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren.^[26] Bij de beoordeling van de redelijkheid van een demotie weegt de rechter ten slotte ook mee in hoeverre de werknemer tegemoet wordt gekomen met behoud van de oude arbeidsvoorwaarden dan wel een afbouwregeling.^[27]

8. Tot slot

De kloof tussen beloning en productiviteit bij oudere werknemers lijkt gemakkelijk overschat te worden. Voor zover er sprake is van een negatief saldo tussen de kosten van oudere werknemers en hun opbrengst, zijn daarvoor door de economische wetenschap uiteenlopende, deels overlappende verklaringen aangedragen. Of deze verklaringen in arbeidsrechtelijke zin als objectieve rechtvaardiging kunnen gelden voor het maken van onderscheid naar leeftijd is op zijn minst twijfelachtig. De verklaring dat bij oudere werknemers verlies optreedt van menselijk kapitaal kan aanleiding zijn om een betere toegang tot persoonlijke ontwikkelingsmogelijkheden te bepleiten. In de verklaring van het impliciete contract en die van de vakbondsvoorkeur voor de bescherming van oudere werknemers is daarentegen discriminatie van jongeren ten gunste van ouderen in wezen het dubieuze uitgangspunt van beleid. Uit de in de afgelopen jaren waar te nemen verschuiving van (puur) op senioriteit gebaseerde salarissystemen naar (meer) op productiviteit gebaseerde beloning valt af te leiden dat het draagvlak voor deze twee verklaringen is afgenomen. Instemming met zo'n verschuiving kan mijns inziens redelijkerwijs niet van werknemers worden verwacht als deze tot een aanzienlijke salarisverlaging leidt en gebaseerd is op algemene aannames met betrekking tot de productiviteit van oudere werknemers.

In situaties van disfunctioneren of ziekteverzuim kan, zo wijst de rechtspraak uit, in individuele gevallen medewerking aan functiewijziging en salaris aanpassing, bij voorkeur met een afbouwregeling, worden geveerd. De rechter zal dan toetsen of de werkgever zorgvuldig te werk is gegaan en een zuiver oogmerk had. Wordt demotie nagestreefd omdat de werknemer niet goed functioneert, dan gaat de rechter na of dat is besproken en of de werknemer in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mr. D.J.B. de Wolff is advocaat in Utrecht.
- [2] 'Capgemini kort loon tot 20 procent', *De Volkskrant* 21 februari 2013, p. 7.
- [3] www.nrc.nl/carriere/2013/01/08/demotie-bij-capgemini-de-reacties/.
- [4] P. de Hek & D. van Vuuren, *Are older workers overpaid? A literature review*, CPB Discussion Paper No 165, Den Haag: CPB 2010.
- [5] P. de Hek & D. van Vuuren, *Are older workers overpaid? A literature review*, CPB Discussion Paper No 165, Den Haag: CPB 2010, p. 23 e.v. In bijv. recent Duits onderzoek wordt gevonden dat de productiviteit van werknemers tot hun 60^e niet in betekenisvolle mate afneemt, zie C. Göbel & T. Zwich, *Age and Productivity – Evidence from Linked Employer Employee Data*, ZEW Discussion Paper No 09-020, Mannheim: ZEW 2009, p. 3. B. Dostie, *Wages, Productivity and Aging*, IZA Discussion Paper 2496, Bonn: IZA 2006 geeft vergelijkbare uitkomsten.
- [6] J. van Ours & L. Stoeldraijer, *Age, Wage and Productivity*, IZA Discussion Paper 4765, Bonn: IZA 2010, p. 19.
- [7] Zie ook R. Euwals e.a., *Rethinking Retirement. From participation towards allocation*, Den Haag: CPB 2009, p. 111 e.v. over de mate waarin werkgevers een kloof ervaren tussen loonkosten en opbrengst bij oudere werknemers.
- [8] Dergelijke bedrijven trekken trouwens ook weer bij uitstek werknemers aan die relatief productief zijn, omdat zij zich door zo'n beloningsbeleid aangetrokken voelen. De arbeidsparticipatie van ouderen zou waarschijnlijk afnemen bij het invoeren van meer flexibele beloningssystemen op grotere schaal, L. Borghans e.a.,

- Productiviteit, beloning en arbeidsparticipatie van ouderen*, Maastricht: Researchcentrum voor Onderwijs en Arbeidsmarkt Universiteit Maastricht 2007, p. 55.
- [9] Zo hadden bijv. 50-jarige mannen in 1983 het vooruitzicht op gemiddeld 16,5 'gezonde' levensjaren en 50-jarige mannen in 2011 op gemiddeld 20,4 'gezonde' levensjaren (CBS StatLine).
- [10] L. Borghans e.a., *Productiviteit, beloning en arbeidsparticipatie van ouderen*, Maastricht: Researchcentrum voor Onderwijs en Arbeidsmarkt Universiteit Maastricht 2007, p. 13.
- [11] Zie voor een uitvoeriger overzicht van de economische verklaringen voor het veronderstelde loonverschil P. de Hek & D. van Vuuren, *Are older workers overpaid? A literature review*, CPB Discussion Paper, Den Haag: CPB 2010.
- [12] Niet alleen zijn de oplopende lonen motiverend, maar ook de kansen die zich tijdens de loopbaan binnen een bedrijf voordoen op promotie.
- [13] Ik wijs volledigheidshalve op het feit dat de wettelijke minimumloonbescherming niet geldt voor werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt (art. 7 WML).
- [14] HvJ EG 3 oktober 2006, nr. C-17/05, punt 34 (*Cadman*); HvJ EG 18 juni 2009, nr. C-88/08 (*Hütter*); HvJ EU 8 september 2011, nr. C-297/10 (*Hennigs*), punt 74.
- [15] Zie HvJ EG 16 oktober 2007, nr. C-411/05 (*Palacios de la Villa*), punt 68 en HvJ EU 12 oktober 2010, nr. C-45/09 (*Rosenblatt*), punt 41.
- [16] Vgl. Hof Arnhem 27 april 2010, *JAR* 2010/143, waarin werd overwogen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om de werkgever aan seniorenregelingen te houden die in strijd zijn met WGBL.
- [17] *Stb.* 2012, 583.
- [18] In Hof 's-Gravenhage 18 mei 2010, *LJN* BM8974 oordeelde de rechter dat het de werkgever wel was toegestaan een salaris te bevriezen na kritiek op diens functioneren. De werknemer verdiende echter al ruim meer dan het salaris conform de cao. In Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2012, *LJN* BY4057 lag een cao ter beoordeling voor die bepaalde dat werknemers worden teruggeschaald naar een lagere functie(schaal), waarbij voorzien was in een afbouwregeling met betrekking tot het salaris. Het hof keurde de terugschaling goed met als argument dat de werkgever de organisatie van de werkzaamheden wegens financieel-economische omstandigheden mocht aanpassen. In die zaak wijzigden echter ook de werkzaamheden (er werden minder internationale ritten door de werkgever, een transportbedrijf, opgedragen).
- [19] Zie Ktr. 's-Gravenhage 6 juli 2004, *JAR* 2004/175, waarin een door diens bestuur nagestreefde salarisverlaging van de directeur van de Hartstichting aan de orde was. Op de hoogte van dat salaris was in de media veel kritiek ontstaan, maar de kantonrechter overwoog dat partijen dit salaris in volle vrijheid waren overeengekomen en dat de directeur niet met een verlaging hoefde in te stemmen. Meer recent: Ktr. Brielle 11 oktober 2010, *LJN* BO1750, waarin een salarisverlaging met als reden dat de werknemer zich onvoldoende ontwikkelde niet redelijk wordt bevonden en Ktr. Eindhoven 9 mei 2011, *AR Updates* 2011-0620.
- [20] Zie bijv. Ktr. Amsterdam 18 november 2011, *LJN* BR6265; Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, *LJN* BV0736; Ktr. Utrecht 28 december 2011, *LJN* BV3046 en Ktr. Maastricht 28 maart 2012, *JAR* 2012/120.
- [21] HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (*Stoof/Mammoet*).
- [22] Hof 's-Hertogenbosch 2 oktober 2012, *LJN* BX9312.
- [23] Ktr. Amsterdam 14 maart 2011, *LJN* BU5501.
- [24] Ktr. Nijmegen 4 november 2011, *LJN* BU3915. De werkgever had volgens de kantonrechter onvoldoende aangetoond dat de ploegendiensten de oorzaak waren van het ziekteverzuim, en de werknemer gedemoveerd naar een functie die volgens de arbeidsdeskundige juist nog belastender was.
- [25] Hof 's-Gravenhage 21 augustus 2012, *LJN* BX6977.
- [26] Ktr. Utrecht 4 oktober 2010, *LJN* BO1460; Ktr. Assen 11 januari 2011, *LJN* BP3823; Ktr. Haarlem 17 februari 2011, *LJN* BP6070; Ktr. Enschede 16 juni 2011, *LJN* BQ8243.
- [27] Zie bijv. Hof Leeuwarden 30 augustus 2011, *LJN* BR6239.