Arbeidsrecht en Mensbeeld

C. J. Loonstra
H. W. M. A. Staal
W. Zeijlstra
(Red.)

1946-1996

VERENIGING VOOR
ARBEIDSRECHT

Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946 - 1996

Jubileumbundel

Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946 - 1996

onder redactie van

C.J. Loonstra
H.W.M.A. Staal
W. Zeijlstra

Kluwer Deventer 1996

Aanbevolen citeertitel
Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946 - 1996, Loonstra, C.J. e.a. (red.)
Deventer 1996

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Haarlem

Editing: E.J. Heppner-Wentink

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk-)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

ISBN 9031214302

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopie, opname, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van een of meer gedeelten van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te richten tot Kluwer B.V., Postbus 23, 7400 GA Deventer.

Inhoudsopgave

Voorwoord ix

Redactioneel xi

Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1996: ontwikkeling en thema's 1
C.J.H. Jansen
C.J. Loonstra

Uniform arbeidsovereenkomstenrecht? 25
R.A.A. Duk

Ondergeschikt? 35
L.H. van den Heuvel

De flexibele arbeidsrelatie in het sociaal recht 49
Y. Konijn

Ziekteverzuim, controle en privacy 61
J. Riphagen

Arbeidsorganisatie en flexibiliteit 77
J.A. van Gijzen

Tekorten van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid 83
I.P. Asscher-Vonk

Werving, selectie en ontslag; een uitstapje in reguleringsland 'Mijn mond maakt mij meer mans (mens)' 97
H.W.M.A. Staal

Grondrechtdenken in de werksituatie 115
H.H. de Vries

Groepskenmerken en leeftijdsgrenzen 133
A.M. Gerritsen

Van onmondige arbeider tot calculerende burger. Het mensbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht 1946-1996 141
G.J.J. Heerma van Voss

Seksuele intimidatie en het mensbeeld in het arbeidsrecht 155
A.J.C.M. Geers

Het nieuwe gezicht van de loonpolitiek 169
T. van Peijpe

Vakbond of ondernemingsraad? 181
M.M. Olbers

Flexibilisering versus internationale verplichtingen: Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming in de Genceefse tang? 195
L. Betten

Is het collectief conflictenrecht klaar voor de volgende eeuw? 209
L.A.J. Schut

Wijziging van enquête- en/of structuurregeling? 219
M.G. Rood

Adaptief medezeggenschapsrecht 235
P.F. van der Heijden

De ondernemingsovereenkomst anno 1996 251
W. Zeijlstra
L. Sprengers

De klapstoelwerknemer tussen business-unit en Europese Ondernemingsraad 269
H.J. de Bijll Nachenius

Sociaal recht met een Europese opmaat? 279
A.Ph.C.M. Jaspers

Sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid. De sociale-zekerheidsmens (1946-1996) 291
F.M. Noordam

Gelijkberechtiging van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid. Van een kostwinnerscultuur naar een erkenning van de onbetaalde zorg-arbeid? 305
K. Wentholt

Individualisering en privatisering in de sociale zekerheid en de positie van de uitvoeringsorganisatie 317
E.P. de Jong

Internationale aspecten van de sociale zekerheid 329
F.J.L. Pennings

Over de auteurs 345

Voorwoord

Op 25 mei 1996 bestaat de Vereniging voor Arbeidsrecht 50 jaar. De vereniging is springlevend en is de laatste jaren door het toetreden van veel jonge arbeidsjuristen kleurrijker geworden. Haar groei zal, naar mag worden verwacht, doorgaan.

De komende 25 jaren zullen het nodige aan activiteiten van de vereniging vragen. De eeuwwisseling staat voor de deur en waar wij bij de vorige eeuwwisseling de industriële revolutie hadden met haar ingrijpende gevolgen voor de arbeidsverhoudingen, zijn wij thans getuigen van de 'digitale' revolutie, die onze samenleving ingrijpend aan het veranderen is. Tegelijkertijd is het niet waarschijnlijk, dat de groei van de materiële welvaart zoals wij die de laatste decennia kenden op dezelfde wijze zal voortgaan. De materiële welvaart zal, mondiaal gezien, in de toekomst wellicht ook anders verdeeld worden. Er is een toenemende internationalisering van het recht. Al deze processen zullen hun invloed hebben op de arbeidsrechtelijke rechtsvorming. Het blijft onverminderd zaak de ontwikkelingen te volgen en te begeleiden. Een krachtige, actieve Vereniging voor Arbeidsrecht blijft een noodzaak bij het streven naar meer welzijn.

Bij het 25-jarig jubileum van de Vereniging voor Arbeidsrecht verscheen een bundel opstellen onder de bescheiden titel Aspecten van Arbeidsrecht. De 13 bijdragen in die bundel zijn voor het merendeel thans nog actueel doordat de auteurs onderwerpen hebben behandeld die boven de dagelijkse problemen uitstijgen.

Het 50-jarig jubileum vieren wij weer met een bundel. Gekozen is voor het thema Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946 - 1996. Meer dan twee dozijn leden zijn bereid gevonden bijdragen te schrijven. De verdubbeling van de leeftijd van de vereniging wordt aldus weerspiegeld in het aantal opstellen die, naar het bestuur hoopt, van eenzelfde kwaliteit zijn als 25 jaar geleden.

Het resultaat van de inspanningen ligt thans voor u. Het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht hoopt dat deze jubileumbundel zal bijdragen tot de verdere ontwikkeling van het arbeidsrecht.

Namens het bestuur,

L.H. van den Heuvel
voorzitter

Redactioneel

Maatschappelijke ontwikkelingen drukken hun stempel op het recht en zeker ook op het arbeidsrecht. De maatschappelijke werkelijkheid van 1946 is dan ook een geheel andere dan die van 1996. Omdat die maatschappelijke werkelijkheid door mensen wordt gevormd en gedragen, kan men tevens vaststellen dat de mens van 1996 geheel anders is dan de mens van 1946. Vanuit dit perspectief stelt het onderhavige jubileumbundel van de Vereniging voor Arbeidsrecht het volgende hoofdthema aan de orde:

Biedt het huidige positieve arbeidsrecht - gelet op zijn ontwikkeling sedert 1946 - een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid anno 1996? Zo ja, waarom? zo nee, op welke wijze zou het arbeidsrecht moeten worden gewijzigd?

Bij de totstandkoming in 1907 van de regeling die nu in de artikelen 7A: 1637a e.v. Burgerlijk Wetboek is neergelegd, gaat de wetgever als vanzelfsprekend uit van het prototype van de mannelijke in voltijd werkende arbeider die als kostwinner fungeert. Die arbeider wordt doorgaans gezien als de 'rolspelende', onmondige mens, die het gezag van zijn (nogal patriarchale) baas vrijwel klakkeloos aanvaardt. Het leven bestaat veelal uit het zich schikken naar de omstandigheden; verzet tegen het bestaande was nagenoeg afwezig. Anno 1946 lijkt er weinig te zijn veranderd. Vijf jaren verzet tegen een vreemde bezetter hebben het fundament van gezagsgetrouwheid op zichzelf niet aangetast. De wederopbouw na de oorlog stelt bovendien hoge eisen aan homogeniteit en collectieve loyaliteit, aan gezag en hiërarchie. In de periode daarna wijzigt dit beeld zich geleidelijk. De arbeider evolueert tot werknemer of zelfs (naar de opvatting van sommigen) tot medewerker. Mondigheid, zelfbewustheid en emancipatie vormen sleutelbegrippen, zeker ook sinds de vrouw de arbeidsmarkt betreedt; in het verlengde van deze ontwikkeling vraagt de relatie tussen arbeid en verzorging om aandacht. De patriarchale baas wordt de manager die werkoverleg voert. Mede als gevolg van de toename van vrije tijd doemt een ander verschijnsel op: de vrije mens die het leven niet aanvaardt zoals het zich aandient, maar die daaraan zelf vorm wenst te geven door bijvoorbeeld niet elke dag van 8.00 uur tot 17.00 uur in een arbeidsorganisatie werkzaam te willen zijn. Deze tendens versterkt zich als de werkgever vanuit arbeidsmarktoverwegingen de noodzaak benadrukt van een flexibele arbeidsorganisatie en zowel interne en als externe flexibiliteit van het personeel claimt. Met het toenemende verzet tegen de '8 tot 5'-mens hangt ook het verzet samen tegen

de hantering van leeftijden in het arbeidsrecht. Waarom bijvoorbeeld met 65 jaar uit het arbeidsproces? Wat niet lijkt te veranderen is dat de arbeider/werknemer/medewerker (m/v) economisch gezien afhankelijk van zijn/haar werkgever blijft.

De WOR 1950 is gebaseerd op het arbeiderscollectief dat zonder protest instemt met de door de ondernemer vastgestelde doeleinden en met de wegen die bewandeld moeten worden om die doeleinden te realiseren. De OR-leden zijn volgzaam en denken mee. De vertegenwoordigende achterban vindt het allemaal wel goed. De ondernemer is opnieuw de patriarchale mens die leidt en beslist. In de jaren zeventig ontpopt zich op het terrein van de medezeggenschap de zich bevrijdende arbeider die onafhankelijk wenst te staan ten opzichte van de ondernemer (uitbreiding van advies- en instemmingsrechten, beroep op de Ondernemingskamer); kenmerk blijft wel de OR als orgaan dat reageert op initiatieven van de ondernemer. In de jaren tachtig en negentig daarentegen groeit de OR uit tot onderhandelend orgaan; gelijkwaardigheid met de ondernemer is uitgangspunt geworden. Ook de ondernemer ziet zich gedwongen, zich van zijn patriarchale instelling te ontdoen. Hij zal meer moeten onderhandelen. Het convenant is in zwang gekomen. Die onafhankelijkheid van OR-leden heeft ook consequenties voor de positie van de vakbonden bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden. Het beroep van de vakbeweging op de traditie (wij zijn altijd verantwoordelijk geweest voor de primaire arbeidsvoorwaardenvorming) lijkt niet (zonder meer en in alle opzichten) te worden aanvaard.

De collectieve-arbeidsvoorwaardenvorming is na 1945 geruime tijd onderworpen geweest aan goedkeuring door de centrale overheid via het College van Rijksbemiddelaars. Bonden en werkgevers(organisaties) accordeerden deze dominante overheidspositie; men zou wellicht kunnen spreken van het onderdanige collectief. Binnen het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming was nagenoeg geen ruimte voor het stakingsrecht. Zeker na 1970 wijzigt zich deze 'collectief-onderdanige' houding. Het tot dan toe zich schikkende collectief wenst eigen belangen te behartigen (zelfregulering), wordt 'rebels' en stelt zich (steeds) minder solidair op. Deze houding heeft vergaande gevolgen voor het systeem van collectieve-arbeidsvoorwaardenvorming. De overheid heeft zich achter haar schansen teruggetrokken, het recht op collectieve actie is volwaardig(er) tot ontwikkeling gekomen. De toenemende mondigheid en individualisering van de arbeider hebben, naast pleidooien vanuit werkgeverskringen, tot nog een andere ontwikkeling geleid, namelijk de verdergaande decentralisatie van de totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden. De voor zichzelf opkomende werknemer wenst zich steeds minder in het keurslijf van de bedrijfstak-cao te persen. Het percentage van de beroepsbevolking dat lid is van een vakbond, kalft af, hoewel thans een kentering te bespeuren is.

Tot in de jaren tachtig werden arbeidsomstandighedennormen van overheidswege via de Veiligheidswet aan werkgevers en werknemers opgelegd. Deze benadering sluit aan op het hiervoor geschetste mensbeeld. De Arbowet 1980 (per 1 januari 1992 in alle sectoren van kracht) is op een 'progressiever' mensbeeld geënt. Niet alleen staat deze wet (mede) in het teken van ontplooiing van de werknemer, maar zij baseert zich ook mede op het uitgangspunt dat werkgevers en werknemers (OR, arbo-commissie) gezamenlijk vorm moeten geven aan de arbeidsomstandigheden

in de onderneming. Die zelfregulering zal vermoedelijk alleen maar toenemen nu de regering voornemens is, het aantal op de Arbowet gebaseerde besluiten drastisch te beperken en de Arbowet zelf uit te dunnen. De afhankelijke, (publiek) gezag aanvaardende mens is de zich ontplooiende mens geworden, die het heft zelf in handen moet nemen. Anders dan bij de andere rechtsgebieden speelt de Arbowet, evenals de per 1 januari 1996 in werking getreden Arbeidstijdenwet, expliciet in op het huidige ideaaltype mens: mondig, geëmancipeerd, op onderhandeling ingesteld, gericht op zelfverwerkelijking. Uiteraard blijft de vraag hoe dit ideaalbeeld zich laat rijmen met de afhankelijkheidsrelatie tussen werkgever en werknemer.

Met betrekking tot het sociale-zekerheidsrecht is eveneens een opmerkelijke ontwikkeling te constateren. In 1946 waren er slechts enkele wetten en/of regelingen van kracht: de Ongevallenwet, de Invaliditeitswet, de Ziektewet, een werkloosheids- en ouderdomsregeling en een kinderbijslagwet loontrekkenden. Staatsverantwoordelijkheid was betrekkelijk gering; individuele verantwoordelijkheid stond centraal (de zelfzorgende mens), behoudens het feit dat groepsgewijs (kerk, vakbond) in bepaalde financiële behoeften werd voorzien. Tot in de jaren tachtig wordt de opkomst van de sociale-verzorgingsstaat geleidelijk uitgebouwd; de mens wordt de 'collectief denkende', maar tevens 'afschuivende' mens. In de loop van de jaren tachtig en negentig valt, genoodzaakt door het kostenverloop en daarop geënte bezuinigingen, een gedeeltelijke terugkeer waar te nemen naar de vroegere situatie waarbij de individuele verantwoordelijkheid centraler komt te staan. Ten gevolge van het feit dat vrouwen in toenemende mate de arbeidsmarkt betreden, komen ook allerhande discriminatoire bepalingen in het sociale-zekerheidsrecht onder vuur te liggen.

Op grond van de voorafgaande schets is een aantal auteurs, leden van de Vereniging voor Arbeidsrecht, verzocht een bijdrage aan de jubileumbundel te leveren op basis van een door de redactie aangereikt sub-thema. Op basis daarvan is ook de volgorde van de ingezonden bijdragen vastgesteld. Na een beschouwing over de activiteiten van de 50-jarige Vereniging voor Arbeidsrecht door Jansen/Loonstra, volgen bijdragen van Duk, Van den Heuvel, Konijn, Riphagen, Van Gijzen, Asscher-Vonk, Staal, De Vries en Gerritsen welke met name het arbeidsovereenkomstenrecht betreffen. De volgende twee beschouwingen (Heerma van Voss en Geers) hebben betrekking op het arbeidsomstandighedenrecht. Onderwerpen die doorgaans tot het collectieve arbeidsrecht worden gerekend, zijn aan de orde gesteld door Van Peijpe, Olbers, Betten en Schut. Bijdragen (meer) op het terrein van het medezeggenschapsrecht zijn geleverd door Rood, Van der Heijden, Zeijlstra/Sprengers en De Bijll Nachenius. Na een bijdrage van Jaspers op het terrein van het Europese sociaal recht, volgen beschouwingen die het sociale-zekerheidsrecht betreffen; de auteurs zijn Noordam, Wentholt, De Jong en Pennings. Binnen de deelgebieden zelf heeft de redactie zich laten leiden door het criterium dat het algemene aan het bijzondere voorafgaat.

Kees Loonstra
Harry Staal
Wietske Zeijlstra

Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1996: ontwikkeling en thema's

C.J.H. JANSEN EN C.J. LOONSTRA

1 Doelstelling van de Vereniging

Tijdens de oprichtingsvergadering van de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) op 25 mei 1946 sprak de ad hoc voorzitter M.G. Levenbach (1896-1981) in gloedvolle bewoordingen over de idee arbeidsrecht. Hij herinnerde zijn toehoorders aan het feit dat voor de oorlog het 'verlangen naar meer sociale gerechtigheid door een beter recht van en voor de arbeid' reeds in veler harten vurig gebrand had. Nu, een jaar na afloop van de oorlog, leefde volgens hem de idee arbeidsrecht met zijn rijke inhoud sterker dan ooit tevoren. Niet alleen behoorde het gehele recht meer dan in het verleden gebeurd was 'aan den levenden mens en zijn arbeid' een centrale plaats te geven, maar dienden de arbeidsbetrekkingen ook als rechtsverhoudingen te worden gezien, als kwesties van rechtvaardigheid en recht.[1]

De jonge Vereniging diende eveneens haar steentje bij te dragen aan de verwezenlijking van dit ideaal. Levenbach, initiatiefnemer S. Mok (1902-1948) en de overige oprichters zagen voor haar vooral een *studieuze* taak weggelegd: het stimuleren van de beoefening van het arbeidsrecht als afzonderlijk wetenschappelijk vak door middel van het organiseren van wetenschappelijke bijeenkomsten. De Vereniging was dus geen strijdgezelschap of politieke pressiegroep, maar een studieclub. In art. 1 van de in 1949 koninklijk goedgekeurde Statuten stond het als volgt geformuleerd. De Vereniging

> 'stelt zich ten doel de bevordering van de studie van het arbeidsrecht door: a. het bestuderen van het positieve arbeidsrecht en zijn grondslagen; b. het bestuderen van wetsontwerpen en andere voorstellen

1 M.G. Levenbach, Waar staan wij met het arbeidsrecht?, in: Sociaal Maandblad 1946, p. 7-8.

> en denkbeelden, welke tot veranderingen in het positieve arbeidsrecht kunnen leiden; c. alle andere wettige middelen.'[2]

Deze doelstelling is onder invloed van de tijdsomstandigheden enigszins aangepast, maar niet ingrijpend gewijzigd. In het begin van de jaren zeventig werd het opeens zaak het recht *kritisch* te doen bezien, dus ook het arbeidsrecht. De VvA verwerkte dit streven in haar Statuten. Bovendien bleek het optimistische vooruitgangsgeloof van de initiatiefnemers 25 jaar na oprichting weer nieuw leven ingeblazen te zijn. Als doel van de vereniging werd namelijk de bevordering van een *gelukkige* ontwikkeling van het arbeidsrecht voorgesteld. De suggestie werd na enig tegengesputter van enkele leden weer verworpen, hoewel naar de mening van het bestuur de formulering aansloot bij de door de VvA gevolgde praktijk. Sinds de jaren zeventig stelt zich de VvA volgens art. 1 ten doel

> 'de kennis en de ontwikkeling van het Nederlandse arbeidsrecht te bevorderen, met name door onderwerpen, rakende het arbeidsrecht, op wetenschappelijk verantwoorde wijze te doen bestuderen en kritisch te doen bezien.'[3]

Ofschoon oprichters als Mok en Levenbach het arbeidsrecht niet in enge zin opvatten[4] en de doelstelling van de VvA de ruimte liet, was haar oriëntatie tamelijk traditioneel juridisch. Afgezien van enige economische bijdragen kwam een filosofische of sociologische beschouwing betrekkelijk weinig voor en dan nog voornamelijk in de eerste 25 jaar.[5]

De VvA lijkt zich vooral privaat- en bedrijfsrechtelijk te oriënteren zonder overigens de vergaande verstrengeling met het publiekrecht te willen ontkennen. De belangstelling van de Vereniging voor het sociale-zekerheidsrecht en het ambtenarenrecht was niet bijzonder groot. In de jaren vijftig en zestig kwamen thema's op dit terrein met een

---

2 M.G. Levenbach, De geschiedenis van de vereniging, in: Aspecten van Arbeidsrecht. Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971, Alphen aan den Rijn-Brussel 1971, p. 3-4. De overige oprichters waren A.A. van Rhijn, mevr. A.M.E. te Winkel, F.J.H.M. van der Ven en A.N. Molenaar. De voorloopster van de VvA was de Amsterdamse studiekring voor Arbeidsrecht.

3 Naast de (meestal 2) reguliere jaarvergaderingen werd de 'strikt wetenschappelijke' excursie, de gezellige ontmoeting op locatie (met bijv. bezoeken aan Shell, Hoogovens, KLM, Daf-trucks, Postbank, FNV, etc.), een traditie binnen de VvA.

4 Vgl. hun portretten in: Jansen-Loonstra, Kopstukken arbeidsrecht, Deventer 1992, p. 75 e.v. resp. 111 e.v.

5 Zie voor voorbeelden J.J.M. van der Ven in 1958 (nr. 39) en 1965 (nr. 63), P.A.J.M. Steenkamp in 1962 (nr. 52) en H. Verwey-Jonker in 1968 (nr. 70). De nrs 1 t/m 78 verwijzen naar de lijst van Levenbach, de nrs. 79 e.v. verwijzen naar het vervolg op deze lijst. De gehele lijst is als Bijlage I achter dit artikel opgenomen.

zekere regelmaat ter sprake[6], maar die aandacht ebde daarna geleidelijk aan weg. Met het streven naar privatisering van overheidstaken en naar de gelijkstelling van de ambtenaar met de werknemer van het laatste decennium worden deze gebieden meer binnen het werkterrein van de VvA getrokken dan in de jaren daarvoor gebruikelijk was.[7]

Welke thema's zijn traceerbaar in de geschiedenis van de VvA over de afgelopen vijftig jaar? Kan in de loop der tijd een verschuiving van perspectief waargenomen worden bij de behandeling van deze thema's? Deze vragen zullen wij in het vervolg van de onderhavige bijdrage pogen te beantwoorden. Aan de keuze, die wij hebben gemaakt, kan een zekere willekeur niet ontzegd worden. Gelet op de beschikbare ruimte konden wij echter niet anders. Bovendien mag het leggen van (bepaalde) persoonlijke accenten een voorrecht heten van auteurs in een jubileumboek. In het kort besteden wij aandacht aan de arbeidsovereenkomst in ruime zin (par. 2), het ontslagrecht (par. 3), de werkstaking (par. 4), medezeggenschap (par. 5), de internationale en Europese aspekten van het arbeidsrecht (par. 6) en de verhouding tussen man en vrouw in het arbeidsrecht (par. 7).

2 De arbeidsovereenkomst

Bij de herdenking van het vijftigjarige bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst noemde Levenbach de jubilaris in een variatie op de bekende woorden van Paul Scholten (1875-1946) over het oude BW een rustig bezit.[8] Er was wel wat vertimmerd, maar er was geen sprake van 'bouwvalligheid'. De wet bewees nog dagelijks haar deugdelijkheid. De enige fundamentele wijziging betrof het ontslagrecht (wet van 17 dec. 1953, Stb. 619).[9] Een paar jaar eerder had ook W.F. de Gaay Fortman de VvA-leden voorgehouden dat de wet van 1907 nog steeds in grote lijnen voldeed.[10] Beide heren prezen niet alleen H.L. Drucker (1857-1917) die door het gebruik van vage normen de rechter in staat gesteld had het arbeidsrecht bij de tijd te houden, maar zij wezen er tevens op dat de strekking van de wet, de bescherming van de economisch zwakke arbeider via dwingend recht, in het tijdsbeeld bleef passen. Zij

6 Zie Drogendijk en Mannoury over de sociale zekerheid en de persoonlijke verantwoordelijkheid in 1956, nr. 36 en Mannoury en Rietkerk in 1970, nr. 76. Na 1971: Veldkamp over de organisatie van de sociale verzekeringen in 1973, nr. 86 en Riphagen over de integratie van WW en WWV in 1985, nr. 121.

7 Zie bijv. J.H. Sikkes in 1986, nr. 125; H.A.P.M. Pont in 1992, nr. 143; G. van Dalen en P. Schaap in 1994, nr. 148; recentelijk J.M. Verheul, nr. 151 en M. Scheltema - H. Bolt, nr. 152.

8 Levenbach, nr. 41, p. 17.

9 Andere wijzigingen waren vaak het gevolg van veranderingen buiten het arbeidsrecht. Zo verviel art. 1637f BW als gevolg van de opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de vrouw, de zogenaamde lex-Van Oven.

10 W.F. de Gaay Fortman, nr. 19, p. 175.

verwachtten in de naaste toekomst in dit opzicht geen grote wijzigingen. Integendeel, de rechtsontwikkeling vroeg om uitbreiding van het dwingende recht.[11]

Wat wel veranderde, was het juridische kader. In toenemende mate werd het privaatrecht aangevuld met, ja soms zelfs ingeruild voor het publiekrecht. De eerste stap was gezet door de voortgaande inbedding van de individuele arbeidsverhouding in de bedrijfstak via het cao-recht. Na de oorlog zorgde een stortvloed van nieuwe wetten ervoor dat voorheen privaatrechtelijke onderwerpen mede een publiekrechtelijke uitwerking kregen, bijvoorbeeld de ontslagbescherming in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA) 1945, de ziektevoorziening voor inwonend personeel in het Ziekenfondsbesluit en de wettelijke regeling van het minimumloon en de minimumvakantiebijslag in een bijna gelijknamige wet. De invoering van de Wet op de Bedrijfsorganisatie en de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) had eveneens een niet te onderschatten invloed op deze ontwikkeling. Aangezien de arbeidsovereenkomst een contract is met een sterk collectief moment, werd het als onvermijdelijk gezien dat de individuele zeggenschap van de werknemer of werkgever over de arbeidsverhouding slechts een geringe was. Een algemene regeling was noodzaak, anders dreigde discriminatie.[12] De toenmalige idee van het arbeidscontract als slechts een entreebiljet geldt in onze tijd onverkort: na het sluiten van de overeenkomst volgens het BW volgt ook een woud van publiekrechtelijke regelgeving.

Slechts langzaam rees kritiek op het achterhaalde karakter van sommige bepalingen uit de wet op de arbeidsovereenkomst. In de jaren zeventig werd de aanval geopend op het gezagscriterium in art. 1637a BW. De VvA bleef niet achter. De woorden 'in dienst van' werden volgens sommige leden te eenzijdig opgevat als de uitdrukking van een gezagsverhouding. De autoriteit was echter onderhevig aan erosie. De arbeider emancipeerde zich door zijn opleiding tot medewerker, de fabriek evolueerde tot een bedrijfsgemeenschap. De passage 'in dienst van' diende te worden vervangen door het reeds door Drucker gesuggereerde 'ter beschikking stellen van'. Wanneer deze wijziging gerealiseerd was, kon ook het achterhaald geachte art. 1637i BW (het verbod van een arbeidsovereenkomst tussen echtgenoten) vervallen.[13]

De 'moderne' perceptie ging - zoals gezegd - uit van de functionele zelfstandigheid van de werknemer. Deze zienswijze paste niet altijd bij de in de mode gekomen flexibele arbeidsverhouding, de ten aanzien van de arbeidstijd gemakkelijk aanpasbare arbeidsrelatie. De ene variant kon als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd worden, de andere niet. Een reflectie op de gezagsverhouding kon bij een nadere analyse daarom niet achterwege blijven. Rood vroeg zich af, of er nog wel plaats was voor een ondergeschiktheidscriterium. Hij meende dat er geen alternatief was. De bevoegdheid van de ene partij om aan de andere partij instructies te geven fungeerde

---

11 Zie ook W.C.L. van der Grinten, Het algemene privaatrecht van 1909 en dat van 1959 in zijn verhouding tot de wet op de arbeidsovereenkomst, SMA 1959, p. 24 e.v.

12 Zie W.C.L. van der Grinten, nr. 82, p. 618 e.v.

13 Nr. 92. Zie Werkgroep uit de VvA, Opdracht, arbeidsovereenkomst en collectieve arbeidsovereenkomst. Beschouwingen bij boek 7, titels 7, 10 en 11 van het Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek [1976], p. 32 e.v. resp. 21 e.v. F.J.H.M. van der Ven zwengelde in 1972 in zijn afscheidsrede 'Over de aard der arbeidsovereenkomst' de discussie over 'in dienst van' aan.

als methode om de inhoud van de arbeidsrelatie te bepalen. Zonder zo'n methode werden er geen beslissingen genomen en viel een bedrijf stil. Uiteraard diende op de machtsuitoefening van de werkgever controle te zijn, in de wet (de grenzen van art. 1639b BW) en de cao, de arbeidsovereenkomst en het gebruik, de redelijkheid en de billijkheid (art. 1638z BW). Om de flexibele arbeidskracht extra bescherming te bieden kwam Rood overigens tot de introductie van een nieuw type contract, de werkovereenkomst, waarin een minimale arbeidsduur per week werd gegarandeerd.[14]

De gedachte van de invulling van de gezagsverhouding vanuit art. 1638z BW (goed werkgeverschap) is versterkt door de groei en bloei van de rechtsbeginselen. Dit artikel fungeert als de toegangspoort voor geschreven en ongeschreven, privaatzowel als publiekrechtelijke normen van goed werkgeverschap. De kwestie spitst zich toe op de vraag of de werkgever zijn aanwijzingsbevoegdheid op een rechtmatige wijze heeft gebruikt. Men kan hierbij denken aan de naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel (het voeren van overleg), het vertrouwensbeginsel (het gestand doen van toezeggingen) en het motiveringsbeginsel (het geven van een draagkrachtige motivering voor een opdracht). Het goed werkgeverschap kan worden gezien als een concretisering van de algemene vermogensrechtelijke normen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 248 BW). In het kader van het goed werkgeverschap is de verbetering van de controle op de uitoefening van gezag een groot goed.[15]

Door de invoering van het nieuwe BW werd de vraag naar de doorwerking van algemene privaatrechtelijke leerstukken naar het arbeidsrecht steeds meer een aktuele. Slechts in een beperkt aantal gevallen zijn de consequenties door de wetgever getrokken.[16] Het algemeen gedeelde standpunt is - mede gelet op de gelaagde structuur van het BW - dat een beroep op het vermogensrecht in beginsel altijd mogelijk is, ook daar waar een specifieke arbeidsrechtelijke regeling bestaat. Het arbeidscontract maakt als bijzondere overeenkomst deel uit van het algemene privaatrecht. Dit algemene uitgangspunt lijdt slechts uitzondering op grond van bijzondere arbeidsrechtelijke argumenten of op grond van de specifieke aard van de arbeidsrechtelijke rechtsbetrekking.[17] De herziening van het BW heeft tot gevolg dat ook het arbeidsovereenkomstenrecht (art. 7A: 1637a e.v. BW; boek 7, titel 10) opnieuw tegen het licht gehouden is. Levenbach was door Meijers aangezocht als de bewerker. Hij zou bijna twintig jaar doen over zijn concept voor de nieuwe titel. Dit concept is vervolgens ook weer bijna voor twintig jaar in de lade van het departement verdwenen. De voorgestelde wijzigingen zijn niet erg ingrijpend: 'het was louter

14 M.G. Rood, nr. 131, p. 40 e.v. Zie ook C.J. Loonstra, Naar de werkovereenkomst?, in: Loonstra, Gezag, medezeggenschap en collectieve actie, Groningen [1990], p. 33 e.v.

15 G.J.J. Heerma van Voss, nr. 144, p. 34 en 35 e.v. (p. 111).

16 Art. 6:245 BW bepaalt dat de regeling van de algemene voorwaarden niet van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Art. 1637w BW is geschrapt als gevolg van de algemene regeling van de immateriële schadevergoeding in art. 6:106 BW.

17 P.F. van der Heijden (red.), nr. 145. Een voorbeeld van een spanningsverhouding arbeidsrecht-vermogensrecht (art. 6:265 BW): C.J. Loonstra, Partiële opzegging en partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst, NJB 1995, p. 204 e.v.

een bewerking van het bestaande recht, een hergroepering van artikelen, een aanpassing aan de terminologie van de boeken 3 en 6.'[18]

De arbeidsovereenkomst is nog altijd het fundament van het arbeids- en sociaal recht. Sommige bepalingen zijn misschien door tijdsverloop obsoleet geworden;[19] de overgrote meerderheid heeft de tand des tijds echter wonderwel doorstaan. Slechts een paar onderwerpen kende een regelmatig ingrijpen (bijvoorbeeld het ontslagrecht, zie de volgende par.). Aan de hand van de preadviezen voor de VvA kan men duidelijk de uitdagingen aan de arbeidsovereenkomst aflezen: de wisselwerking met het publiekrecht (algemene rechtsbeginselen) en de invloed van het nieuwe vermogensrecht. Het valt niet te loochenen dat de VvA door haar werkzaamheden het zicht op een rechtvaardiger regeling van de arbeidsovereenkomst heeft verbeterd.

3 Het ontslagrecht

Niet verbazingwekkend was dat het eerste thema dat na de oprichtingsvergadering van de VvA werd aangesneden, betrekking had op het ontslagrecht. Ten gevolge van het door de regering uitgevaardigde BBA 1945 diende een werkgever of werknemer immers - anders dan vóór de oorlog - voor de effectuering van zijn ontslag over een ontslagvergunning van de directeur GAB te beschikken en moest gewezen worden op een redelijke grond. De Gaay Fortman nu ging in 1946 in op de (problematische) verhouding tussen het BW en het BBA. Was invoering van het besluit wel nodig geweest en had de *iusta causa* in het ontslagrecht niet beter via een jurisprudentiële ontwikkeling van het leerstuk van misbruik van recht tot ontwikkeling kunnen worden gebracht? Die vraag beantwoordde hij ontkennend, hoewel hij de BBA-regeling bepaald niet een gelukkige vond. Zijn conclusie luidde dan ook dat wij voorlopig genoegen moesten nemen met de dualistische regeling van het BW en het BBA.[20] Wel zou het BBA naar het oordeel van De Gaay Fortman zodanig dienen te worden uitgevoerd dat zijn nadelen zoveel mogelijk werden beperkt. Met name was hij een voorstander van de ontwikkeling waarbij de minister van Sociale Zaken de bevoegdheid ex art. 6 BBA zoveel mogelijk zou overdragen aan organen uit het bedrijfsleven. Dit element werd door Bakels in zijn preadvies uit 1970 opnieuw aangestipt.[21] In tegenstelling tot De Gaay Fortman was Bakels van mening dat genoemde bevoegdheidsoverdracht zo min mogelijk moest plaatsvinden teneinde te voorkomen dat bij de ontslagbeoordeling niet alleen werd gekeken naar de arbeidsverhoudingen in de betreffende bedrijfstak,

---

18 E.O.H.P. Florijn, Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Maastricht [1994], p. 437 e.v. (p. 465). Zie wetsontwerp 23 438.

19 Bijv. art. 7A: 1637e, 1638v, 1638ij en 1639c BW (over inwonend personeel) en art. 7A: 1637o en 1637r BW (over loon). Publiekrechtelijke regelgeving bestaat bijv. op het gebied van art. 7A: 1638x BW (Arbeidsomstandighedenwet) en 1637ij BW (Algemene Wet Gelijke Behandeling).

20 W.F. de Gaay Fortman, nr. 1, p. 61.

21 H.L. Bakels, nr. 76, p. 22. Het eerste deel van het preadvies verraadt een benadering van het ontslagrecht, zoals Bakels die in zijn eerste druk van de Schets van het Nederlands arbeidsrecht uit 1972 verder zou uitwerken.

maar ook naar die van de gehele arbeidssituatie in het rayon.

Met het aanstippen van deze kwestie zijn wij bij een onderwerp beland dat heel regelmatig in de VvA-geschriften inzake het ontslag zou terugkeren: de positie van de directeur GAB (en later de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening) in ons ontslagrecht, ofwel: het voor Europa unieke stelsel van de preventieve ontslagtoets, zoals neergelegd in het BBA. Uiteraard waren de VvA-publikaties op dit terrein slechts onderdeel van een voortgaande stroom van boeken en tijdschriftartikelen over het ontslagrecht, die juridisch Nederland overspoelde. Niettemin heeft de VvA een eigen, specifieke bijdrage geleverd aan het mogelijke antwoord op de vraag, op welke wijze de preventieve ontslagtoets gehandhaafd diende te blijven. Want dat de Vereniging altijd voorstander is geweest van handhaving van deze preventieve toets, is onbetwistbaar.[22]

Was Bakels in het eerder genoemde preadvies uit 1970 tegenstander van de overheveling van de redelijkheidstoets ex art. 6 BBA van de directeur GAB naar de kantonrechter,[23] Van der Heijden toonde zich in zijn preadvies uit 1987 nu juist een voorstander van deze overheveling.[24] Zijn uiterst interessante gedachte was, het ontslagrecht vorm te geven op een wijze die parallel loopt aan de bescherming die de huurder krachtens het BW toekomt. Wenst de verhuurder de huurovereenkomst te beëindigen, dan moet hij daarvoor - indien de huurder niet schriftelijk instemt met een beëindigingsvoorstel - voorafgaande toestemming aan de kantonrechter vragen op grond van één van de limitatief in de wet opgesomde redenen. Wordt dit stelsel, aldus Van der Heijden, ook op het ontslagrecht toegepast, dan doet zich het probleem of de GAB-toets nog wel voldoet aan de voorwaarden genoemd in art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR, niet meer voor.

Eén jaar na uitgave van zijn preadvies zou Van der Heijden voorzitter worden van een werkgroep vanuit de VvA, die de aandacht voor het ontslagrecht enige continuïteit zou verschaffen. De aanleiding tot de instelling van deze werkgroep was een studiedag over het ontslagrecht, georganiseerd door de VvA en de Interuniversitaire Onderzoeksgroep Arbeid en Recht (de voorloper van het Hugo Sinzheimer Instituut), vanwege het SER-advies van 16 september 1988 inzake de herziening van het ontslagrecht.[25] Tijdens deze studiedag zou niet alleen veelvuldig over de positie van de directeur GAB worden gesproken,[26] ook de voor de praktijk steeds meer in belang toenemende bevoegdheid van de kantonrechter ex art. 7A: 1639w BW (in eerste en laatste instantie) de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens gewichtige redenen, kwam herhaaldelijk ter sprake. Het enthousiasme voor het onderwerp was die dag

---

22 Zie recentelijk nog de brieven van 18 maart 1994 en 3 april 1995 van de hand van het bestuur van de VvA, gericht tot de minister van SZW.

23 Bakels, nr. 76, p. 22.

24 P.F. van der Heijden, nr. 128.

25 De voordrachten en een samenvatting van de discussie zijn gebundeld in A.C.J.M. Wilthagen (red.), nr. 130. Het SER-advies is gepubliceerd in de SER-reeks 88/12.

26 Een voorstel tot overheveling van diens preventieve ontslagtoets werd ook nu weer gedaan, thans door kantonrechter J.C. van Dijk die (nr. 130, p. 88) voorstelt de preventieve toetsing bij het GAB weg te halen en over te laten aan een ontslagcommissie in de stijl van de huurcommissie.

zo groot dat besloten werd tot instelling van de genoemde Werkgroep Herziening Ontslagrecht. Deze werkgroep heeft nog diverse malen over het ontslagrecht gepubliceerd.[27] Nadien heeft zij ook publikaties over andere arbeidsrechtelijke onderwerpen in de VvA-reeks verzorgd.[28]

De overige lezingen en preadviezen op het terrein van het ontslagrecht in VvA-verband zijn niet minder interessant, maar zijn wat thematiek betreft meer op zich zelf staand. Gewezen kan worden op een tweetal lezingen van Levenbach, de eerste uit 1948 handelend over wetsontwerp 881 (dat heeft geleid tot de eerder genoemde wet van 17 december 1953), de tweede uit 1952 over de delegatie ex art. 6 BBA in het licht van bestaande staatsrechtelijke delegatietheorieën.[29] Vermeldenswaard is tenslotte het preadvies uit 1981 van de hand van Van den Heuvel over de rechten van werknemers bij faillissement.[30] Na interessante rechtshistorische beschouwingen komt hij onder meer tot de conclusie dat de artt. 40 en 239 Fw. zodanig zouden moeten worden gewijzigd dat de afwijkingen van het wettelijke en overeengekomen ontslagrecht zouden moeten worden geschrapt. Daartegenover stelde hij voor, de rechter ingeval van faillissement en surséance van betaling een matigingsbevoegdheid toe te kennen ten aanzien van de loonbetalingsverplichting.[31]

4 De werkstaking

Voor de Tweede Wereldoorlog heerste er in de literatuur en rechtspraak nagenoeg eenstemmigheid over de ontkennende beantwoording van de vraag of een staking als een beëindiging van de dienstbetrekking moest worden opgevat. Ten aanzien van de kwestie of de staking een ontslag op staande voet rechtvaardigde, was de opstelling meestal genuanceerd: in beginsel wel, maar er waren uitzonderingen. Het organiseren van een staking door een vakbond werd niet zonder meer als een onrechtmatige daad gekwalificeerd. De staking was een rechtvaardig strijdmiddel.[32]

Deze tamelijk positieve benadering van het stakingsvraagstuk verdween na de Tweede Wereldoorlog. De ratio voor stakingen werd veelal vervallen geacht, omdat er sprake was van nagenoeg gebonden loonvorming. Er behoefde geen compensatie meer verschaft te worden aan de bij de loononderhandelingen zwakke partij (de arbeiders). De toename van (dwingende) wettelijke regels op loongebied versterkte deze tendens. In een tijd van meer vrije loonvorming, zo meenden velen, verwerd bovendien de staking - gelet op de ontwikkeling van de PBO - tot een anachronisme. De verhoudingen tussen de sociale partners waren zo goed dat via overleg in centrale

27 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12, nr. 134a; zie tevens Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht, SMA 1991, p. 214 e.v.

28 Zie nr. 145 en nr. 154 (boek 7 titel 10).

29 M.G. Levenbach, nrs. 9 en 22.

30 L.H. van den Heuvel, nr. 108.

31 Van den Heuvel, nr. 108, p. 50 en 51.

32 Zie Jansen-Loonstra, Rechterlijke Beslissingen inzake de Wet op de Arbeidsovereenkomst, SMA 1990-6, p. 368-369, p. 370-371.

vertegenwoordigingen een geschil beslecht diende te worden.[33] In de rechtspraak werd in de loop der tijd het uitroepen van staking steeds vaker als het aanzetten tot contractbreuk beschouwd. De arbeider werd door de president in kort geding met behulp van de algemene bepalingen van overeenkomstenrecht (art. 1275 e.v. OBW) veroordeeld tot nakoming van zijn verplichting, d.w.z. werken; de vakbond werd via de weg van de onrechtmatige daad een verbod opgelegd, versterkt met een dwangsom. Samkalden kwam voor de leden van de VvA betogen, dat hij deze ontwikkeling slecht vond. De staking zag hij als een geoorloofd middel in de economische strijd.[34]

Met het Panhonlibco-arrest van 15 januari 1960 (NJ 60, 84) werd, afhankelijk van het standpunt, het hoogte- of dieptepunt bereikt: staking werd als wanprestatie van de arbeider gezien, tenzij er bijzondere rechtvaardigingsgronden waren; het uitroepen van een staking door een vakbond was in beginsel onrechtmatig. In de literatuur kwam deze uitspraak de Hoge Raad op forse kritiek te staan, zo ook binnen de VvA. Ons 'hoogste' rechtscollege had de maatschappelijke werkelijkheid van het arbeidsrecht, de rechtsontwikkeling èn de tijdsgeest volledig miskend. In het arbeidsovereenkomstenrecht paste de door de Hoge Raad voorgestane individuele benadering niet langer: de arbeidsvoorwaarden werden in collectieve onderhandelingen vastgesteld. Werkelijke tweezijdigheid bij collectief overleg werd alleen gegarandeerd door een sterk stakingsrecht.[35] Over de grondslag van de staking bestond weinig overeenstemming. Van Esveld stelde expliciet, dat het stakingsrecht niet als een soort grondrecht mocht worden beschouwd.[36]

Toen de VvA de werkstaking weer aan de orde stelde, was de rechtspraak bijgedraaid: het staken was geen wanprestatie meer, het uitroepen geen onrechtmatige daad. Leijten had vertrouwen in het in de wet vastleggen van spelregels met betrekking tot de vraag of de staking als uiterste middel was gehanteerd. Rood stond wat sceptisch tegenover deze mogelijkheid. Hij bepleitte wel het grondwettelijk vastleggen van het stakingsrecht. Tevens was hij een voorstander van de invoering van een andere toetsing van de staking dan in kort geding, zoals via onderzoek, bemiddeling en arbitrage.[37]

---

33 A.W. Quint, nr. 12, p. 66 e.v. Zijn - socialistische - opponent H.B.J. Waslander wees op het strijdkarakter van de vakbond, het tijdelijk karakter van de BBA en het feit dat de PBO niet de belichaming van de solidariteitsgedachte was om de noodzaak van de staking als strijdmiddel te beklemtonen. Ook I. Samkalden, nr. 43, p. 695 e.v.

34 Samkalden, nr. 43, p. 699 e.v. Hij zou zijn ideeën in een tweetal wetsontwerpen uitwerken.

35 Over de juridische gevolgen van de staking A. van Oven, nr. 55. Zie ook G. Hekkelman, nr. 68, passim. Zijn opponent N.E.H. van Esveld wees erop dat naast de collectieve vaststelling van de arbeidsvoorwaarden de arbeider een persoonlijke verantwoordelijkheid houdt. Hij signaleerde al de spanningsverhouding tussen art. 6 lid 4 ESH en het Panhonlibco-arrest. Over het collectieve moment in de arbeidsovereenkomst ook par. 2.

36 Hekkelman, nr. 68, p. 8 [2]; Van Esveld, nr. 68, p. 22 e.v. [17 e.v.]. Het wetsontwerp-stakingsrecht, dat uiteindelijk kwam, werd besproken door W.J. Slagter, nr. 73.

37 Verslag B.S. Frenkel in SMA, nr. 100, p. 329 e.v.

Over deze gedachte zijn de leden van de VvA in 1991 verder voorgelicht. Van Voorden bespeurde in de sociaal-politieke ontwikkelingen geen enkele steun voor een stijgend gebruik van de derdeninterventie en voor een wettelijke regeling ervan. Jacobs stond wat positiever tegenover de mogelijkheden van (verplichte) arbitrage of bemiddeling, eventueel met het gevolg dat een stakingsoproep door de rechter tijdelijk onrechtmatig zou worden verklaard. Hij bleef echter de staking zien als de hoeksteen van 'ons' systeem van vrije collectieve arbeidsbetrekkingen, daarbij gesteund door de Hoge Raad die in het NS-arrest van 30 mei 1986 (NJ 1986, 688) vanuit het perspectief van art. 6 ESH het stakingsrecht als grondrecht beschouwde.[38]

De VvA is het schouwtoneel geweest van de ontwikkelingsgang van de werkstaking. Zij signaleerde in haar boezem enerzijds een slingerbeweging: van een toenemende erkenning van het 'recht' op staking voor de Tweede Wereldoorlog tot een zwakke positie in de jaren zestig, van een erkend stakingsrecht in de jaren zeventig tot een gerelativeerd recht vanwege andere vormen van conflictbeslechting in de jaren negentig. Anderzijds was zij er getuige van dat het stakingsrecht via de omweg van het ESH evolueerde van 'recht' tot een geclausuleerd grondrecht.[39]

5 Medezeggenschap

Een thema waaraan de VvA vaak aandacht heeft besteed, betreft de medezeggenschap van werknemers, een onderwerp dat tot op heden bij voortduring ook op de Haagse politieke agenda heeft geprijkt. Opmerkelijk daarbij is dat de preadviseurs en inleiders veel meer terugblikten op tot stand gebrachte regelgeving van onze nationale wetgever, dan dat hun betogen erop gericht waren dit besluitvormingsproces te beïnvloeden. Een uitzondering daarop vormden de eerste twee keren dat het thema 'medezeggenschap' door de Vereniging aan de orde werd gesteld. In het licht van te verwachten wetgeving op dit gebied riepen Fagel[40] en Mannoury[41] de wetgever op tot een zo spoedig mogelijke wettelijke regeling van de ondernemingsraden, los van die betreffende de PBO of eventuele wijzigingen in het vennootschapsrecht. Eerst bijna vijfentwintig jaar later keerde het thema weer terug in de vorm van een drietal lezingen, die vermoedelijk handelden over de wijze waarop de WOR 1971 in het bedrijfsleven functioneerde.[42] Rondom en vanaf de wijziging van de WOR in 1979 is het medezeggenschapsvraagstuk vijfmaal tijdens een vergadering besproken, eenmaal in de vorm van een lezing[43] en viermaal op basis van een preadvies. Van deze vier preadviezen hadden er drie betrekking op de medezeggenschap in de marktsector en één op medezeggenschap bij de overheid.

---

38 W. van Voorden-A.T.J.M. Jacobs, nr. 137, p. 658 e.v. resp. p. 665 e.v.

39 Zie voor een overzicht van de stand van zaken: L. Tilstra, Grenzen aan het stakingsrecht, Deventer 1994, in plaats van andere literatuur.

40 H.L. Fagel, nr. 7.

41 Mannoury, nr. 11.

42 Schotvanger in 1973, nr. 84; Albers in 1974, nr. 87.

43 B.S. Frenkel in 1980, nr. 107.

Van de drie geschriften betrekking hebbend op het bedrijfsleven kan van een tweetal zonder meer worden gezegd dat zij onderwerpen aan de orde stelden die ook thans nog een hoge aktualiteitswaarde bevatten.[44] De Bijll Nachenius ging in op een aantal juridische vraagstukken met betrekking tot het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (art. 27 WOR) en dan met name toegespitst op de door de ondernemer in de praktijk ondervonden problematische relatie tot het adviesrecht van art. 25 WOR.[45] De Leede schreef in 1989 over de complexe verhouding tussen de vakbond en de ondernemingsraad inzake de totstandkoming van collectieve arbeidsvoorwaarden en vergeleek op dit punt de Nederlandse met de (West-)Duitse situatie.[46] Het preadvies van Wachter lijkt, gelet op de titel, ook thans nog steeds van belang te zijn vanwege de Europese ontwikkelingen op het terrein van het medezeggenschapsrecht.[47] Raadpleging van het preadvies zelf leert echter dat slechts vijf van het ruim 150 pagina's tellend geschrift over Europese aspecten van de medezeggenschap gaat.

Wat opvalt is dat genoemde preadviseurs elk vanuit een specifieke, elkaar nagenoeg uitsluitende, optiek het verschijnsel 'medezeggenschap' analyseerden en becommentarieerden. Wachter was het meest geprononceerd: hij schroomde niet stellige standpunten in te nemen en schonk daarbij nauwelijks aandacht aan de vraag of zij sociaal-politiek te verwezenlijken zouden zijn. Zo stelde hij voor, vakbondsbestuurders als adviseur in de OR op te nemen of - meer algemeen - de oprichting van joint ventures tussen vakbonden en OR-en. Ook bepleitte hij dat de Raad van Commissarissen door werknemers en aandeelhouders zou moeten worden samengesteld (beiden zouden 1/3 van het aantal kiezen), terwijl de op deze basis gekozen commissarissen de overige leden mochten aanwijzen.[48] De Bijll Nachenius daarentegen redeneerde en schreef meer vanuit het ondernemersbelang. Hij betoogde dat het door hem als gekunsteld beschouwde onderscheid tussen het adviesrecht van art. 25 WOR en het instemmingsrecht van art. 27 WOR een onnodig vertragende factor vormde in het besluitvormingsproces van de ondernemer. Vaak immers zal deze eerst een adviesaanvraag bij de OR indienen om daarna, wanneer een positief advies is verstrekt, met betrekking tot de uitvoering van het besluit instemming aan de OR ex art. 27 WOR te vragen ten aanzien van de aldaar genoemde onderwerpen. De auteur stelde daarom voor met betrekking tot zowel de art. 25 WOR- als de art. 27 WOR-onderwerpen, de OR adviesrecht te verschaffen. Zodoende zouden complexe besluiten in één keer ter advies aan de OR kunnen worden voorgelegd.[49] De Leede tenslotte was de bedachtzame wetenschapper die na een zorgvuldig onderzoek van de verhouding tussen vakbond en OR op het vlak van de arbeidsvoorwaarden weliswaar op enkele geschilpunten

---

44 Dat kan inmiddels niet meer worden gezegd van het preadvies van J.H. Sikkes, nr. 125, nu de WOR inmiddels bij grote delen van de overheid is ingevoerd.

45 H.J. de Bijll Nachenius, nr. 116.

46 L.J.M. de Leede, nr. 134. Eerder werd een dergelijke exercitie ondernomen door F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, Deventer 1987, p. 63 e.v. en later door P.F. van der Heijden, De ondernemingsovereenkomst, NJB 1994, p. 765 e.v.

47 B. Wachter, nr. 101.

48 Wachter, nr. 101, p. 48, 74 en 112.

49 De Bijll Nachenius, nr. 116, p. 59 e.v.

wees in de Nederlandse en Duitse situatie, maar zijn analyse een te verkennend karakter vond dragen om aanbevelingen te doen.[50]

De preadviezen van Wachter, De Bijll Nachenius en De Leede geven fraai uiting aan de sociaal-politieke gevoeligheid van het onderwerp 'medezeggenschap'. De verdeeldheid in benadering en gewenste wijzigingen is, als gevolg daarvan, groot. De bestudering van de meest recente SER-adviezen op dit terrein,[51] in combinatie met diverse bijdragen uit deze bundel, maken duidelijk dat op macro-niveau de toestand niet veel anders was en is.

6 Internationale en Europese aspecten van arbeidsrecht

Gedurende het vijftigjarig bestaan van de VvA zijn onderwerpen op het terrein van het internationale en Europese arbeidsrecht uiteraard ook op gezette tijden aan bod gekomen. Opvallend is dat de Vereniging in dit verband veel aandacht heeft laten uitgaan naar internationale normen welke betrekking hebben op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen; in de volgende paragraaf komen wij daarop terug. Van de overige publikaties is er één waarvoor specifiek de aandacht moet worden gevraagd: het preadvies van Jacobs.[52] Dat aan de overige gepubliceerde lezingen en preadviezen wordt voorbijgegaan heeft met name te maken met de aard en uitwerking van het onderwerp waarover de auteur geacht werd te spreken: inleidend, weinig opiniërend en met een sterke institutionele inslag.[53]

Het preadvies van Jacobs, handelend over de rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht, is om een drietal redenen van bijzonder belang. In de eerste plaats vanwege Jacobs' interpretatie van de term 'rechtstreekse werking'. Hij betoogde dat DE rechtstreekse werking niet bestaat. Er zijn, aldus Jacobs, gradaties van rechtstreekse werking; de mate nu waarin een internationale norm rechtstreeks werkt is niet slechts afhankelijk van de aard, strekking en bewoordingen van de norm maar ook de rechtstoestand (de concrete situatie) waarop de norm wordt 'losgelaten'. Deze benadering geeft al aan dat Jacobs uitging van een ruime interpretatie van 'rechtstreekse werking'; hij verstond daaronder alle gevallen waarin internationale normen daadwerkelijk effect sorteren, waarin zij van gewicht zijn voor de rechtsvinding.[54] In de tweede plaats omdat het preadvies een uitgebreide opsomming en behandeling verschaft van de belangrijkste internationale sociaalrechtelijke normen die voor ons land van betekenis waren en zijn (tot 1985). Een uitgebreid notenapparaat maakt het preadvies tot een waardevol naslagwerk. In de derde plaats vanwege de aanbevelingen die Jacobs deed. Hij bepleitte onder meer een minimalisering

50 De Leede, nr. 134, p. 64 e.v.

51 Zie het SER-advies 'Knelpunten Wet op de Ondernemingsraden', Den Haag 1992 (SER 92/07) en 'Het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad', Den Haag 1994 (SER 94/06).

52 A.T.J.M. Jacobs, nr. 122.

53 Zie Serrarens, nr. 26; Borst, nr. 69; Raetsen en Van der Ven, nr. 102; Blanpain, nr. 105. A.M. Donner hield twee lezingen voor de Vereniging (nrs. 48 en 91) die niet werden gepubliceerd.

54 Jacobs, nr. 122, p. 18-20.

van de bedoeling van de verdragssluitende partijen, een afzwering van het onderscheid klassieke/sociale grondrechten met betrekking tot de vraag of een internationale norm rechtstreekse werking heeft, de idee van een glijdende schaal van intensiteit van rechtstreekse werking en een normcomplexgewijze benadering van internationale sociaalrechtelijke normen. Niet per verdrag moet worden beoordeeld of zo'n norm rechtstreekse werking heeft, maar alle normen met eenzelfde strekking, ongeacht het verdrag waarin zij zijn opgenomen, dienen daartoe in totaliteit te worden bezien. Jacobs realiseerde zich maar al te goed wat hem uiteindelijk voor ogen stond: 'De ultieme logica van mijn redenering is, dat de vraag naar de rechtstreekse werking niet meer door nieuwe toverformules wordt vervangen, maar als 'voorvraag' helemaal komt te vervallen.'[55] De rechter zou dan moeten beoordelen of hij op grond van een internationale sociaalrechtelijke norm wel of niet dient in te grijpen.

7 De gelijke behandeling van man en vrouw in het arbeidsrecht

Het streven naar een gelijke rechtspositie van man en vrouw op het gebied van het arbeidsrecht en het sociale-zekerheidsrecht kreeg een geweldige stimulans door de werking van het Europese gemeenschapsrecht in onze nationale rechtsorde. Aan I.P. Asscher-Vonk komt de verdienste toe voor de VvA de uitgangssituatie voorbeeldig in kaart te hebben gebracht. Zij liet in 1977 zien, dat directe discriminatie, het maken van onderscheid naar sekse, bij wijze van uitzondering nog voorkwam in het BBA en de WWV. Indirecte discriminatie, het maken van onderscheid naar effect gelet op de maatschappelijke positie van de vrouw, bijvoorbeeld door het gebruik van het kostwinnersprincipe, werd daarentegen veelvuldig aangetroffen. Asscher-Vonk beschouwde de Wet Gelijk Loon voor mannen en vrouwen (WGL) van 1975 als een mijlpaal op weg naar gelijkberechtiging. Eén zwaluw maakte uiteraard nog geen zomer. De rechtspositie van de vrouw kende bij lange na niet een even hoog peil van gelijkheid als die van de man.[56]

Europese regelgeving beoogde aan deze ongelijke behandeling van man en vrouw in gelijke of vergelijkbare gevallen een einde te maken. Een cruciale rol is weggelegd voor art. 119 EG-verdrag, dat het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke arbeiders bij gelijke arbeid vastlegt. Het Hof van Justitie heeft aan deze bepaling rechtstreekse werking toegekend, wat volgens Govers in zijn VvA-geschrift gevolgen zou kunnen hebben omdat de toen geldende WGL een minder ruime strekking kende dan art. 119.[57]

Ter uitvoering van art. 119 EG-verdrag is een drietal richtlijnen tot stand gekomen: Richtlijn 75/117 van 10 februari 1975 betreffende gelijke beloning, Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 betreffende de gelijke behandeling van man en vrouw ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding, de arbeidsvoorwaarden, etc. en Richtlijn 79/7 van 19 december 1978 betreffende de gelijke behandeling van

55 Jacobs, nr. 122, p. 59.
56 I.P. Asscher-Vonk, nr. 97, p. 387 e.v. Zie reeds H. Verwey-Jonker, nr. 70.
57 A.W. Govers, nr. 110, p. 33 e.v.; A.E. Bosscher, nr. 110, p. 121 e.v.

man en vrouw op het gebied van de sociale-zekerheid. De richtlijn uit 1976 is door de Nederlandse wetgever uitgewerkt in de Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen (WGB) uit 1980 die grotendeels in het toenmalige art. 1637ij BW haar weerslag heeft gevonden. Govers constateerde dat de WGB enkele lacunes bevatte ten opzichte van de Richtlijn. Hij pleitte bovendien voor de opheffing van niet gefundeerde beschermende maatregelen voor vrouwen (zoals het verbod van nachtarbeid).[58] De WGB is - deels in overeenstemming met de kritiek die binnen de VvA is geuit - ingrijpend gewijzigd bij wet van 27 april 1989. Hetzelfde geldt eo ipso voor art. (7A:) 1637ij BW. De WGL werd afgeschaft.

De Richtlijn sociale zekerheid heeft Nederland de nodige problemen bezorgd. Volgens de AOW had een gehuwde vrouw - behoudens een aantal uitzonderingen - geen aanspraak op een AOW-pensioen. Het premieplichtige inkomen van de gehuwde vrouw werd toegerekend aan dat van haar man en zij had - indien zij door de inhouding van de AOW-premie te veel geld had betaald - geen recht op restitutie van het te veel betaalde.[59] De Nederlandse wetgever had tot 1984 de tijd de nationale regelgeving aan te passen. Hij faalde. Deze niet tijdige omzetting in nationaal recht leidde ertoe dat door de Europese rechter aan de Richtlijn sociale zekerheid rechtstreekse werking werd toegekend.[60]

Tot versterking van het streven naar gelijkberechtiging werd op 1 sept. 1994 de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) van kracht. De rechtspositie van de vrouw benadert steeds meer die van de man. De VvA heeft aan de verwezenlijking van dit ideaal de noodzakelijke aandacht gegeven. Het arbeidsrecht is tenslotte een van de belangrijkste instrumenten tot emancipatie van de (gehuwde) vrouw.[61]

8 Afronding

Zoals wij in par. 1 reeds opmerkten, kan aan de selectie van thema's die in de parr. 2 t/m 7 de revue passeerden, een zekere willekeur niet worden ontzegd. In dit licht is desondanks opvallend dat twee in het sociaal recht belangrijke deelgebieden niet door ons zijn behandeld, namelijk het sociale-zekerheidsrecht en het cao/avv-recht, thema's die in de onderhavige bundel overigens wel ruim aan bod komen. De reden dat het sociale-zekerheidsrecht niet door ons is belicht heeft te maken met het al aangestipte feit, dat dit rechtsgebied de laatste 25 jaar van het bestaan van de VvA slechts weinig aandacht kreeg en dan ook nog die onderwerpen centraal stonden die onderling weinig samenhang vertoonden.[62] Hetzelfde kan in feite worden betoogd ten aanzien van het cao/avv-recht, hoewel wij terstond willen wijzen op het belangrijke congres dat de VvA in samenwerking met de Vereniging voor het Onderzoek van

58 Govers, nr. 110, p. 52 e.v., p. 61; ook Bosscher, nr. 110, p. 140.

59 B. Madlener, nr. 119, p. 16 en 35.

60 Zie ook Jacobs, nr. 122, passim.

61 Zie M. Monster, nr. 136.

62 Zie Veldkamp, nr. 86; Kruse, nr. 89; Van der Velden, nr. 98; Riphagen, nr. 121; Van Dongen, nr. 132; Verheul, nr. 151.

Arbeidsverhoudingen en de (toenmalige) Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden in oktober 1987 heeft georganiseerd naar aanleiding van het 60-jarige bestaan van de Wet CAO.[63] De aandacht voor dit rechtsgebied is echter verspreid en betrekkelijk incidenteel.[64] Wellicht zou de VvA deze deelgebieden van het sociaal recht in de toekomst meer voor het voetlicht kunnen brengen.

De keuze van de onderwerpen, die op de vergaderingen van de VvA worden besproken, is vaak ingegeven geweest door de aktualiteit. Toch heeft menig preadviseur geprobeerd de waan van de dag te overstijgen. De oprichters van de Vereniging kenden een idealistische instelling: het leveren van een bijdrage aan een *beter* arbeidsrecht. In vele bijdragen komt - bewust of onbewust - dit streven terug. De wetenschappelijke verantwoording werd vaak vergezeld door de oprechte zorg voor een rechtvaardig arbeidsrecht. In zoverre heeft de VvA haar doelstelling helemaal waargemaakt. De VvA kan daarom rekenen op onze oprechte bewondering voor de vele activiteiten die zij in haar 50-jarige bestaan heeft ontplooid en de fundamentele bijdrage welke zij via (gepubliceerde) lezingen en preadviezen aan de ontwikkeling van het sociaal recht heeft geleverd.[65]

63 De inleidingen zijn gepubliceerd in het SMA-themanummer van november 1987.

64 Zie Hut, nr. 88; Zalm en Fase, nr. 140; Pont, nr. 143; Rigaux/Van Peijpe, nr. 146.

65 Bijlage II bevat een overzicht van de voorzitters en secretarissen van de VvA vanaf 1970 en een vermelding van de ereleden.

Bijlage 1

Overzicht activiteiten Vereniging voor Arbeidsrecht*

1 *Ontslagrecht*, W.F. de Gaay Fortman (25-05-1946), SM 1946, p. 53
2 *Rechtvaardig arbeidsloon*, F.J.H.M. van der Ven (14-12-1946), SM 1947, p. 25
3 *De juridische zijde van het Mijnstatuut*, E.H. Bisschop Boele (08-02-1947)
4 *Iets over de Duitse bedoelingen in 1940/41 inzake onze sociale wetgeving*, A.L. Scholtens (19-04-1947), SM 1947, p. 125
5 *Eenheid in de sociale verzekering*, A.N. Molenaar (20-09-1947)
6 *Plannen tot bedrijfsorganisatie*, B.C. Slotemaker (08-11-1947)
7 *Ondernemingsraden*, H.L. Fagel (21-02-1948), SM 1949, p. 12
8 *De wettelijke regeling op de bedrijfspensioenfondsen*, J. van Bruggen (22-05-1948), SM 1949, p. 2
9 *Enkele juridisch-technische vraagstukken van het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten nr. 881*, M.G. Levenbach (11-12-1948)
10 *Bedrijfsrechtspraak, in het bijzonder in verband met de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties*, P. Borst (10-03-1949)
11 *De herziening van het vennootschapsrecht met het oog op de medezeggenschap*, J. Mannoury (14-05-1949), SM 1950, p. 34
12 *Past het in de sociale evolutie van deze tijd om van overheidswege maatregelen te treffen tot regulering van het stakingsrecht?*, A.W. Quint en H.B.J. Waslander (10-12-1949), SM 1950, p. 66 en 78
13 *Arbeidsverhoudingen in de Verenigde Staten van Noord-Amerika*, D.W. Ormel (11-03-1950), SM 1951, p. 2
14 *De rechtspraak in Arbeidszaken*, diverse sprekers (29-04-1950), themanummer SM 1951, p. 305
15 *Verleden, heden en toekomst van het werk der Arbeidsinspectie*, Z.Th. Fetter (25-11-1950), SM 1951, p. 132, 154 en 202
16 *De huidige ontwikkeling van de pensioenverzekering in Zweden en Frankrijk*, J. van Bruggen (31-01-1951), A 1951, p. 97
17 *Het rechtskarakter der bedrijfsvereniging*, W.J. Keuskamp (17-03-1951), SM 1951, p. 228
18 *De invloed van de overheid op de loonvorming in de laatste halve eeuw*, J.A. Berger (23-06-1951)
19 *De ontwikkeling van het arbeidsrecht in de laatste 25 jaren*, W.F. de Gaay Fortman, W.C.L. van der Grinten, N.E.H. van Esveld (15-12-1951), SM 1952, p. 98, 122 en 173

---

* Vindplaatsen met betrekking tot gepubliceerde lezingen zijn vermeld voor zover men deze aantreft in A (Arbeid), SM (Sociaal Maandblad) en SMA (Sociaal Maandblad Arbeid). Voorts is verwezen naar de publikatiereeks van de VvA, aangegeven met 'Geschriften'.

20 *De pensioenverzekering in Zweden*, Kjeld Philip (20-02-1952)
21 *Problemen rondom het organisatorisch overleg (collective bargaining) in Amerika*, J.C. Rutgers (29-03-1952), SM 1952, p. 132 en 146
22 *Delegatie in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen*, M.G. Levenbach (07-06-1952), SM 1951, p. 281
23 *Excursie* mijnen in Limburg, (07/08-11-1952)
24 *Artikel 1638d B.W.*, De verplichting van de werkgever tot doorbetaling van loon bij niet-werken, in verband met de sociale verzekeringswetten (in het bijzonder de Werkeloosheidswet), A.J. Haakman (28-03-1953), SM 1953, p. 122 en 146
25 *De bedrijfsvereniging der Werkeloosheidswet en der Organisatiewet Sociale Verzekering*, W.G. Vegting (30-05-1953), SM 1953, p. 202
26 *Iets over de ontwikkeling van het internationale arbeidsrecht in Genève, Straatsburg en Luxemburg*, P.J.S. Serrarens (26-09-1953), SM 1953, p. 249
27 *Iets uit de praktijk van de voorbereiding der publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie*, S.H. Visser (14-11-1953)
28 *De nieuwe regeling van de organisatie en procedure van de centrale raad en de raden van beroep* (Beroepswet, ontwerp nr. 3349), A.M.E. te Winkel (13-03-1954), SMA 1954, p. 178
29 *Wat kan de geschoolde arbeider van zijn loon doen?*, C.W. Willinge Prins-Visser (12-06-1954)
30 *Het medisch beroepsgeheim en de sociale verzekering*, H.B.J. Waslander en W.E. Steur (13-11-1954), SMA 1955, p. 197 en 265
31 *Een Ontwerp-Tractaat tussen landen van de Kolen- en Staalgemeenschap over de sociale verzekering*, B.A. van Schaik (26-02-1955)
32 *Excursie* Rotterdam, (18-06-1955)
Uitlenen van arbeidskrachten, W. Brak en *De wettelijke aansprakelijkheid voor de uitgeleende arbeider*, E.J. Offerhaus, SMA 1955, p. 413 en 481
33 *Het ontwerp van de Wet op de Algemene Ouderdomsverzekering*, J.J.A. Berger (22-10-1955)
34 *Het arbeidsrecht en de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid*, J.G. Suurhoff (21-04-1956)
35 *Excursie* Groningse landbouw (15/16-06-1956)
36 *Sociale zekerheid en de persoonlijke verantwoordelijkheid*, A.C. Drogendijk, J. Mannoury (19-11-1956), teksten in afzonderlijke preadviezen
37 *Problemen van het Ziekenfondswezen*, J. de Wit en J. Ponsioen (25-05-1957), SMA 1957, p. 607 en 654
38 *Rechtspraak in Arbeidszaken*, Th.F. Raedt (26-10-1957), (15-02 en 15-03-1958), preadvies en verslag vergaderingen verspreid opgenomen in SMA 1958
39 *Rechtssociologische aantekeningen bij de Arbeidswet 1919*, J.J.M. van der Ven (31-05-1958), SMA 1958, p. 626 en SMA 1959, p. 125
40 *Arbeidsbemiddeling en werkeloosheidsverzekering*, W.C. van Zwieten (25-10-1958), SMA 1958, p. 604

41 *Verleden, heden en toekomst van de wet op de arbeidsovereenkomst*, M.G. Levenbach (31-01-1959), SMA 1959, p. 5
42 *De macht van het getal in de bedrijfsorganisatie (De vereiste representativiteit voor de toelating van vakverenigingen bij de vervulling van publiekrechtelijke taken)*, P. Zonderland (23-05-1959)
43 *Behoort de werkstaking in de Nederlandse rechtsorde praktisch mogelijk te zijn?*, I. Samkalden (24-10-1959), SMA 1959, p. 695
44 *De status der ambtenaren*, H.J.M. Jeukens en J. Mannoury (19-03-1960), SMA 1960, p. 234 en 243
45 *Publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie in de typografie*, F.F.M. Stolwijk (25-06-1960), SMA 1960, p. 483
46 *Die Entwicklungstendenzen des deutschen Arbeitsrechts seit 1945*, G. Bold (26-11-1960), SMA 1961, p. 163
47 *Arbeidsinspectie/De mens in zijn werksituatie*, P.A. Valentgoed (8-03-96)
48 *Taak en arbeid van het Hof van Justitie*, A.M. Donner (10-06-1961)
49 *De National Health Service in England*, P. Muntendam (11-11-1961), SMA 1962, p. 38 en 105
50 *Invaliditeitswet, Ongevallenwet en Ziektewet op de helling*, K.J. Folkerts (17-03-1962), SMA 1962, p. 463 en 768
51 *Het rechtskarakter van de leerovereenkomst*, A.J. Haakman (26-05-1962), SMA 1962, p. 535, 632 en 676
52 *De Katholieke Kerk en het sociale vraagstuk in onze tijd. Enige beschouwingen naar aanleiding van de encycliek Mater et Magistra*, P.A.J.M. Steenkamp (10-11-1962), SMA 1963, p. 159
53 *De juridische structuur van de onderneming*, J. Valkhoff (23-02-1963), SMA 1963, p. 305
54 *De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever en tegenover derden*, H.L. Bakels (11-05-1963)
55 *Juridische beschouwingen omtrent de werkstaking*, A. van Oven (22-06-1963)
56 *De Wet Beroep Administratieve Beschikkingen en het arbeidsrecht*, H.D. van Wijk (26-10-1963), SMA 1964, p. 171
57 *Het ontwerp van wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering*, H.B.J. Waslander (25-01-1964), SMA 1964, 242
58 *Wettelijke regeling van vakantie met behoud van loon*, A.C.W. Beerman (18-04-1964), SMA 1964, p. 564
59 *English and Continental Labour Law-Differences in approach*, O. Kahn-Freund (06-06-1964)
60 *De ontwerp-Werkloosheidsvoorziening*, A.H. Heering (31-10-1964), SMA 1965, p. 88
61 *Ziekenfondswet, volksgezondheid en sociale zekerheid*, P. Muntendam (13-02-1965), SMA 1965, p. 300
62 *De vormgeving in de ontwikkeling van het sociale verzekeringsrecht*, G.M.J. Veldkamp (10-04-1965), SMA 1965, p. 362

63 *Arbeidsrecht als rechtsverschijnsel. Spookbeeld-parasiet-amfibie-pionier-arrivé-en dan?*, J.J.M. van der Ven (22-05-1965)
64 *Vermogensaanwasdeling*, W. Hessel (20-11-1965)
65 *Herziening van het ondernemingsrecht*, P.J. Verdam (26-02-1966)
66 *Mensen en arbeidsrecht*, W.F. de Gaay Fortman (10-09-1966), SMA 1967, p. 145
67 *Algemene Wet Zware Geneeskundige Risico's*, L.L. Marselis (10-06-1967)
68 *Het recht van werkstaking*, N.E.H. van Esveld en G. Hekkelman (20-10-1967), SMA 1968, p. 7 en 16
69 *Het Europees Sociaal Handvest*, P. Borst (19-01-1968), SMA 1968, p. 83
70 *De vrouwenemancipatie, een halfvoltooid proces*, H. Verwey-Jonker (26-04-1968)
71 *Ambtenarenrecht en arbeidsrecht*, P.J. Verdam (25-10-1968)
72 *De lasten van de sociale verzekering in de volkshuishouding*, F. Hartog en *De economie der sociale zekerheid*, G.M.J. Veldkamp (21-02-1969), SMA 1969, p. 169 en 183
73 *Wetsontwerp-stakingsrecht*, W.J. Slagter (06-06-1969)
74 *Vraagtekens bij de normering van het economisch beleid van overheid, bedrijf enz.*, W. Hessel en H.J. Woltjer (14-11-1969)
75 *Sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid*, J. Mannoury en J.G. Rietkerk (13-02-1970)
76 *De verhouding tussen het ontslagrecht van het BW en artikel 6 B.B.A.*, H.L. Bakels (05-06-1970), SMA 1970, p. 429
77 *De toekomstige structuur van de naamloze vennootschap*, F.J.W. Löwensteijn (23-10-1970)
78 *Het werknemersbelang bij fusies*, A.P.M. Houtman (22-01-1971), SMA 1970, p. 156
79 *Jubileum-vergadering* (14-5-71), Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971, met bijdragen van M.G. Levenbach, A.A. van Rhijn, J.J.M. van der Ven, A. Bockwinkel, P. Borst, C. Cohen Tervaert, N.E.H. van Esveld, W.F. de Gaay Fortman, J. Mannoury, E. Meijer, P. Sanders, G.M.J. Veldkamp en F.J.H.M. van der Ven, Alphen a/d Rijn 1971
80 *Pensioenproblematiek voor werknemers*, L. de Graaf (12-11-71), SMA 1972, p. 119
81 *Omvorming werknemersstatus in leerlingenstatus van de werkende jongeren*, H. Groeneveld en C.N.F. Swarttouw (10-3-72)
82 *De inwerking van publiek recht en dwingend privaatrecht op de arbeidsovereenkomst*, W.C.L. van der Grinten (26-5-72), SMA 1972, p. 618 e.v.
83 *Excursie* Shell, Pernis (20-10-72)
84 *Medezeggenschapsaspecten van een internationale 'fusie'*, H.J. Schotvanger (22-2-73)
85 *Arbeidsverhoudingen in de beroepsvoetbalsport*, J.J.M. Kaulingfreks (17-5-73), SMA 1973, p. 734

86 *De organisatie van de sociale verzekeringen*, G.M.J. Veldkamp (26-10-73), SMA 1974, p. 234
87 *De verantwoordelijkheid van de gekozen werknemers van de ondernemingsraad tegenover de kiezers en de vakorganisaties*, J.W.P. Albers (7-3-74)
88 *Excursie* KLM (8-5-74)
89 *Het begrip 'passende arbeid' in verband met sociale verzekering en arbeidsbemiddeling*, F.H.A.M. Kruse (30-10-74)
90 *Excursie* Hoogovens (16-4-75)
91 *De prejudiciële beslissingen van het Hof van Justitie van de EG in het arbeidsrecht*, A.M. Donner (24-10-75)
92 *Bespreking* van: rapporten van de Werkgroep ter bestudering van het ontwerp NBW boek 7 (20-11-75)
93 *De vernieuwing van de Arbeidswet 1919 en de Veiligheidswet 1934*, H.F. Beenhakker (20-5-76), SMA 1976, p. 444 e.v.
94 *Excursie* Philips (14-10-76)
95 *De organisatie van de rechtspraak op het gebied van het arbeidsrecht*, A. Blom (18-11-76), SMA 1977, p. 238 e.v.
96 *Enkele nieuwe aspecten van de arbeidsovereenkomst*, A. Bockwinkel (17-2-77)
97 *Gelijke rechtspositie van man en vrouw in het arbeidsrecht*, I.P. Asscher-Vonk (28-4-77), SMA 1977, p. 387 e.v.
98 *Enige kanttekeingen bij het vraagstuk wie werknemer zijn in de zin van de sociale verzekeringen*, P.A.L.M. van der Velden (10-11-77), SMA 1978, p. 173 e.v.
99 *Excursie* Kluwer (20-1-78)
100 *Stakingsrecht*, J.C.M. Leijten en M.G. Rood (9-3-78), Verslag prof. mr B.S. Frenkel, in: SMA 1978, p. 329 e.v.
101 *Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband*, B. Wachter (16-11-78), Geschriften 3
102 *De IAO 1919-1979; opmerkingen over toen en nu*, M.J.E.H. Raetsen en J.J.M. van der Ven (25-1-79), Geschriften 1
103 *Excursie* havenbedrijf Rotterdam (22-3-79)
104 *Werkgelegenheid: recht of beleid?*, M.C. Burkens; *Werkloosheid en economische orde*, W. Driehuis; *Werkgelegenheid en Grondwet, recht op arbeid en werkgelegenheid*, J. van den Doel (22-9-79), Geschriften 2
105 *Richtlijnen voor multinationale ondernemingen, De Oeso-verklaring van 21 juni 1976*, R. Blanpain (7-2-80), Geschriften 4
106 *Excursie* Detam (18-4-80)
107 *Rechtspositie werknemers met taak bij belangenbehartiging van werknemers*, B.S. Frenkel (28-11-80)
108 *Rechten van werknemers bij faillissement*, L.H. van den Heuvel (24-4-81), Geschriften 5
109 *Excursie* Antwerpen, UIA en Arbeidshof (7-5-81)
110 *Gelijkheid van man en vrouw in het Europees sociaal recht*, A.W. Govers en A.E. Bosscher (27-11-81), Geschriften 6

111 *Economisch recht, sociaal recht en economische orde*, P. VerLoren van Themaat (5-2-82), Geschriften 7
112 *Excursie* Sociale Verzekeringsraad (14-5-82)
113 *De entrée op de arbeidsmarkt*, A.Ph.C.M. Jaspers (11-11-82)
114 *De Wet arbeid gehandicapte werknemers*, G. Doets en P.F. van Loo (14-4-83)
115 *Excursie* Nationale Nederlanden Rotterdam (1-6-83)
116 *Art. 27 WOR. Enige kritische kanttekeningen*, H.J. de Bijll Nachenius (24-11-83), Geschriften 8
117 *Excursie* Bols Nederland (5-4-84)
118 *De deregulering van het ontslagrecht, mede in verband met de BBA-procedure*, R.J. Kooy en J.A. van Waarden (7-6-84), SMA 1984, p. 785 e.v.
119 *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel*, B. Madlener (29-11-84), Geschriften 9
120 *Excursie* Districtskantoor GAK (22-05-1985)
121 *De integratie van WW en WWV*, J. Riphagen (30-08-1985)
122 *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, A.T.J.M. Jacobs (28-11-1985), Geschriften 10
123 *Excursie* KLM (14-03-1986)
124 *Sturing door de overheid op het terrein van de loon- en salarisvorming*, W.J.P.M. Fase (26-10-1986)
125 *Medezeggenschap in overheidsdienst*, J.H. Sikkes (27-11-1986), Geschriften 11
126 *Excursie* Daf Trucks (22-04-1987)
127 *Jubileumcongres 60 jaar CAO*, in samenwerking met de Nederlandse Vereniging voor het Onderzoek van Arbeidsverhoudingen en de Dienst Collectieve Arbeidsvoorwaarden (22-10-1987), SMA 1987/11
128 *Het ontslagrecht op de snijtafel*, P.F. van der Heijden (03-12-1987), Geschriften 12
129 *Excursie* NedLloyd (15-06-1988)
130 *Studiedag Herziening van het ontslagrecht*, in samenwerking met de Interuniversitaire Onderzoeksgroep Arbeid en Recht UvA/VU Amsterdam (31-10-1988), Geschriften 14
131 *Flexibele arbeidsrelaties*, M.G. Rood en M.J. van der Ven; (14-12-1988), Geschriften 13
132 *De verzekerdenadministratie*, G.H. van Dongen (02-03-1989)
133 *Excursie* Postbank NV (24-05-1989)
134 *De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden*, L.J.M. de Leede (23-11-1989), Geschriften 15
134a *Commentaar op SER-advies 88/12*, Werkgroep Herziening Ontslagrecht o.l.v. P.F. van der Heijden, Geschriften 16
135 *Excursie* Federatie Nederlandse Vakbeweging (11-07-1990)
136 *Arbeidsrecht als instrument tot emancipatie*, M. Monster (27-09-1990)

137 *Conflictbeheersing door interventie*, A.T.J.M. Jacobs, W. van Voorden, J.C. Blankert en J. Schuller, in samenwerking met de Nederlandse Vereniging voor het onderzoek van arbeidsverhoudingen (22-03-1991)
138 *VUT en flexibele pensionering*, J. Schootstra en J.E. Peper, in samenwerking met de Vereniging voor Pensioenrecht (05-06-1991)
139 *Excursie* Arbeidsvoorzieningsorganisatie (13-11-1991)
140 *Betekenis en toekomst van de algemeen-verbindendverklaring*, G. Zalm en W.J.P.M. Fase (13-03-1992)
141 *Olympische topsportbeoefening: vrijwillig of in dienstbetrekking?*, H.T. van Staveren (15-05-1992)
142 *Excursie* Akzo Nederland BV (11-09-1992)
143 *De ontwikkeling naar cao-recht in de ambtenarenwereld*, H.A.P.M. Pont (12-11-1992)
144 *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, G.J.J. Heerma van Voss (22-04-1993), Geschriften 17
145 *Arbeidsovereenkomst en het algemeen vermogensrecht*, Werkgroep Herziening Ontslagrecht o.l.v. P.F. van der Heijden (17-06-1993), Geschriften 18
146 *Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht*, M. Rigaux en T. van Peijpe (4-10-1993), Geschriften 20
147 *Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.* H.G. de Gier en A.J.C.M. Geers (dec. 1993 en febr. 1994), Geschriften 19
148 *Het naar elkaar toegroeien van het arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*, G. van Dalen en P. Schaap (11-3-94)
149 *Excursie* Nederlandse Spoorwegen (27-05-1994)
150 *Bevordering van arbeidsparticipatie*, S. Klosse (14-10-1994), Geschriften 22
151 *Sanctiebegrip en sanctiesamenloop in de sociale zekerheid*, J.M. Verheul (15-12-1994), Geschriften 21
152 *Algemene wet Bestuursrecht*, M. Scheltema en H. Bolt (22-03-1995)
153 *Excursie* IBM (19-05-1995)
154 *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Werkgroep Herziening Ontslagrecht o.l.v. P.F. van der Heijden (21-09-1995), Geschriften 23
155 *WOR bij de overheid*, B. Asscher, R.A.A. Duk, L. Sprengers (08-12-1995)
156 *Tolheffing bij einde dienstverband: concurrentiebeding en opleidingsvergoeding*, F.B.J. Grapperhaus (22-02-1996)
157 *Jubileum: 50 jaar Verening voor Arbeidsrecht* (24-05-1996)

Bijlage 2

Voorzitters VvA vanaf 1970**:

nov. 1970 - 24 okt. 1975	J. Mannoury
24 okt. 1975 - 28 nov. 1980	D.L. Rang
28 nov. 1980 - 28 nov. 1985	P.A.L.M. van der Velden
28 nov. 1985 - 23 nov. 1989	W.M. Levelt-Overmars
23 nov. 1989 - heden	L.H. van den Heuvel

Secretarissen VvA vanaf 1970:

5 juni 1970 - 20 sept. 1979	J.A.Th. Boumans
20 sept. 1979 - 17 juni 1993	E.G.H. Verviers
17 juni 1993 - heden	M.J. Broeckx

Ereleden VvA

1966-1981	M.G. Levenbach
1966-1986	A.A. van Rhijn

** De voorzitters en secretarissen voor 1970 worden vermeld door Levenbach in zijn bijdrage aan Aspecten van Arbeidsrecht.

Uniform arbeidsovereenkomstenrecht?

R.A.A. Duk

1. Alle werknemers zijn ongelijk, maar sommige zijn meer ongelijk dan andere. De keuze voor een - ongelijkheid compenserend - uniform arbeidsovereenkomstenrecht is (daarom) niet vanzelfsprekend, en het is begrijpelijk dat bij de invoering van de huidige wettelijke regeling vanuit het parlement kritiek is geuit op de aanpak in het voorstel van Drucker, waarbij dienstbodes, boerenknechts en directeuren over één kam werden geschoren.[1] In de jaren nadien is die toen zo omstreden keuze echter niet meer werkelijk onderwerp van wetenschappelijk of maatschappelijk debat geweest,[2] en in haar recente oratie kon Asscher-Vonk de algemeenheid van de huidige wettelijke regeling tot min of meer vanzelfsprekend uitgangspunt van haar betoog nemen;[3] de vraag die zij centraal stelde, was veeleer of ondanks die formele algemeenheid sommige groepen 'in de marge' toch niet (veel van) de bescherming ontberen die het arbeidsovereenkomstenrecht beoogt te bieden en normaliter ook biedt. Veel (door Asscher-Vonk behandelde) arbeidsrechtelijke inspanning wordt de laatste jaren gepleegd om die werkers in de marge, zoals uitzendkrachten en oproepkrachten, onder de paraplu van het wettelijk regime te brengen.[4] De algemeenheid van de regeling wordt vergroot door de tendens, in rechtspraak en litteratuur, om betrekkelijk gemakkelijk aan te nemen dat werk 'in dienst' wordt verricht.[5] Jacobs moet zich dan ook hebben gerealiseerd dat hij een knuppel in het hoenderhok van de arbeidsrechtelijke consensus wierp toen hij, ruim een jaar geleden, opperde om de wettelijke regeling van de

---

1 Zie E.M. Meijers, 'De arbeidsovereenkomst' (3de druk, 1924), pp. 10/15 en A.N. Molenaar, 'Arbeidsrecht', Tweede Deel A (1957), pp. 31/32, beide met verwijzingen naar de wetsgeschiedenis.

2 Zie b.v. T. Koopmans, 'De begrippen werkman, arbeider en werknemer' (1962), pp. 78/86.

3 I.P. Asscher-Vonk, 'Eén sociaal recht, vele uitkomsten' (1995).

4 Zie W.C.L. van der Grinten, 'Arbeidsovereenkomstenrecht' (17de druk, 1994), pp. 26/29, met verwijzingen naar (de uitgebreide) rechtspraak en litteratuur.

5 Zie 'Arbeidsovereenkomst' (losbladig), aant. 2 op art. 1637*a* (G.J.J. Heerma van Voss), met een weergave van de verschillende in de litteratuur verdedigde standpunten; zie voor rechtspraak b.v. HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173 en HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757.

arbeidsovereenkomst niet langer toepasselijk te laten zijn op werknemers die 'verstandig en machtig genoeg (zijn) om hun eigen boontjes te doppen'.[6] De bovengrens van de wettelijke bescherming zou in zijn (overigens niet in detail uitgewerkte) visie moeten worden bepaald door (factoren als) de hoogte van het inkomen en het niveau van de genoten opleiding van de werknemer. In een recente reactie op die suggestie heeft Van der Heijden deze als 'wild' afgedaan, en daaraan toegevoegd: 'Een meer inhoudelijk criterium zou dan toch eerder in aanmerking komen, nu het er juist om gaat of sprake is van een persoon die al dan niet in grote zelfstandigheid arbeid verricht'.[7] Dat laatste is nog maar de vraag: ratio van de huidige, in hoofdzaak dwingendrechtelijke regeling is 'ongelijkheidscompensatie', en de door de wetgever veronderstelde ongelijkheid staat los van - en is in elk geval niet recht evenredig aan - de mate waarin bij de uitvoering van de werkzaamheden door de werkgever aanwijzingen en instructies worden gegeven dan wel juist in feitelijke zelfstandigheid wordt gewerkt.

2. De rechtspraak erkent de in feite bestaande verschillen in ongelijkheid, maar niet meer dan mondjesmaat. Zo kan men in de rechtspraak over instemming met ontslag, met enige moeite, een zeker parti pris ontwaren ten faveure van een van de groepen ongelijken bij uitstek, de allochtonen.[8] Juist in een andere richting ging het rechterlijk onderscheid in een geval waarin een onjuistheid in de voor ontslag op staande voet opgegeven dringende reden min of meer werd weggewoven: de werknemer in kwestie was namelijk '(mede-)directeur van een bijkantoor van (een) bank', en van iemand met zo'n (hoge) functie mocht volgens de Hoge Raad 'inzicht' worden verwacht in wat de werkgever in een achteraf bezien niet echt juiste omschrijving van de reden met het ontslag bedoelde te wraken.[9] Bij deze voorbeelden gaat het echter, per definitie, om niet meer dan gerommel in de marge, die vooral wordt gelaten doordat bij de toepassing van de vele min of meer vage en algemene begrippen die het arbeidsrecht kent, nu eenmaal met alle omstandigheden van het geval, inclusief de maatschappelijke positie van partijen, rekening kan worden gehouden. Een wezenlijke doorbreking van de uniformiteit van het arbeidsovereenkomstenrecht valt van de rechter ook niet te verwachten, en terecht niet: de keuze voor differentiatie is immers zo principieel dat deze niet past bij het 'interstitial law-making' dat karakteristiek is voor de begrensde rechtsvorming door de rechter (ook)

---

6 A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', NJB 1994, pp. 1035/1044 (citaat van p. 1041, r.k.).

7 P.F. van der Heijden, 'De gemiste kansen bij de invoering van titel 10 boek 7 BW', in: Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst' (Geschriften VvA no. 23, 1995), pp. 13/17 (citaat van p. 14).

8 Vgl. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 en HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 met HR 12 september 1986, NJ 1987, 257; zie echter ook HR 15 april 1988, NJ 1988, 951.

9 HR 20 november 1987, NJ 1988, 282.

op een gebied als het onderhavige.[10] Daarmee is de in deze bijdrage behandelde vraag naar (de wenselijkheid van) uniformiteit er vooral één (niet van geldend, maar) van wenselijk (arbeidsovereenkomsten-)recht.

3. Nederlandse beoefenaars van het arbeidsrecht hebben er notoir weinig moeite mee zich over het ius constituendum uit te laten.[11] Dat roept de vraag op naar hun specifieke kwalificaties daarvoor: de te maken keuzes zijn immers in belangrijke mate niet zozeer 'juridisch-technisch' als wel (vaak sterk) politiek 'gekleurd'. Bij een vraagpunt als in dit opstel aan de orde zullen die kwalificaties wellicht mede hierin kunnen bestaan dat de door de vakjurist gegeven beoordeling is gebaseerd op diens ervaringen met het praktisch functioneren van de uniformiteit van het arbeidsovereenkomstenrecht. Daarom lijkt op dit gebied de kennis en, vooral, ervaring van de praktijkjurist in beginsel van meer gewicht dan de inbreng van de 'theoretische' juridische wetenschapper. De vraag is immers niet van min of meer rechtstheoretische aard, maar betreft vooral de - al dan niet (te) knellende - uitwerking van de keuze van 1907 voor 'eenheidsworst'. Ook de praktijkjurist past echter terughoudendheid: in het bijzonder de advocaat heeft beroepshalve nu eenmaal vooral van doen met de pathologie van het arbeidsrecht, en dat stelt grenzen aan de mogelijkheden tot verantwoord generaliseren. Het navolgende moet met dat voorbehoud voor ogen worden gelezen.

4. De (dis-)kwalificatie van de suggestie van Jacobs door Van der Heijden lijkt in elk geval in één opzicht in beginsel gerechtvaardigd. Jacobs wil zijn 'elitetroepen' buiten de gelding van de titel over de arbeidsovereenkomst laten vallen, en hun slechts een beroep toekennen op de algemene regels van het verbintenissenrecht.[12] Dat lijkt mij vooral een manier om het kind met het badwater weg te gooien. Weliswaar biedt het algemene verbintenissenrecht een redelijke mate van bescherming, óók bij opzegging van voor onbepaalde tijd aangegane contractuele relaties - groter wellicht dan sommige arbeidsrechtspecialisten onmiddellijk voor ogen zal staan[13] -, maar dat neemt niet weg dat het niet direct voor de hand ligt een zo belangrijk maatschappelijk fenomeen als de loondienstverhouding, al is het ook maar ten dele, ongeregeld

---

10 Een aardig voorbeeld van 'nieuw' arbeidsrecht binnen de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter levert HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 op, in welk arrest - in feite, naar effect - de vordering uit kennelijk onredelijk ontslag werd uitgebreid naar (zekere gevallen van) 'constructive dismissal'. Tot die categorie behoort ook HR 22 november 1991, NJ 1992, 707, waarin de 'draaideurconstructie' het onderspit heeft gedolven. In beide gevallen benadrukte de Hoge Raad dat de door hem gekozen oplossing in het systeem van het arbeidsovereenkomstenrecht paste.

11 Vgl. - uit velen - G. Hekkelman, 'Tekorten van het arbeidsrecht' (1967) en A.J.C.M. Geers, 'De sociale kwestie; honderd jaar later' (1990), twee oraties die men zou kunnen kwalificeren als specifieke wensenlijstjes voor (vooral) de wetgever. Met zo'n kwalificatie doet men de nog steeds lezenswaardige rede van Hekkelman echter bepaald te kort.

12 A.w. (noot 6), p. 1042, l.k.

13 Zie Asser-Hartkamp II (9de druk, 1993), no.'s 310 en 311, met verwijzing naar de relevante rechtspraak, zoals HR 12 mei 1989, NJ 1989, 614 en HR 21 juni 1991, NJ 1991, 742; zie recent nog HR 21 april 1995, NJ 1995, 437.

te laten, evenmin als de bijzondere titel over koop toepassing zou moeten missen bij de aankopen van miljonairs en multinationals. Het ligt dan ook meer in de rede te onderzoeken (*a*) ten aanzien van welke regels het *dwingende* karakter van het arbeidsrecht ter discussie kan worden gesteld, en (*b*) voor welke specifieke *groep(en)* werknemers dat dwingende karakter geheel of gedeeltelijk zou kunnen verdwijnen. Daarbij zal hierna eerst, onder 6. tot en met 13., worden bezien in welke gevallen betoogd kan worden dat het dwingende arbeidsrecht mogelijk nodeloos knelt, en zal vervolgens, onder 14., nog kort worden aangegeven waar de grens zou kunnen worden getrokken als zou worden besloten dat knellende karakter voor de 'sterken' onder de salarisgenietenden op een aantal punten te beperken.

5. Bij de behandeling van de vraag welke knellende banden voor legislatieve ontbinding in aanmerking komen, zal hieronder niet de gehele titel over de arbeidsovereenkomst worden 'afgevinkt'. Die titel bevat namelijk nogal wat dood hout, in de vorm van bepalingen, zoals die over de gedwongen winkelnering, die bij de invoering van de titel aan het begin van de eeuw bestaande verfoeilijke praktijken aan banden legden, maar die thans niet of nauwelijks tot geschillen aanleiding geven, omdat het bestreden fenomeen is verdwenen, en bij zulke bepalingen maakt het weinig uit in hoeverre daarvan al dan niet (door sommigen) bij overeenkomst zou kunnen worden afgeweken. Zo zijn de bepalingen over het getuigschrift voor mij eerst tot leven gekomen toen in de nalatenschap van mijn in 1893 geboren grootvader een reeks van geschriften uit het begin van deze eeuw opdook waarin, telkens weer, stond aangetekend: 'Marinus Duk is vrij van sterke drank' - wee de sollicitant bij wie zo'n zin in de getuigschriften ontbrak! - maar maakt de moderne telecommunicatietechniek degene die zich opwindt over een omschrijving in zijn getuigschrift (of het ontbreken daarvan), in de eerste plaats tot een ietwat kostelijke naïeveling.

6. Het concurrentiebeding is een bron van blijvende werkverschaffing voor de rechter.[14] Hier kan in het midden blijven of er aanleiding is de wettelijke regeling op dat punt als zodanig aan te passen.[15] Gaat men uit van die regeling, dan kan men zich afvragen of er aanleiding is voor een verruiming des dat 'sterke' werknemers afstand zouden kunnen doen van de mogelijkheid tot vernietiging of matiging, of zouden kunnen overeenkomen dat óók bij een ingrijpende functiewijziging het beding in stand blijft.[16] Het komt mij voor dat op dit punt weinig aanleiding voor differentiatie bestaat. De wettelijke regeling vormt een - op zichzelf discutabel - compromis tussen de sterk uiteenlopende belangen van werkgever en werknemer, maar bij de weging

14 Zie C.G. Scholtens en P. van der Laan Bouma-van der Does, 'Rechtspraakoverzicht arbeidsrecht 1993' (1994), pp. 62/78 en dez., 'Rechtspraakoverzicht arbeidsrecht 1994' (1995), pp. 62/73, alsmede b.v. Ktg. Bergen op Zoom 13 april 1994, JAR 1995, 51, Pres. Rb. Almelo 22 maart 1995, JAR 1995, 76, Ktg. Zwolle 14 maart 1995, JAR 1995, 88 en Hof Amsterdam 13 april 1995, JAR 1995, 125.

15 Zie daarvoor met name M.M. Olbers, 'Het concurrentiebeding is een onding', SMA 1991, pp. 575/589.

16 HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467.

van die belangen, hetzij in abstracto door de wetgever hetzij in concreto door de rechter, verschilt de positie van 'sterkere' en 'zwakkere' werknemers niet (en zeker niet per se) wezenlijk. Sterker nog: de aard van het beding brengt mee dat de werkgever er veelal vooral bij werknemers met een sterke (arbeidsmarkt-)positie behoefte aan zal hebben en dat dezen er in het bijzonder door kunnen worden geschaad.

7. Een sterk 'sociaal', op de 'zwakkeren' gericht karakter draagt de rechtspraak over de positie van partieel arbeidsongeschikte werknemers.[17] Juist een werknemer in een relatief sterke positie zal bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid vaak moeilijk herplaatsbaar zijn: hij (of zij) zal zijn kracht tegenover de werkgever immers vooral ontlenen aan min of meer bijzondere kwaliteiten, en voor die 'azen' zullen er binnen het bedrijf vaak maar weinig 'passende' functies zijn. Bovendien: hoe hoger binnen de organisatie een werknemer geplaatst is, hoe moeizamer de reïntegratie zal zijn áls daarvoor een voor iedereen zichtbare stap terug moet worden teruggedaan. Men denke in dit verband aan het geval van een werknemer die als manager van 's ochtends vroeg tot 's avonds laat in touw placht te zijn, 'burnt out' was geraakt en volgens zijn doktoren kon terugkomen mits hij maar een '9 tot 5'-baan zou krijgen en die baan geen al te grote (in-)spanningen zou vergen, zoals bij een adviseurschap het geval kan zijn. Toch lijkt het niet aangewezen de werkgever de bevoegdheid te geven ten aanzien van zekere groepen werknemers die herplaatsingsverplichting 'weg te contracteren', nu de voormalige 'hoge piet' in dit soort gevallen niet minder een der 'personae miserabiles' behoeft te zijn geworden dan een voormalige bediende melkinrichting. Daarbij valt te bezien in hoeverre een dergelijke afwijking naar huidig recht mogelijk is. De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt vindt zijn grondslag in artt. 7A: 1638*d* en 1638*z* B.W., en het is de vraag (nu het eerste artikel van semi-dwingend recht is en het tweede slechts een 'vage norm' stelt) of een afspraak als hier bedoeld, wegens strijd met dwingend recht - desnoods te vinden in het wettelijke systeem[18] - wellicht ongeldig is. Een zelfde vraag - in wezen die naar het dwingendrechtelijke karakter van 'redelijkheid en billijkheid' - kan men stellen ten aanzien van het in de rechtspraak inmiddels met zekere clausuleringen erkende recht op feitelijke tewerkstelling:[19] wat zou het effect zijn van een bepaling die de werkgever uitdrukkelijk - en ongeclausuleerd - het recht geeft de werknemer niet langer tot de bedongen arbeid toe te laten? Voor het thema van dit opstel is van belang dat, áls men accepteert dat een zekere toetsing van de beslissing van de werkgever ook bij zo'n clausule mogelijk blijft,[20] die toetsing, aan de beperkende werking van

17 Zie met name HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 en HR 13 december 1991, NJ 1992, 441; vgl. voor de grenzen van het aldus aan werknemers toegekende recht HR 3 maart 1995, JAR 1995, 79.

18 Zie voor een geval (in een ontslagsituatie) waarin een contractuele afwijking van art. (7A:)1638*d* B.W. geen effect sorteerde HR 6 november 1964, NJ 1965, 88.

19 Vgl. a.w. (noot 5), aant. 3.2. op art. 1638*z* (G.J.J. Heerma van Voss), met uitgebreide verwijzingen naar de overvloedige rechtspraak en litteratuur; zie ook a.w. (noot 4), pp. 121/122.

20 Rechterlijke toetsing van het gebruik door de werkgever van eenzijdige wijzigingsbepalingen ligt in de lijn van HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335. Die toetsing kan via art. 7A:1638*z* B.W. integraal zijn, maar bij beleids- en beoordelingsvrijheid ook marginaal; vgl. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667.

redelijkheid en billijkheid, ceteris paribus minder ver kan (en dient te) gaan naarmate de werknemer die met een dergelijk beding heeft ingestemd, een sterkere positie inneemt.

8. In de rechtspraak is het recht op vakantie er niet bekaaid afgekomen, en is met name in een aantal gevallen gekozen voor 'werknemersvriendelijke' oplossingen die ertoe kunnen leiden dat aan het einde van het dienstverband recht bestaat op een vergoeding voor een groot aantal niet opgenomen vakantiedagen.[21] Dat is begrijpelijk én aanvaardbaar bij arbeidsverhoudingen waarin de werkgever het (ook) op het punt van het opnemen van vakantie voor het zeggen heeft,[22] maar ligt minder in de rede in de vooral bij 'hogere' werknemers eerder regel dan uitzondering zijnde situatie waarin het realiter de werknemer zelf is die bepaalt wanneer en in welke omvang zijn vakantie wordt opgenomen. Zeker als bij zo'n werknemer aan ontslag een (lange) periode van non-activiteit is voorafgegaan, is het wel eens wat cru dat ook nog eens een substantiële vergoeding ex art. 7A: 1638*ii* B.W. verschuldigd blijkt.[23] Daarom zou het voorstelbaar zijn op dit punt zekere afwijkingen van het thans dwingendrechtelijke regime mogelijk te maken, zoals dat voor vakantiebijslag uit hoofde van art. 16, lid 5, WMM kan gebeuren voor werknemers die meer dan het drievoud van het wettelijk minimumloon verdienen.

9. De ongelijkheid tussen werkgever en werknemer waarvoor het arbeidsovereenkomstenrecht een zekere compensatie biedt, spreekt het sterkste in situaties waarin een door de werkgever geïnitieerd ontslag aan de orde is; alleen al daarom is begrijpelijk dat arbeidsrecht(-spraak) vooral ontslagrecht(-spraak) is. De ongelijkheid wordt gecompenseerd *1)* door ontslag tijdens de proeftijd of, van rechtswege, aan het einde van een overeenkomst voor bepaalde tijd aan restricties te onderwerpen, *2)* door ontslag op staande voet slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden mogelijk te maken, *3)* door opzegging van toestemming ex art. 6 BBA afhankelijk te stellen, *4)* door rechterlijke ontbinding slechts onder bijzondere omstandigheden mogelijk te maken en *5)* daarbij bovendien in de mogelijkheid van een vergoeding aan de werknemer te voorzien, en tenslotte *6)* door de regulier[24] ontslagen werknemer de mogelijkheid te geven dat ontslag bij de rechter als kennelijk onredelijk aan te vechten. (Tekenend is voor het beschermend karakter van dit soort 'tweezijdige' bepalingen dat, voor zover de wet op dat punt beide partijen vorderingsrechten biedt, het vooral werknemers zijn die zich daarop beroepen.) Ook op die punten laat zich differentiatie van de beschermingsomvang denken. Voor het onderwerp van deze

---

21 Zie b.v. HR 10 juni 1988, NJ 1988, 954, HR 17 maart 1989, NJ 1989, 437 en HR 21 juni 1991, NJ 1991, 743.

22 Zoals in HR 25 maart 1994, NJ 1994, 744.

23 Een dergelijk geval werd berecht in HR 28 juni 1987, NJ 1988, 228.

24 In Rb. Rotterdam 14 september 1995, JAR 1995, 211 is beslist dat een vordering ex art. 7A:1639*s* B.W. ook mogelijk is na een terecht gegeven ontslag op staande voet. Die opvatting lijkt mij in strijd met het systeem van het ontslagrecht; zie HR 14 februari 1975, NJ 1975, 252, maar vgl. ook S.W. Kuip, 'Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden' (1993), pp. 194/202.

bijdrage lijken de proeftijd en de (verlengde overeenkomst voor) bepaalde tijd van minder belang, al was het maar omdat voor de categorie van de 'sterkere' werknemers de wettelijke regelingen daarvan geen praktische belemmeringen van bijzondere betekenis lijken op te roepen: zo al een proeftijd wordt overeengekomen, is ontslag tijdens de duur daarvan ongebruikelijk, en ook perikelen rond al dan niet van rechtswege eindigende contracten voor bepaalde tijd doen zich, als men mag afgaan op de (gepubliceerde) rechtspraak, veeleer aan de 'onderkant' van de arbeidsrechtelijke ladder voor. De aandacht wordt daarom hierna beperkt tot het ontslag op staande voet, het vergunningsvereiste, het kennelijk onredelijke ontslag en de ontbinding.

10. Naar huidig recht kan niet rechtsgeldig ten nadele van de werknemer worden bedongen wat in afwijking (uitbreiding) van de wet tussen partijen bij een arbeidsovereenkomst als dringende reden voor ontslag op staande voet van de werknemer zal gelden.[25] Dat doet er overigens niet aan af dat afspraken over de ernst van op de werknemer rustende verplichtingen wel in dit opzicht (enig) effect sorteren dat dergelijke afspraken een omstandigheid opleveren die bij de vaststelling of van een dringende reden sprake is, ten faveure van de werkgever kan meetellen. Het effect van dergelijke afspraken is, tot op zekere hoogte, vergelijkbaar met dat van (eenzijdige) waarschuwingen door de werkgever: ook daardoor wordt de dringende reden immers 'aangescherpt'.[26] Gelet op de ernst van een beëindiging van het dienstverband met onmiddellijke ingang, (zeker) ook voor werknemers in een sterkere (arbeidsmarkt-)positie, lijken er onvoldoende redenen om op dit punt, van 'noodrecht', de mogelijkheid te geven de wettelijke regeling ten nadele van de werknemer bij te stellen. Ook al komen in sommige, veelal uit buitenlandse koker afkomstige modellen voor arbeidsovereenkomsten met directeuren en managers regelmatig clausules voor die ontslag op staande voet ook buiten het geval van een 'echte' dringende reden mogelijk zouden moeten maken, dat neemt niet weg dat de indruk gewettigd lijkt dat een werkelijke behoefte aan de hier bedoelde contractuele verruiming ontbreekt.

11. Gaat het onder 6. tot en met 10. om gevallen waarin de vraag vooral is of het dwingende karakter van de wettelijke regeling ten aanzien van 'sterke' werknemers kan komen te vervallen, voor het ontslagverbod van art. 6 BBA ligt - reeds gelet op het publiekrechtelijke karakter van dat verbod naar huidig recht - een mogelijkheid tot contractuele buitenwerkingstelling minder voor de hand. Veeleer zou, binnen het thema van dit opstel, de vraag moeten zijn of het ontslagverbod voor zekere categorieën werknemers kan (of zou moeten) komen te vervallen. De vraag of dat verbod na zo'n 50 jaar min of meer trouwe dienst in zijn geheel zou moeten verdwijnen, heeft de afgelopen jaren nogal wat politieke en wetenschappelijke gemoederen verhit,[27] maar in die discussie overheersten 'zwart' - afschaffen - en 'wit' - handhaven - en

25 HR 24 februari 1995, JAR 1995, 67 (r.ov. 3.4.).

26 Vgl. HR 12 juni 1953, NJ 1953, 638.

27 Zie b.v. SER-advies 94/05 over 'Civielrechtelijke ontslagbescherming' en SMA 1993, pp. 513/565 (een achttal bijdragen).

is het 'grijs' van een systeem waarin de preventieve ontslagbescherming voor sommige groepen werknemers komt te vervallen, maar voor andere gehandhaafd blijft, tot nu toe niet werkelijk aan de orde gesteld. De uitvoerige discussie van de laatste jaren heeft, in elk geval, duidelijk gemaakt wat de 'voors' en wat de 'tegens' zijn van het huidige systeem. Daarbij komt uit de discussie naar voren dat handhaving van het huidige systeem wordt bepleit in elk geval mede - en misschien wel in de eerste plaats - omdat 'zogenoemde zwakke groepen' de preventieve ontslagtoets ter bescherming van hun arbeidsmarktpositie nodig hebben.[28] Dat maakt het 'logisch' om te denken over een tussenoplossing waarin de werkingssfeer van de preventieve ontslagtoets, zo deze al in beginsel wordt gehandhaafd, dan toch maar beperkt wordt. Die beperking zou er dan een kunnen zijn tot de specifiek zwakke groepen zelf, maar ook, vanuit de andere kant geredeneerd, een waarbij, in dit stadium van deregulering, alléén diegenen van de bescherming worden uitgesloten van wie 'grosso modo' mag worden aangenomen dat zij een voldoende sterke positie innemen. Overigens zijn ook andere afbakeningen denkbaar: zo zou de preventieve toets beperkt kunnen worden tot werknemers boven een zekere leeftijd en/of met een zekere diensttijd (bij voorbeeld tot wie 50 jaar en ouder is, en tot wie een diensttijd van tenminste 10 jaar heeft). Dat zou het bijkomende voordeel hebben dat aldus empirische kennis kan worden verkregen over het - in het gevoerde wetenschappelijke en parlementaire debat over en weer meer vooronderstelde dan aannemelijk gemaakte - effect van (het wegvallen van) die toets in de huidige Nederlandse situatie: er zou als het ware een significante controlegroep ontstaan.[29]

12. Bestaat over de (on-)mogelijkheid tot afwijking van de huidige wettelijke regeling van de dringende reden inmiddels door de rechter geschapen duidelijkheid, ten aanzien van het kennelijk onredelijk ontslag heeft de Hoge Raad - naar men moet aannemen: welbewust, en in elk geval met voorbijgaan aan wat zijn A.-G. Mr Koopmans hem in zijn conclusie had voorgehouden - dat punt recent opengelaten.[30] Neemt men (zoals ondanks dat stilzwijgen van de hoogste rechter het meest in de rede lijkt te liggen) aan dat de huidige wettelijke regeling van dwingend recht is, dan dringt zich in het kader van de onderhavige beschouwingen de vraag op of dat voor 'sterke' werknemers zo moet blijven. Juist voor die groep lijkt immers goed verdedigbaar dat op voorhand bij overeenkomst niet alleen een minimum,[31] maar ook een (eventueel met dat minimum samenvallend) maximum van de ontslagvergoeding moet kunnen

---

28 Vgl. b.v. SER-advies 94/05, pp. 20/31, i.h.b. pp. 21/22 (standpunt van de werknemersleden van de SER); vgl. ook Bijl. Hand. II 1994-1995, 22 977 nr. 3 (standpunt van Minister Melkert), waarover (mijn bijdrage aan) SMA 1995, pp. 3/8 (m.n. onder 7.).

29 Opmerkelijk is dat onderzoek ontbreekt naar de situatie van degenen die naar huidig recht die bescherming reeds moeten ontberen, zoals de instructeurs van autorijscholen; vgl. a.w. (noot 4), pp. 175/177, met verdere verwijzingen.

30 HR 7 april 1995, JAR 1995, 98; zie voor de problematiek die in de tekst wordt bedoeld, met name de c.o.m. voor dat arrest onder 6. en 7.

31 HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502, met een beperking voor faillissementssituaties blijkend uit HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662.

worden vastgesteld. Op eerste gezicht is er weinig grond voor de vrees dat, juist bij de bedoelde groep, hergeven contractsvrijheid ertoe zal leiden dat zal worden ingestemd met onredelijke varianten (zoals algehele uitsluiting van de aanspraak of beperking tot een 'fooi'), althans in zich daarvoor niet goed lenende situaties. Een zeker verband met het vorige punt ligt wel in de rede: zou men de preventieve ontslagtoets voor de groep der 'sterken' uitsluiten, dan zou er minder reden zijn om ook op dit punt aan partijen extra ruimte te geven. Er zou dan immers juist in het ontbreken van die toets een argument vóór een 'volle' redelijkheidstoets, zoals voorzien in de plannen van oud-Minister De Vries,[32] te vinden zijn.

13. Naar huidig recht is volgens de Hoge Raad een contractuele beperking van de mogelijkheid tot het verzoeken van ontbinding wegens gewichtige redenen niet toegestaan.[33] Die beslissing is gegeven in een zaak waarin het ging om het effect van een clausule die, gedurende een zekere periode, ontslag anders dan op grond van disfunctioneren uitsloot. Men kan zich afvragen wat het effect is van die uitspraak indien het contract voor zo'n geval voorziet niet in een ontslagverbod, maar in een (extreem) hoge vergoeding: dat kan immers, de facto ook, een belemmering opleveren. Met het huidige wettelijke systeem lijkt echter in elk geval niet goed te verenigen een contractuele opzet waarbij, als het tot ontbinding komt, de vergoeding op voorhand gefixeerd c.q. gemaximeerd is. Die vergoeding is echter in hoge mate vergelijkbaar met die bij kennelijk onredelijk ontslag, en wat in de vorige paragraaf is opgemerkt, komt daarmee voor overeenkomstige toepassing op de vergoeding van art. 7A: 1639*w*, lid 8, B.W. in aanmerking.

14. Met het voorgaande is het geldende arbeidsovereenkomstenrecht, zij het in sneltreinvaart, bezien op relevantie voor de vraagstelling, maar is nog ononderzocht gebleven wie wel en wie niet zo sterk is dat hij voor beperking van wettelijke bescherming in aanmerking komt. Het onder 1. gereleveerde dispuut, hoe summier ook, maakt duidelijk dat het onderscheid tussen elite en massa er (ook) op dit punt niet een is waarbij een specifieke scheidslijn zich onmiddellijk opdringt. Een apart regime alleen voor statutaire directeuren zou, ook al wordt de voor die groep reeds geldende uitzondering op de preventieve toets ruim uitgelegd,[34] weinig zoden aan de dijk zetten, maar een uitzonderingspositie voor de 'staf', oftewel het leidinggevend personeel - hoe ook precies te omschrijven - is zeker te bepleiten. Een louter kwantitatieve benadering, door een koppeling van de mogelijkheid tot afwijking aan de hoogte van het inkomen, heeft daarbij (onder meer) het voordeel van relatieve eenvoud. Gedacht zou kunnen worden aan het maximum dagloon ingevolge de sociale

32 Zie over die plannen onder meer mijn bijdrage aan SMA 1994, pp. 394/397, met verdere verwijzingen.

33 HR 25 februari 1994, NJ 1994, 377.

34 Vgl. HR 15 september 1995, JAR 1995, 213 (over bestuurders van buitenlandse vennootschappen). Onuitgemaakt is nog of de uitzondering op het ontslagverbod ook geldt voor wie, door de ene rechtspersoon (b.v. een holding) aangenomen, 'gedetacheerd' werkzaam is als directeur van een andere (b.v. een dochtermaatschappij).

werknemersverzekeringen of, zoals in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag op het onder 8. aan het slot bedoelde punt gebeurt, het drievoud van het wettelijk minimumloon. Het evidente nadeel van een materieel criterium als door Van der Heijden genoemd, is dat het zou nopen tot een concrete toetsing van 'zelfstandigheid' met een mogelijk moeilijk voorspelbare uitkomst en daarmee, naar het lijkt onvermijdelijk, rechtsonzekerheid zou oproepen. Een meer kwantitatief criterium zou zeker de voorkeur verdienen als empirisch onderzoek aannemelijk zou maken dat aan de hand daarvan een redelijk hoge correlatie met 'kracht' van de werknemer wordt bereikt.

15. De steen die Jacobs in de vijver van het arbeidsovereenkomstenrecht heeft gegooid, leidt voor de beschouwingen in deze bijdrage per saldo tot niet meer dan wat rimpelingen. Het 'Excelsior' van Jacobs lijkt namelijk al te fors: intrekking 'lock, stock and barrel' van het arbeidsovereenkomstenrecht voor de 'bovenkant' is een ingreep waarvan het drastische karakter niet echt evenredig lijkt te zijn aan de (beperkte) ernst van de problematiek van de (te) knellende banden die daarmee opgelost - althans: weggedefinieerd - zou worden. Dat neemt niet weg dat het concept van de ongelijkheidscompensatie dat aan het arbeidsovereenkomstenrecht ten grondslag ligt, afgesleten cliché als het in veel opzichten na zo'n 90 jaar is geworden, niet in alle gevallen evenzeer overtuigt, en dat het daarom overweging verdient na te gaan in hoeverre met name het dwingende deel van dat recht voor een - in dat verband nog nader te definiëren - categorie hoger (betaald) personeel een zekere bijstelling zou kunnen verdragen.[35]

35 Staat men afwijking toe, dan ligt het in de rede de vorm van semi-dwingend recht te kiezen (en dus de eis van een geschrift te stellen). Afwijking bij CAO, voor die werknemers, zou dan ook mogelijk (moeten) worden, maar gelet op de huidige praktijk, waarbij niet of nauwelijks van driekwart dwingend recht wordt afgeweken, lijkt op voorhand weinig aannemelijk dat de vakbeweging in substantiële mate zal willen instemmen met voor de werknemers nadelige afwijkingen. (En terecht!)

Ondergeschikt?

L.H. VAN DEN HEUVEL

1 Inleiding

Om in hun levensonderhoud te voorzien zijn de meeste mensen aangewezen op arbeid in dienst van een ander. Zij kunnen natuurlijk ook als zelfstandigen arbeid verrichten. Dat komt de laatste tijd in toenemende mate voor hoewel wij daarbij in ons land enigszins achter schijnen te lopen bij andere landen in Europa. Als iemand activiteiten gaat ontwikkelen om in zijn levensonderhoud te voorzien en hij doet dat voor eigen rekening en verantwoordelijkheid dan kan hij een onderneming beginnen: hij wordt ondernemer. Kan hij het werk niet meer alleen af en neemt hij iemand aan om hem te assisteren dan is hij werkgever geworden: hij neemt die ander in zijn dienst, sluit met hem een arbeidsovereenkomst. Die ander heeft de positie van arbeider of, sedert de Tweede Wereldoorlog, werknemer. De arbeid in ondergeschiktheid is daarmee een schakel in het produktieproces geworden. Het doel van de onderneming is met haar goederen en diensten de markt te bedienen. Arbeid, werkgelegenheid, is een bijprodukt. 'De onderneming functioneert niet in de eerste plaats ten behoeve van de werknemer, maar zij functioneert ten behoeve van de consument.'[1] Dit is een van de redenen waarom de discussie over het scheppen van werkgelegenheid zo moeizaam verloopt.

Het doel van de Wet op de arbeidsovereenkomst (1907) was vooral de erkenning van de persoon van de arbeider en diens bescherming tegen de economisch sterkere werkgever. Naast de functies van de arbeidsovereenkomst als middel van bestaan voor de onzelfstandige beroepsbevolking en schakel in het produktieproces vervult de arbeidsovereenkomst ook de functie van middel tot de ontplooiing van de arbeidende mens. Die doelstelling was enkele eeuwen geleden uit het zicht geraakt door de receptie van het Romeinse Recht, met name de locatio et conductio operarum, die geënt was op de huur en verhuur van slaven en die er toe bijdroeg dat de arbeid een ding, een

1 W. Albeda, Participatie en bedrijfsvoering, SMA 1975, p. 152.

zaak, werd.[2] Maar aan het einde van de vorige eeuw is haar werkelijke betekenis weer hervonden.[3] Onder meer uit christelijke en sociale motieven is de uitbuiting van de arbeid in de vorige eeuw een halt toegeroepen. Dat geschiedde mede door het invoeren van arbeidsrechtelijke regelgeving die eind vorige eeuw op gang kwam en waarvan de Wet op de arbeidsovereenkomst een belangrijk onderdeel is. De Gaay Fortman schrijft reeds in 1936 in retrospectief: '(.....) het leven wint het altijd van de constructie en de opvatting dat het bij de arbeidsovereenkomst niet gaat om zaken maar om een mensch, moest het eerst op sociaal en daardoor ook op juridisch gebied tenslotte wel winnen.'[4] Van Esveld onderscheidt in 1946 drie doelstellingen aan de arbeid: 1. bron van materiële en geestelijke welvaart, 2. voorwaarde voor ontplooiing van de mens en 3. vervullen van Gods opdracht.[5]

Sedert het tot stand komen van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 heeft er in het bedrijfsleven een enorme schaalvergroting plaats gevonden. Gaan de zaken van de werkgever zo goed, dat hij brood ziet in winstvergroting door uitbreiding, dan neemt hij meer werknemers in dienst. Wordt de onderneming zo groot, dat de werkgever niet meer in de kapitaalbehoefte kan voorzien vanwege de risico's die er aan verbonden zijn voor zijn persoonlijk vermogen, dan zal hij haar omzetten in een rechtspersoon, bijvoorbeeld een naamloze vennootschap, bij welke hij zelf in dienst treedt als directeur. De werkgever is een 'structuur' geworden, met een hiërarchische gelaagdheid waarin zowel hooggeschoolde specialistenarbeid als ongeschoolde arbeid krachtens arbeidsovereenkomst wordt verricht.

Veel arbeidsrechtelijke regelgeving speelt op deze schaalvergroting in. Van regels als die in de Wet op de ondernemingsraden en de Arbeidsomstandighedenwet kan worden gezegd, dat ze inhaken op de omvang van de onderneming. Een adequate uitoefening van medezeggenschap bijvoorbeeld eist in een grote onderneming meer organisatie dan in een kleine. Grote werkgevers waren er in 1907 natuurlijk ook wel, maar de aandacht van de wetgever was kennelijk niet op hen gericht. De arbeid

---

2 Vgl. Otto Von Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages, in Festschrift für Heinrich Brunner zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, Duncker Humblot, München und Leipzig 1914, p. 40, ook opgenomen in 'Arbeidsrecht und Rechtssoziologie, Schriftenreihe der Otto Brennerstiftung, 1922, p. 402, i.h.b. p. 404. F.J.H.M. van der Ven (Geschiedenis van de arbeid I, Aula-Boeken, Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen 1965, p. 189 e.v.) meent aan dat het verband dat Gierke construeert niet duidelijk door de bronnen wordt bevestigd en dat Gierke, na lange tijd onbestreden te zijn gebleven, tegenwoordig niet meer wordt gevolgd. Ik teken daarbij aan, dat na de oorlog er ons wellicht ook wat aan gelegen was om de Germaanse oorsprong van de arbeidsovereenkomst terug te dringen. Nieuw onderzoek hiernaar zou op zijn plaats zijn.

3 H.L. Drucker, Bouwstoffen voor eene burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst. De begrippen huur van diensten en dienstboden en werklieden in de Nederlandsche rechtspraak, R.M. 1894, pp. 499-553.

4 W.F. De Gaay Fortman, De onderneming in het arbeidsrecht, H.J. Paris, Amsterdam 1936, pp. 30/31.

5 N.E.H. van Esveld, De ontplooiing van het individu in het arbeidsrecht, N.V. Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij, Amsterdam 1946, pp. 187-188.

werd in 1907 tot op zekere hoogte gezien als iets statisch. De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst van 1907 is uniform voor grote en voor kleine ondernemingen.

Een ervaringsfeit van velen is, dat het werken in een grote onderneming voor de werknemer in veel opzichten aanmerkelijk verschilt van het werken in een kleine onderneming waar de persoonlijke verhoudingen in meerdere mate dan in grote ondernemingen een beslissende rol spelen.

In het navolgende behandel ik de vraag of er twee definities van de arbeidsovereenkomst wenselijk zijn, één voor de arbeid in kleine ondernemingen en één voor die in grote.

2 De arbeidsovereenkomst als entreebiljet

Reeds voor de oorlog kwamen arbeidsrechtelijke auteurs met betrekking tot de arbeid in grote ondernemingen tot de slotsom, dat de betekenis van de arbeidsovereenkomst voor wat betreft haar inhoud was teruggelopen.[6] Zo vermeldt De Gaay Fortman dat bij grote ondernemingen als Philips en Stork 'de arbeidsovereenkomst niet meer is dan een "contrat d'adhésion".' Collectivering van de arbeidsvoorwaarden maakt de individuele arbeidsovereenkomst minder belangrijk. 'De arbeidsverhouding, welke zij bedoelt tot stand te brengen, vond voor een groot gedeelte haar regeling buiten de arbeidsovereenkomst om in sociale wetten en collectief arbeidscontract. (.....) Maar sterker dan staat, werkgever en vakvereniging werd in den modernen tijd de onderneming. Door haar werd de arbeidsovereenkomst (.....) eerst goed van haar betekenis beroofd. Zij bepaalt de plaats van allen, die binnen haar kring hun werk vinden, van den hoogst gesalarieerden leider tot den uiterlijk minst beteekenenden arbeider toe. De arbeidsovereenkomst blijft beteekenis behouden, in zooverre als zij noodzakelijk is voor het ontstaan eener arbeidsverhouding, zij opent voor den arbeider de poort der onderneming, maar dan heeft zij ook haar taak volbracht. Voor de verhoudingen in de onderneming is zij van weinig of geen beteekenis meer.'[7] Dat komt doordat verwijzing naar de cao de plaats heeft ingenomen van veel individueel uitgewerkte bepalingen. De grote werkgever kan niet meer, zoals de kleine werkgever, met iedere werknemer afzonderlijk arbeidsovereenkomsten sluiten die onderling wellicht sterk verschillen. De collectivering slaat toe en daarmee de uniformering. Een bedrijfstakcao kan, een ondernemingscao ook, zeker als de onderneming groot genoeg is. De arbeidsovereenkomst wordt zo een entreebiljet voor de poort van de onder-

---

6 Zie P.S. Gerbrandy, Het wetsontwerp verbindende kracht van ondernemingsovereenkomsten, Anti-revolutionaire Staatkunde 1934, p. 537 e.v., i.h.b. p. 546, en W.F. De Gaay Fortman, a.w. (noot 4), pp. 30/31.

7 Dat dergelijke vaststellingen geen eeuwigheidswaarde hebben blijkt uit onder meer het IBM-arrest (HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 m.nt. PAS), waarin de Hoge Raad incorporering van het arbeidsreglement in de arbeidsovereenkomst sanctioneerde en tevens het beding accordeerde, waarbij de werknemer instemt met toekomstige eenzijdige wijzigingen daarvan door de werkgever, zij het onder de voorwaarde van redelijkheid en billijkheid.

neming. Aldus ook, in 1962, Koopmans.[8] Hekkelman constateert, '(.....) dat in de wereld van de loonarbeid de bepaling van de inhoud van de contractuele relatie nauwelijks meer door de contractpartners zelf bij hun individuele overeenkomst plaatsvindt. De individuele arbeidsovereenkomst roept de dienstbetrekking tussen de werkgever en een bepaalde werknemer in het leven en wijst die werknemer zijn plaats aan in het geheel van de onderneming, maar zij bepaalt in het algemeen niet meer de rechtsinhoud van die betrekking. Die is reeds in de grotere, de individuele contractsgemeenschap omsluitende rechtskringen voorgeschreven en wordt in concreto nog nader bepaald door de werkgever als bestuurder van de onderneming.'[9]

Inmiddels lijkt een nieuwe trend waar te nemen, weg van collectivering en uniformering en in de richting van diversifiëring en flexibilisering van de inhoud van de arbeidsrelaties en de werktijden. Het beeld dat daarvan wordt geschetst in de Sociale Nota 1996 komt mij overigens wat te rooskleurig voor.[10] De regering doet teveel voorkomen of de flexibilisering een aangelegenheid is waarbij het er vooral om gaat dat werkgevers inspelen op de wens tot meer flexibiliteit die al bij de werknemers leeft. Natuurlijk zijn er werknemers die de vrijheid boven zekerheid kiezen maar die vormen nog steeds een zeer kleine groep, een randverschijnsel.[11] Aan te nemen valt, dat de grote meerderheid van de werknemers uit is op een stabiel en regelmatig arbeidspatroon, op vast werk met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.[12] Dit beeld rijst ook op uit de nota Flexibiliteit en zekerheid.[13] De wens tot meer flexibilisering lijkt vooral een verlangen van werkgevers die de flexibiliteit niet in de eerste plaats intern wensen te realiseren maar vooral kijken of zij niet extern kan worden bereikt, door te winkelen op de arbeidsmarkt. Er ontstaat een beeld, dat interne arbeidsmarkten van (grote) ondernemingen niet belangrijk zijn.[14] Voor werknemers daarentegen heeft flexibele arbeid in de regel de functie van een opstap naar vaste geregelde arbeid.

---

8 T. Koopmans, De begrippen werkman, arbeider en werknemer, N. Samsom n.v., Alphen aan den Rijn 1962, p. 325.

9 G. Hekkelman, Tekorten van het arbeidsrecht, 1967, in Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, p. 77 e.v. i.h.b. p. 85.

10 K. 1995-1996, 24 402 nrs 1-2.

11 Voor de oorlog, toen de ontslagbescherming nog in haar kinderschoenen stond, werd de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hoog gewaardeerd vanwege de zekerheid die zij bood. Thans wordt zij eerder nadelig dan voordelig geacht. Zie daaromtrent L.H. van den Heuvel, Tussen vrijheid en bescherming, Kluwer, Deventer 1988, p. 24/25.

12 J. Godschalk, 'Nieuwe werknemer' zit helemaal niet te wachten op flexibilisering, NRC-Handelsblad 24 november 1995.

13 Nota Flexibiliteit en zekerheid, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, K. 1995/96 24 543, nr. 1, p. 10; zie ook p. 26 en p. 40.

14 W.H.J. Hassink, Worker flows and the employment adjustment of firms, Tinbergen Institute Research Series nr. 105, Thesis Publishers, Amsterdam 1996, p. 150.

3 Ondergeschiktheid

In het bovenstaande kwam terloops al het onderscheid tussen arbeid in de kleine en in de grote onderneming ter sprake. F.J.H.M. van der Ven gaf in 1971 dit onderscheid reliëf in zijn bijdrage aan de bundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht[15]: 'Het is duidelijk dat de wetgever het werkgeversgezag niet heeft opgevat als gemeenschapsgezag, doch als contractueel gezag, voortspruitend dus uit de wilsovereenstemming der partijen en bedoeld om het belang van de werkgever bij de te presteren arbeid te beschermen. Deze opzet is volkomen klaar en doorzichtig zolang de werkgever wordt gedacht als een natuurlijk persoon en zijn eventuele "onderneming" als een zaak waarover hij op de meest volstrekte wijze kan beschikken. Met het groeien der prestatie-eenheden waarin grotere aantallen arbeidskrachten op verschillende niveaus worden geïntegreerd, is echter een nieuwe gemeenschapsconceptie van de loondienstverhouding ontstaan, die het gezag relativeert met de medezeggenschapseis en autoriteit nog slechts in functionele zin, dus met het oog op het belang van de prestatie-eenheid in haar geheel weet te waarderen.' Dat brengt Van der Ven er toe om '(.....) de loondienst niet meer bij voorbaat als een uniform gegeven op te vatten, maar daarin een tweetal categorieën te onderscheiden, naargelang de arbeid verricht wordt voor een persoonlijke werkgever binnen een beperkt arbeidsmilieu of voor een institutionele werkgever, die het arbeidscollectivum waar men als werknemer deel aan heeft representeert. Ter onderscheiding van het traditionele persoonlijke arbeidscontract zou de overeenkomst met het bedrijf als "medewerkerscontract" kunnen worden aangeduid.'[16] De 'medewerker' zou dan toetreden tot het collectieve werkgeverschap, aldus Van der Ven in zijn afscheidsrede in 1972.[17] Daarin werkt Van der Ven deze gedachte verder uit: 'Binnen het systeem der loondienstverhouding blijkt de ondergeschiktheid (.....) een wat de sociologen noemen "afhankelijke variabele" te zijn, die als kenmerk voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst in ons ingewikkelder wordende arbeidsbestel steeds moeilijker te hanteren valt.'[18] Van der Ven zoekt de oplossing in het 'duurelement' in de arbeidsovereenkomst. Hij ziet dat als het onderscheidende kenmerk van de arbeidsovereenkomst. Het valt hierbij op dat Van der Ven niet meer, zoals een jaar eerder nog wel, spreekt van een tweedeling in ouderwetse eigendom gerelateerde ondernemingen versus grote onpersoonlijke ondernemingen. Hij concentreert zich verder volledig op de 'nieuwe' arbeidsovereenkomst waarin de ondergeschiktheid geen sleutelrol meer vervult voor het maken van onderscheid.

---

15 F.J.H.M. van der Ven, Evolutie in de loondienstverhouding, in Aspecten van Arbeidsrecht Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971, Samsom, Alphen aan den Rijn/Brussel 1971, p. 249, i.h.b. p. 252.

16 F.J.H.M. van der Ven, a.w. (noot 15), pp. 254-255.

17 F.J.H.M. Van der Ven, Over de aard der arbeidsovereenkomst, in Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, H.L. Bakels red., Kluwer, Deventer, Samsom, Alphen aan den Rijn 1977, p. 246 e.v., i.h.b. pp. 250/251.

18 F.J.H.M. van der Ven, a.w. (noot 17), p. 258.

Deze gedachte van Van der Ven heeft in ons land de discussie omtrent de ondergeschiktheid van de werknemer aan de werkgever in volle hevigheid doen losbarsten. De laatste tijd lijkt het op dit gebied wat rustiger, is er als het ware een gevechtspauze en kan het slagveld van de verschillende opvattingen enigszins in kaart worden gebracht.

4 Twee kampen

Dat de opvattingen van Van der Ven bij een aantal beoefenaars van het arbeidsrecht zijn aangeslagen blijkt uit het preadvies van een werkgroep uit de Vereniging voor Arbeidsrecht (1976). Een deel van de werkgroep zet zich af tegen de definitie van de arbeidsovereenkomst in de wet: 'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de ene partij, de arbeider, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon arbeid te verrichten.' Deze werkgroepleden oordelen, dat in deze definitie 'ten onrechte nog te veel wordt vastgehouden aan een te traditionele opvatting van het karakter van de arbeidsovereenkomst, die inmiddels in de moderne tijd niet houdbaar meer is en die op grond van reeds oudere doch vooral ook recente literatuur zelfs geen steun vindt bij de oorspronkelijke opzet van de wet op de arbeidsovereenkomst. Zij vinden dat de woorden "in dienst van" in de rechtspraak te eenzijdig als gezagsverhouding geduid worden.'[19]

Maar de opvattingen van Van der Ven hebben ook heftige tegenstand ondervonden. 'De ondergeschiktheid als onderdeel van de omschrijving van de arbeidsovereenkomst is thans nog te zeer gemeengoed, dan dat van een werkelijke verandering van opvattingen op dit punt nu reeds kan worden gesproken.' Aldus een ander deel van de werkgroep uit de Vereniging voor Arbeidsrecht.[20] Deze leden zien de ondergeschiktheid gelegen in het begrip 'zich ter beschikking stellen van' en zij wijzen er op dat die gevolgtrekking reeds in 1907 is gemaakt. Opdracht en aanneming van werk zetten zich af tegen de arbeidsovereenkomst vanuit de gedachte, dat deze laatste scherp kan worden omlijnd.

In ons land lijken de beoefenaars van het arbeidsrecht sedert de jaren zeventig dus in twee kampen verdeeld over de vraag of de ondergeschiktheid nog essentieel kenmerk is van de arbeidsovereenkomst: zij die Van der Ven volgen en zij die hem bestrijden. In het navolgende laat ik eerst enkele vertegenwoordigers van de leer van Van der Ven aan het woord en daarna enkele tegenstanders. Daarbij is niet hun aantal maar de kracht van de argumentatie relevant.

4.1 Voorstanders

Een sterke verwoording van de weg die Van der Ven is ingeslagen vindt men bij Schut die naar onder anderen F.J.H.M. van der Ven, Van Esveld en Zonderland

19 Werkgroep Vereniging voor Arbeidsrecht, Opdracht, Arbeidsovereenkomst en Collectieve Arbeidsovereenkomst (Beschouwingen bij boek 7, titels 7, 10 en 11 van het Ontwerp Nieuw Burgerlijk Wetboek), Samsom, Alphen aan den Rijn, 1976, p. 33.

20 Werkgroep VVA, a.w. (noot 19), pp. 35/36.

verwijst om te betogen, 1) dat er twijfel is (gebleven) of de gezagsrelatie wel het onderscheidende kenmerk van de arbeidsovereenkomst is, 2) dat er wel een hiërarchie nodig is in de ondernemingsgewijze produktie maar dan niet meer van personen maar van beslissingssystemen en 3) dat de werknemer van nu niet meer de slaaf, de horige, de werkman of de arbeider van vroeger is maar dat hij medewerker is geworden.[21]

Loonstra werkt de opvatting van Van der Ven uit waar deze teruggrijpt op H.L. Drucker en leidt uit de wetsgeschiedenis af, dat ook zonder ondergeschiktheid er een arbeidsovereenkomst kan bestaan.[22] Loonstra kent grote betekenis toe aan de opvatting van Drucker dat de aanwezigheid van een gezagsverhouding slechts een *voldoende* voorwaarde en *geen* noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst is. Hij citeert de memorie van toelichting: 'Het mag overbodig geacht worden, in de omschrijving op te nemen, dat de dienstverhuurder zal arbeiden onder toezicht, leiding, gezag van den werkgever of *voor rekening van den werkgever* ... In de "beschikbaarstelling van arbeidskracht" ligt zij zelve opgesloten.[23]' Het gecursiveerde gedeelte uit het citaat maakt naar het oordeel van Loonstra duidelijk dat ook zonder het bestaan van het bevelsrecht een arbeidsovereenkomst aanwezig kan zijn. Naar mijn oordeel is hier op af te dingen, dat als het bevelsrecht in de arbeidsovereenkomst ligt opgesloten, het er dus al is. De kern van het betoog van Loonstra is waar hij stelt: 'Mijns inziens is het één van de twee: òf de MvT van Van Raalte is een juridisch produkt van betrekkelijk geringe diepgang waarin naïviteit en onzorgvuldigheid elkaar afwisselen òf - en dat ligt toch veel meer voor de hand - de betekenis van de woorden "in dienst zijn van" ligt op één lijn met die van de woorden "ten behoeve van" of, anders gezegd, "voor een ander, in plaats van voor zichzelf".'[24] Loonstra verwijst naar onder anderen Van der Grinten en Schut.[25] Ook zoekt hij steun bij de conclusie van A-G Leijten bij HR 17 april 1984, NJ 1985, 18, welke zijns inziens in menig opzicht de bedoeling van de wetgever weergeeft: 'De bedongen arbeid te verrichten zo vaak, ter plaatse waar en ten tijde waarop de "werkgever" dat wenst/eist dat levert volgens mij de dienstbetrekking op, waarover art. 1638a BW spreekt, ook al is er in de uitoefening van het werk geen gezagsverhouding, geen ondergeschiktheid, welke begrippen in art. 1638a BW niet voorkomen.'[26]

---

21 G.H.A. Schut, Medezeggenschap en het gezag van de werkgever, in R.M. Themis 1977, p. 231.

22 C.J. Loonstra, Gezag, medezeggenschap en collectieve actie, Wolters Noordhoff, Groningen 1990, pp. 36/37.

23 Drucker Ontwerp, p. 29. Cursivering CJL.

24 C.J. Loonstra, a.w. (noot 22), pp. 40-41.

25 W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, Alphen a/d Rijn 1987, p. 16, G.H.A. Schut, Medezeggenschap en het gezag van de werkgever, in R.M. Themis 1977, p. 236.

26 Met art. 1638a BW zal ongetwijfeld art. 1637a BW bedoeld zijn. Leijten wijst hierbij naar de conclusie van A-G Langemeijer bij HR 11-11-1949, NJ 1950, 140 waarin deze onder meer schrijft: 'Voorts zou ik erop willen wijzen, dat het kenmerk van "ondergeschiktheid" dat men in rechtspraak en literatuur algemeen als een der kenmerken van de arbeidsovereenkomst vindt genoemd, de toch wel iets versterkte parafrase is van de woorden "in dienst" van art. 1637a BW.'

4.2 *Tegenstanders*

Koopmans heeft er op gewezen, dat ondergeschiktheid en onbepaaldheid van de prestatie bij elkaar horen. 'In de redactie van het ontwerp-1901 (en dat is de huidige redactie van artikel 1637a) beoogden de woorden "arbeid in dienst van de werkgever" dus precies hetzelfde als de uitdrukking "ter beschikking stellen van arbeidskracht" in het ontwerp Drucker. Eerst is dus de onbepaaldheid van de werkzaamheid als wettelijk criterium genoemd, daarna het gezag van de werkgever, doch men bedoelde daarmee dezelfde grens te trekken. Daaruit valt af te leiden dat in ons wettelijk systeem de aard van het gezag en het object van de prestatie twee zijden van dezelfde medaille zijn.'[27] Koopmans verwerpt de leer van Van der Ven: 'Een algemeen bezwaar tegen het functionele criterium is, dat het slechts bij een deel van de arbeidsverhoudingen toe te passen is. Men heeft de industriële onderneming als uitgangspunt genomen en te weinig acht geslagen op andere mogelijkheden.'[28] 'Het functionele criterium zou (.....) tot onoplosbare raadsels leiden.'[29] Koopmans' betoog is bestreden door Loonstra.[30]

In het kamp van de tegenstanders van Van der Ven bevindt zich ook Rood. Hij verwijst naar Koopmans: 'Met het proefschrift van Koopmans breekt de zienswijze door dat de gezagsverhouding de tegenkant is van de onbepaaldheid van de inhoud van de relatie. (.....) Diezelfde gedachte, soms wat anders verwoord, treft men aan bij Levenbach, (.....) bij Hekkelman en later bij Bakker. In zijn heel beeldend *Tekorten van het arbeidsrecht* genoemde oratie spreekt Hekkelman in 1967 van de werkgever als wetgever. (.....) Deze ordent het recht in de onderneming, waaraan de werknemer is gebonden omdat hij "behoort" tot die onderneming.'[31]

Bakker acht de verklaring voor de kanteling van het evenwicht tussen werkgever en werknemer, dat de werknemer daarmee door het aangaan van de arbeidsovereenkomst in vrijheid heeft ingestemd op zijn minst erg formeel en bovendien niet te rijmen met de feitelijke machtspositie van degene, die werkgelegenheid heeft aan te bieden, ten opzichte van degene, die de werkgelegenheid 'broodnodig' heeft.[32] Naar mijn oordeel terecht kiest hij als uitgangspunt, dat de omstandigheid dat de werkgever als 'werkverschaffer' maatschappelijk gezien in een machtspositie verkeert ten opzichte van de 'werkbehoevende' arbeider, geen rechtsgrond oplevert om deze machtspositie zonder meer te legitimeren. Zijns inziens gaat het erom, aangezien met de eenzijdige nadere bepaling van de arbeidsverplichting uitsluitend wordt beoogd te voorkomen, dat de arbeidsovereenkomst door onvoldoende bepaaldheid onuitvoerbaar zou worden, wie van beide partijen het best in staat is door zijn beslissing 'recht

27 T. Koopmans, a.w. (noot 8), p. 88.
28 T. Koopmans, a.w. (noot 8), p. 330.
29 T. Koopmans, a.w. (noot 8), p. 333.
30 C.J. Loonstra, a.w. (noot 22), p. 38.
31 M.G. Rood en M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties (VVA-preadvies), Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988, p. 43/44.
32 A.A. Bakker, Het werkgeversgezag opnieuw bezien, SMA 1982, p. 774, i.h.b. p. 776.

te doen' aan hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan. Met de Wet op de arbeidsovereenkomst is, aldus Bakker, gepoogd de feitelijke macht van de 'werkverschaffer' ten opzichte van de 'werkbehoevende' te transformeren tot een rechtens aanvaardbaar werkgeversgezag als contractuele bevoegdheid.

5 Medezeggenschap

Door het 'medewerkerscontract' zou, volgens F.J.H.M. van der Ven, het probleem, dat de medezeggenschap door niets in het arbeidscontract wordt gefundeerd, kunnen worden verholpen. Want: 'De wet kent medezeggenschap toe zonder dat daartoe in de constructie der rechtsrelatie tussen werkgever en werknemer ook maar een spoor van een rechtsgrond te vinden is. Het laat zich moeilijk verstaan hoe een verhouding waarvan het meest wezenlijke kenmerk persoonlijke onderschikking zou zijn, zich kan verdragen met een récht van de ondergeschikte op medezeggenschap. In juridische zin schijnt die medezeggenschap dus zo maar uit de lucht te komen vallen. Ik ben van mening dat het ernst maken met een recht op medezeggenschap van de werknemer binnen een samenwerkingsverband een volkomen nieuwe conceptie van de daarop betrekking hebbende arbeidsovereenkomst vereist.'[33] Het nieuw te creëren 'medewerkerscontract' vat Van der Ven op, behalve als een echt contract tussen twee partijen, als een rechtshandeling waardoor de medewerker toetreedt tot het collectieve werkgeverschap. Dat de betrokkene daarmee in een ambivalente situatie geraakt, acht Van der Ven geen bezwaar; het is zijns inziens de normale situatie waarin de mens in het gemeenschapsleven altijd verkeert. Medezeggenschap, zo blijkt dus, vormt een probleem.

Het deel van de werkgroep uit de Vereniging voor Arbeidsrecht 1976 dat Van der Ven volgt, gebruikt als argument: 'De toenemende mate waarin aan de werknemer buiten de bepalingen van het BW om medezeggenschap wordt toegekend en het feit dat men de arbeidsrelatie in een onderneming meer en meer in het kader van een bedrijfsgemeenschap is gaan zien geven deze opvatting nog een extra reliëf.'[34] Het andere deel van de werkgroep reageert daarop met: 'Als een van de argumenten voor de opvatting, dat een nieuwe formulering van artikel 1637a BW gewenst is, wordt genoemd de omstandigheid, dat aan de werknemers - buiten de regeling van het BW om - steeds meer medezeggenschap wordt toegekend. Dit argument is omkeerbaar in die zin, dat juist het bestaan van die medezeggenschap zijn oorzaak en rechtvaardiging vindt in de ondergeschiktheidspositie waarin zich de werknemer ten opzichte van zijn werkgever bevindt. Met andere woorden: medezeggenschap is een reactie op ondergeschiktheid.'[35] Stolwijk reageert op dat laatste met de stelling: 'De ondergeschiktheid van de werknemer ingevolge de arbeidsovereenkomst en de medezeggenschap van de werknemer gaan langs elkaar heen omdat ze zich op

33 F.J.H.M. Van der Ven, Over de aard der arbeidsovereenkomst, in Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977, H.L. Bakels red., Kluwer, Deventer, Samsom, Alphen aan den Rijn 1977, pp. 250/251.

34 Werkgroep VVA, a.w. (noot 19), p. 33.

35 Werkgroep VVA, a.w. (noot 19), p. 36.

verschillende terreinen bewegen.'[36] Ik deel die mening niet. Het is weliswaar zo, zoals ook Loonstra aannemelijk maakt, dat medezeggenschap betrekking heeft op collectiviteiten en dat gezag allereerst iets zegt over de relatie tussen superieur en ondergeschikte.[37] Maar medezeggenschap is vooral om redenen van organisatie aan collectiviteiten toegekend want zij komt in beginsel aan elke werknemer als individu toe omdat die een vrij en mondig maar onzelfstandig mens is. 'De bevoegdheid tot medezeggen is (.....) niet anders dan het rechtsfacet van de plicht tot verantwoordelijkheid.' Aldus J.J.M. van der Ven.[38] Ook al heeft medezeggenschap niet betrekking op onderwerpen die liggen in de kern van de ondergeschiktheid, van de onderworpenheid van de een, de werknemer, aan het gezag van de ander, de werkgever, toch ontleent de medezeggenschap in wezen haar bestaan aan de ondergeschiktheid, aan een het niet voor het zeggen hebben. De belemmeringen die de laatste tijd zijn binnengeslopen met betrekking tot de kring van personen aan wie medezeggenschap wordt toegekend (het betreft gedetacheerde werknemers), dienen te worden weggenomen.[39] Anderzijds verdient ook aandacht de vraag of en zo ja, in hoeverre, de collectief toegekende medezeggenschap aan werknemers die in grote mate zelfstandig zijn en die in vergaande mate de eigen werkomstandigheden bepalen, te ver is doorgeschoten.

6 Evaluatie

Wat bij F.J.H.M. van der Ven opvalt is, dat hij aanvankelijk, in 1971, nog een tweedeling ziet en dat het kennelijk niet zijn bedoeling is voor alle gevallen te bepleiten, dat het element van de ondergeschiktheid wordt vervangen door dat van de duur. Bij zijn afscheidsrede, in 1972, doet hij dat echter wel. De standpunten dreigen daardoor ten onrechte te worden verabsoluteerd.

Koopmans lijkt evenmin het gelijk volledig aan zijn zijde te hebben waar hij stelt, dat de ondergeschiktheid gelegen is in de onbepaaldheid van de prestatie. Het gezag van de werkgever strekt immers veel verder. Naar mijn oordeel is namelijk niet vol te houden, dat de werknemer als mens zijn onafhankelijkheid en vrijheid niet opgeeft omdat hij alleen maar zijn arbeidskracht verkoopt[40], of liever, verhuurt. Het is onmogelijk om de arbeidskracht van de mens te scheiden. Het gezag van de werkgever strekt zich dus ook uit over de persoon van de werknemer. Daarom is het zo indringend en daarom vindt het zijn legitimatie ook niet enkel (zoals Koopmans

36 F.F.M. Stolwijk, De definitie van de arbeidsovereenkomst, Samsom Alphen aan den Rijn 1977, p. 7.

37 C.J. Loonstra, a.w. (noot 22) p. 24.

38 J.J.M. van der Ven, De krisis der zeggenschap in de onderneming, in De mens in zijn rechtsorde, (Verzamelde opstellen) Kluwer, Deventer 1981, pp. 308-310.

39 Zie HR 30 december 1994, JAR 1995/18 en HR 30 december 1994, JAR 1995/19. Het beleidsvoornemen om deze belemmeringen op te ruimen is al kenbaar gemaakt; zie daaromtrent de Nota Flexibiliteit en zekerheid, a.w. (noot 13), p. 31.

40 P. Humblet, De gezagsuitoefening door de werkgever, Kluwer Rechtswetenschappen België 1994, p. 76, noemt in dit verband Horion en Jamoulle.

en Bakker lijken te stellen) in de onbepaaldheid van de te leveren prestatie. Feitelijk valt er, als men om zich heen kijkt, wel wat meer waar te nemen. Leijten onderkent dat in zijn conclusie bij het zogenaamde animeermeisjesarrest[41] 'Indien de werkgever geen enkele zeggenschap *heeft* over de wijze waarop het werk wordt verricht (over de werkinhoud) *kan* op grond daarvan, volgens HR 1962, 79, zonder miskenning van het recht worden aangenomen dat geen arbeidsovereenkomst in de zin van art. 1637a BW bestaat.' Het kan, maar deze conclusie is, aldus Leijten, niet noodzakelijk. Leijten komt met een complementaire opvatting namelijk, dat als de gezagsverhouding betreffende de 'werkdiscipline' klaarblijkelijk is, toch van 'in dienst' zijn kan worden gesproken. Het gaat met andere woorden ook om de orde in de onderneming, niet alleen om de precieze invulling van de werkzaamheden. Rood stemt hier kennelijk mee in want hij schrijft over de invulling niet alleen, zoals bij Koopmans ('Het gezagselement en de onbepaaldheid der arbeidsprestatie'[42]) en Bakker, van de arbeidsprestatie maar van de arbeids*relatie*.[43] Kennelijk kan Koopmans zich hiermee verenigen gezien de instemming waarmee hij recentelijk nog naar Rood verwijst.[44]

Tenslotte past de vermelding van het proefschrift van Humblet, dat diep op de problematiek in gaat.[45] Waar Humblet spreekt over het medewerkerscontract komt hij tot een conclusie die tegenovergesteld lijkt aan die van Van der Ven: 'De interindividuele arbeidsovereenkomst gesloten tussen twee natuurlijke personen heeft immers plaats gemaakt voor de associatieve, *i.e.* de overeenkomst waardoor een natuurlijk persoon toetreedt tot een organisatorisch verband (.....): de onderneming. Voor deze sociaal-economische realiteit (.....) is de gezagsuitoefening onontbeerlijk.'[46] Humblet vraagt zich af welke rechtsgronden er kunnen worden aangevoerd voor het gezag dat de werkgever binnen het raam van de arbeidsovereenkomst over de werknemer heeft en hij komt tot een drietal factoren: 1. het eigendomsrecht: de eigenaar van de onderneming ontleent aan de eigendom het gezagsrecht, 2. het verbintenissenrecht: het gezag is het gevolg van het overeengekomene; de regels van billijkheid en goede trouw gelden, 3. de institutionele theorie: het individuele belang van de werknemer is ondergeschikt aan het ondernemingsdoel en daarom onderwerpt de werknemer zich aan het gezag van de werkgever. Humblet beschouwt dit als een juridische vertaling van het corporatisme.[47] Hij lijkt zich met het eigendomsrecht als de facto grondslag van het gezag van de werkgever te kunnen verenigen en signaleert een overgang van concurrentiekapitalisme naar monopoliekapitalisme. Die gaat gepaard met een overgang van de despotische beheersing (dwang) in de ouderwetse persoonlijk geleide onderneming naar hegemoniale beheersing (instemming) in de moderne grote onder-

41 HR 17 april 1984, NJ 1985, 18.
42 T. Koopmans, a.w. (noot 8), p. 86.
43 M.G. Rood en M.J. van der Ven, a.w. (noot 31), p. 49.
44 Zie de conclusie van A-G Koopmans bij HR 16 september 1994, JAR 1994/214.
45 P. Humblet, De gezagsuitoefening door de werkgever, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994.
46 P. Humblet, a.w. (noot 45), p. 91.
47 P. Humblet, a.w. (noot 45), p. 2.

neming. 'De macht wijkt voor het gezag.'[48] Op het collectieve vlak is daar de countervailing power van de vakbonden. De onderneming is echter overgelaten aan de werkgever. Humblet stelt dat door bescherming van de private eigendom van de produktiemiddelen de werkgever een machtspositie binnen de onderneming bezit. Hij stelt vast dat het hele juridische normenapparaat doordrongen is van de gedachte dat de werkgever het gezag *moet* uitoefenen. Dat gezag van de werkgever vindt overigens zijn beperkingen in de wet. Zijn conclusie is, dat het gezag van de werkgever berust op een combinatie van rechtvaardigingsgronden.

Een dergelijke conclusie lijkt ook voor ons land aanvaardbaar. In de eerste plaats roep ik in herinnering, dat Van der Vens stellingname, althans in 1971, niet absoluut is. Van der Ven betrekt zijn stelling in 1971 alleen voor de grote onderneming. Uitdrukkelijk laat hij de mogelijkheid open van ondernemingen waarover de eigenaar op een volstrekte wijze kan beschikken, waar de werkgever de werknemers tegemoet treedt als de goede huisvader van de Wet op de arbeidsovereenkomst. Zeg maar, in de regel de kleine onderneming waar het contractueel gezag nog steeds de norm is. Die ondernemingen bestaan nog steeds en als we naar hun aantal in het midden- en kleinbedrijf zouden kijken, zijn ze waarschijnlijk ver in de meerderheid. Ik interpreteer zijn afscheidsrede, waarin hij het onderscheid niet meer maakt, niet aldus, dat hij dan in het geheel geen oog meer heeft voor dat onderscheid, ook al noemt hij het niet meer met name, zoals in 1971 in 'Evolutie in de loondienstverhouding'. Hij zal toch niet binnen één jaar zo geradicaliseerd zijn? Dit betekent al een relativering van zijn standpunt. In de discussies tussen de voor- en de tegenstanders lijkt dit gegeven wat op de achtergrond te zijn geraakt. Het is naar mijn oordeel ook niet zo, dat te pretenderen valt dat de ene of de andere opvatting zou moeten gelden voor het gehele veld van de arbeidsrelaties. De maatschappelijke werkelijkheid is daarvoor te divers. De vraag is veeleer of er voor een ontwikkeling in die richting ruimte is. Het antwoord op die vraag dient naar mijn oordeel bevestigend te luiden.

Met andere woorden: houden wij ons met die ene uniforme arbeidsovereenkomst voor alle werknemers, hoog en laag, en bij alle werkgevers, groot en klein, niet voor de gek? De onderliggende verhoudingen verschillen en daarmee ook de betekenis en de inhoud van de contracten. Die ene ongedeelde arbeidsovereenkomst suggereert meer eenheid dan er in werkelijkheid is. De werkelijkheid is pluriform en zij wordt weliswaar gevangen onder de arbeidsovereenkomst. Maar dat kan slechts bij gratie van veel open normen. De aanwezigheid van vele open normen is dan ook een kenmerk van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst. De vraag rijst of we daar mee door kunnen gaan en zo ja, hoe lang nog. De beantwoording van die vraag eist verder onderzoek. Is de arbeidsovereenkomst met een grote rechtspersoon, waardoor de werknemer zijn plaats wordt gewezen in de hiërarchie en waardoor hij mede deel gaat uitmaken van het beslisgeheel, niet zo volkomen verschillend van de arbeidsovereenkomst van de werknemer bij een kleine werkgever die tevens eigenaar

48 P. Humblet, a.w. (noot 45), p. 180.

is van de onderneming, dat dit verschil in een voor beide vormen verschillende kwalificatie behoort terug te komen? Met andere woorden: 'één sociaal recht, vele uitkomsten'[49], lijkt mij op dit punt uiteindelijk een minder bevredigend antwoord.

De discussie gaat verder. De in de inleiding gestelde vraag of er twee definities van de arbeidsovereenkomst zouden moeten komen, een voor werknemers in kleine en een voor werknemers in grote ondernemingen, beantwoord ik vooralsnog ontkennend. Wel zijn de tegenstanders van het vervallen van de ondergeschiktheid in de definitie van de arbeidsovereenkomst tot de slotsom gekomen, dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de gezagsuitoefening van de werkgever niet meer op de werkinhoud slaat maar op de werkdiscipline. Maar dat ondergraaft allerminst het element ondergeschiktheid in de definitie van de arbeidsovereenkomst. Ook wordt in de nota Flexibiliteit en zekerheid de introductie voorgesteld van een weerlegbaar rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, wanneer tegen betaling gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid (voor een ander) is verricht.[50] Dit lijkt een stap te zijn in de richting van het 'duurelement' van Van der Ven. De vaststelling is op haar plaats dat de leer van Van der Ven althans in de rechtspraktijk niet sterk is doorgedrongen. Vijfentwintig jaar nadat Van der Ven zijn pleidooi hield tegen het element ondergeschiktheid in de definitie van de arbeidsovereenkomst, blijkt het nog onverkort aanwezig te zijn en zijn functie te vervullen. Koopmans voert aan 'dat de rechtspraak geen afstand heeft genomen van de gezagsverhouding als onderscheidend kenmerk van de arbeidsovereenkomst'.[51] Wat het oordeel is van de rechtspraak mag dan wel van groot belang zijn voor de rechtspraktijk, het is niet zo, dat het de discussie sluit; uiteindelijk zal ook de rechtspraak zich laten leiden door hoe onze samenleving terzake oordeelt. Het is daarom van belang dat de discussie over de definitie van de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Want ook al is het element ondergeschiktheid daarin nog springlevend, kritische benaderingen van de definitie van de arbeidsovereenkomst zijn waardevol. Het recht is een abstractie waarmee juristen de werkelijkheid proberen te vangen. Die werkelijkheid is veelvormig en veranderlijk. De vraag of de definitie van de arbeidsovereenkomst haar nog in alle opzichten goed weergeeft blijft daarom actueel.

---

49 I.P. Asscher-Vonk, Eén sociaal recht, vele uitkomsten, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995.
50 Nota Flexibiliteit en zekerheid, a.w. (noot 13), p. 23.
51 A-G Koopmans in zijn conclusie bij HR 17 juni 1994, NJ 1994, 757.

De flexibele arbeidsrelatie in het sociaal recht

Y. KONIJN

In verschillende publikaties wordt de ontwikkeling geschetst die de werknemer vanaf het begin van deze eeuw tot nu zou hebben doorgemaakt. Was hij begin 1900 degene die zich onderdanig onderwierp aan het gezag van de werkgever van wie hij afhankelijk was en diende hij beschermd te worden tegen een al te groot overwicht van de werkgever, thans zou hij mondig, zelfbewust en vrij kunnen onderhandelen over zijn arbeidsvoorwaarden, waarbij hij weet wat hij wil. Hij wil niet meer veertig jaar aaneengesloten een baan van veertig uur per week maar heeft meer behoefte om werken af te wisselen met zorg voor anderen, scholing of heroriëntatie. Dit zou een duidelijker voorkeur voor een meer flexibele invulling van arbeidspatronen en arbeidsduur betekenen. Deze voorkeur zou tevens aansluiten bij de wens tot flexibiliteit aan de kant van de bedrijven.[1]

Flexibiliteit van de arbeidsverhouding wordt gezien als hèt wondermiddel tegen een stagnerende economische ontwikkeling. Het is echter tevens verworden tot een begrip dat op veel verschillende manieren wordt uitgelegd: van een arbeidsverhouding die volledig 'verprivaatrechtelijkt' is (voor deze arbeidsverhouding geldt geen dwingendrechtelijke beschermende wetgeving) tot een arbeidsverhouding, gebaseerd op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, op grond waarvan op wisselende tijden in wisselende omvang wordt gewerkt. De mate van mondigheid en de mogelijkheid tot onderhandelen over de omvang en voorwaarden waaronder arbeid wordt verricht zal in geval van een flexibele arbeidsrelatie afhangen van het type. Immers, juist het feit dat werknemers door de sociaal-rechtelijke wetgeving in de loop der tijd meer bescherming hebben gekregen geeft hen de mogelijkheid onafhankelijker tegenover hun werkgever te staan.

---

1 Zie hierover o.a.: P.F. van der Heijden, Post-industrieel arbeidsrecht, NJB 1993, 297; A.T.J.M. Jacobs, Kroniek van het Nederlandse arbeidsrecht, NJB 1994, 570; Sociale nota 1996, Tweede Kamer 1995-1996, 24 402.

De paraplu van het sociaal recht biedt echter niet iedere werkende bescherming. Sommigen staan aan de rand en vangen al druppels op, anderen krijgen de hele bui over zich heen. Degene die op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkt geniet de volledige bescherming, degene die een 'flexibele' arbeidsovereenkomst heeft staat in de drup, terwijl de 'verprivaatrechtelijkte' arbeidsverhouding geheel in de regen staat en eventueel zelf moet zorgen voor eigen bescherming.

De groep die hetzij aan de rand, hetzij geheel buiten staat, is de laatste vijftien jaar gestadig gegroeid en maakt thans circa 10% van de beroepsbevolking uit. Het gaat dan om werknemers met een zogenaamd flexibel contract: een uitzend-, oproep- of thuiswerkcontract.[2] Dat roept de vraag op of ingrijpen door de wetgever voor deze groep geboden is en zo ja, op welke wijze dat dient te gebeuren. Op deze vragen ga ik in het onderstaande in, waarbij als voorbeeld vaak de rechtspositie van de oproepkracht wordt genomen, omdat deze illustratief is voor de groep van flexibele arbeidskrachten.

Is wetgeving nodig?

Klassiek uitgangspunt van het arbeidsrecht is de erkenning dat werkgever en werknemer in een ongelijke machtsverhouding staan, omdat de werknemer voor de voorziening in zijn bestaan economisch afhankelijk is van de werkgever. De ongelijkheidscompensatie door dwingend-rechtelijke wetgeving, ook wel de raison d'être van het arbeidsovereenkomstenrecht genoemd,[3] moet dan uitkomst bieden. Behalve deze beschermende funktie heeft het arbeidsrecht vanouds ook een regulerende of ordenende werking.[4] Na 1980 lijken nieuwe funkties op te komen. Het sociaal recht wordt ingezet om bepaalde beleidsdoelen te bereiken. Bevordering van werkgelegenheid, van arbeidsmarktmobiliteit en terugdringing van (overheids)uitgaven zijn leidende uitgangspunten van verschillende wetsvoorstellen geworden.[5] Toch mag naar mijn mening de beschermende funktie van het arbeidsrecht niet worden verwaarloosd.

De economische ongelijkheid bestaat nog steeds. De mens is weliswaar mondig geworden en geëmancipeerd, de werknemende mens is nog steeds economisch afhankelijk van de werkgever.[6] De meeste mensen zijn immers voor het voorzien in hun bestaan aangewezen op arbeid voor een ander en zijn om die reden afhankelijk

---

2 Nota Flexibiliteit en Zekerheid, december 1995, Tweede Kamer 1995-1996, 25543, nr. 1 overigens wijst de FNV in haar nota Tijd voor nieuwe zekerheid van november 1995 erop dat het hier gaat om mensjaren. Uitgedrukt in personen wordt het percentage veel hoger.

3 R.A.A. Duk, Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht: 40 jaar in vogelvlucht, in: G.M.J. Veldkamp e.a. (Red.) Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog. Veertig jaar sociaal Maandblad Arbeid, p. 171 e.v.

4 Bles I, p. 5 e.v. Zie over deze functies o.a. M.G. Levenbach, De wet op de arbeidsovereenkomst en het nieuwere arbeidsrecht, RBA 1934, p. 83; W.F. de Gaay Fortman, De onderneming in het arbeidsrecht, diss. Amsterdam 1936, p. 20 e.v.; A.Ph.C.M. Jaspers, Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context, SMA 1982, p. 531 e.v.

5 Zie bijvoorbeeld de diverse voorstellen inzake de wijziging van het ontslagrecht en de wet TZ/Arbo, Wet van 22 december 1993, Stb. 750.

6 P.F. van der Heijden, Post-industrieel arbeidsrecht, NJB 1993, p. 297 e.v.

van die aanbieder van het werk. Juist die verhouding maakt een arbeidswetgeving die ongelijkheidscompensatie biedt nog steeds noodzakelijk. Dit geldt niet alleen voor degene die op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkt, maar ook voor anderen die geen of een flexibel arbeidscontract hebben. Daarbij geldt dat ook in maatschappelijk en economisch opzicht het van belang is dat kortstondige contracten zonder veel arbeids- en inkomenszekerheid zoveel mogelijk moeten worden vermeden.[7] Het bieden van een ongelijkheidscompensatie komt derhalve ook tegemoet aan de wens tot het beter functioneren van de arbeidsmarkt.
Om die reden zal de wetgever moeten ingrijpen. Het arbeidsrecht is thans te veel opgehangen aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst, waardoor ten onrechte een tweedeling is ontstaan tussen de arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten op grond waarvan arbeid voor een ander wordt verricht. Om deze tweedeling op te heffen is wetgeving het aangewezen instrument. In de eerste plaats uit oogpunt van rechtszekerheid. Het is dan niet meer nodig om eerst naar de rechter te stappen om te bepalen welke regels van toepassing zijn. In de tweede plaats omdat sociale partners in cao-afspraken weliswaar een eind in die richting kunnen komen, maar niet geheel omdat niet iedereen - en met name flexibele werkers niet - onder het bereik van een cao valt.

Bij de vormgeving van een wettelijke regeling is van belang dat een aantal uitgangspunten vaststaat. In de eerste plaats moet worden vastgesteld op wie de regeling van toepassing is. Daarbij zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen verschillende soorten arbeidscontracten, waarop een afzonderlijk rechtsregiem van toepassing is, dan wel gekozen kunnen worden voor een uniforme regeling.

In het verleden is wel gepleit voor een afzonderlijke regeling voor flexibele arbeidscontracten. De voorstellen betroffen de introductie van de 'werkovereenkomst' naast de bestaande overeenkomsten tot het verrichten van arbeid,[8] of een afzonderlijke wettelijke regeling.[9] Beide voorstellers wezen onder meer op het eigen karakter van de flexibele arbeidsrelatie en de in hun ogen gewrongen of behoudende wijze waarop deze werd beoordeeld aan de hand van de regels voor de traditionele arbeidsovereenkomst. Gezien de afbakeningsproblemen tussen flexibele arbeidsrelaties enerzijds en de arbeidsovereenkomst anderzijds lijkt mij een afzonderlijke wettelijke regeling niet gewenst. De rechtspraak geeft nu al aan hoe dun de scheidslijn is tussen een arbeidsovereenkomst en andere overeenkomsten. Bovendien blijft er een tweedeling bestaan tussen goed beschermde arbeidsovereenkomsten enerzijds en minder beschermde andere arbeidsrelaties, die gezien de economische afhankelijkheid van beide groepen niet gerechtvaardigd is. In plaats van een gescheiden behandeling van de soorten overeenkomsten ligt het meer voor de hand om binnen de regeling van de arbeidsovereenkomst zelf te zoeken naar oplossingen voor de gewenste flexibilisering.

---

7 Nota Flexibiliteit en Zekerheid, p. 7 e.v.
8 M.G. Rood en M.J. van der Ven, Flexibele Arbeidsrelaties, Alphen a.d. Rijn 1988, p. 57 e.v.
9 A.E.F. Hillen, Naar een eigen wettelijke regeling voor flexibele arbeidsrelaties, SMA 1990, p. 295.

De keuze van het kabinet in de nota Flexibilisering en Zekerheid voor een uniforme regeling ondersteun ik dan ook. Uitgangspunt voor de diverse voorstellen is de arbeidsovereenkomst. De gewenste flexibiliteit moet in beginsel tot stand komen binnen die arbeidsovereenkomst, waarvoor de wetgever dan mogelijkheden moet bieden.[10] Als tweede uitgangspunt dient te gelden dat arbeidsverhoudingen niet meer alleen kunnen worden bezien vanuit arbeidsrechtelijk perspectief; de gevolgen voor en de verhouding met de sociale verzekeringswetgeving, en met name de werknemersverzekeringen is in dit verband eveneens van groot belang. De wetgever is geneigd sociale zekerheid en arbeidsrecht als twee afzonderlijke terreinen te behandelen, zoals onlangs nog bleek uit de voorstellen in de nota Flexibiliteit en Zekerheid. Beide terreinen zijn echter nauw met elkaar verweven en deze band zal gezien de privatiseringsplannen alleen maar nauwer worden. Een adequate regeling voor flexibele arbeidsrelaties zal dus tevens de sociale verzekering moeten omvatten.

De huidige regeling bevat een aantal knelpunten, waardoor het niet mogelijk is om een duidelijk beeld te krijgen van de rechtspositie van de flexibele arbeidskracht. Zowel het arbeidsrecht als het sociale verzekeringsrecht gaan uit van arbeidsovereenkomsten met een vast aantal uren. Rechten en verplichtingen van partijen bij een oproepcontract moeten met behulp van een aantal kunstgrepen worden vastgesteld aan de hand van de regels voor deze arbeidsovereenkomsten. Dit levert knelpunten op waarin de jurisprudentie niet altijd kan voorzien. Grootste knelpunten bij een flexibele arbeidsrelatie zijn de kwalificatie van die relatie en daaraan gekoppeld de vraag of er zekerheid bestaat omtrent arbeid en inkomen.

Kwalificatie

De sociaal-rechtelijke regeling thans is, zoals reeds is opgemerkt, voor een groot deel opgehangen aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7A: 1637a BW. Dit fenomeen levert problemen op bij de vaststelling van de rechtspositie van de oproepkracht. Op het eerste gezicht lijkt de rechtspraak dit probleem soepel aan te pakken. In de loop der tijd is een aantal criteria ontwikkeld aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een flexibel contract al dan niet een arbeidsovereenkomst is. De elementen van art. 7A: 1637a BW worden met voor flexibele contracten specifieke aspecten ingevuld.[11]

Daarnaast kijkt de rechter in toenemende mate naar de feitelijke situatie. Waar deze lijkt op een arbeidsovereenkomst wordt zonder veel omhaal een arbeidsovereenkomst aangenomen. Hierbij gaat het vaak om langdurende arbeidsrelaties met een regelmatig arbeidspatroon.[12] Toch biedt de rechtspraak niet in alle gevallen uitkomst. Het door constructies heenkijken gebeurt in het algemeen pas als er sprake is geweest

10 Flexibiliteit en Zekerheid, p. 8 e.v.

11 Zie o.a.: HR 17 november 1978, NJ 1979, 140 (IVA/Queyssen) en CRvB 22 februari 1989, RSV 1989, 244.

12 Zie bijvoorbeeld: HR 8 april 1994, NJ 1994, 704; Ktg. Rotterdam 17 mei 1994, JAR 1994, 160.

van een jarenlange gegroeide situatie. Bij kortlopende overeenkomsten is men aangewezen op de beoordeling van de afzonderlijke elementen van art. 7A: 1637a BW. Deze oplossing is niet gelukkig.

Bij de interpretatie van art. 7A: 1637a BW is gaandeweg de bedoeling van de wetgever uit het oog verloren. Men is steeds meer belang gaan hechten aan de afzonderlijke elementen van art. 7A: 1637a BW, terwijl deze slechts als omschrijving zijn bedoeld. De vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt beantwoord aan de hand van een optelsom: met name de elementen 'in dienst', verplichting tot arbeid verrichten en de loonbetalingsverplichting dienen ieder voor zich te onderkennen te zijn. Als een van de elementen ontbreekt is er geen arbeidsovereenkomst. Dit leidt tot gewrongen constructies. Om een arbeidsovereenkomst te kunnen aannemen worden elementen onder het gezagscriterium gebracht die daar in feite niet thuishoren. Zo wordt voor het aannemen van een gezagsrelatie van belang geacht of de verrichte arbeid tot de gewone bedrijfsarbeid behoort, of de oproepkracht verplicht is al dan niet gehoor te geven aan een oproep, of er een bepaald aantal werkuren is afgesproken, etc.[13]

Naar mijn mening heeft de wetgever van 1907 een dergelijke benadering van art. 7A: 1637a BW niet voor ogen gehad. Waar het destijds om ging was het creëren van een wettelijke regeling ter bescherming van de economisch zwakke en afhankelijke werknemer. Bij deze regeling werd geen onderscheid gemaakt tussen werknemers; het ging om een algemene regeling. De woorden 'in dienst van' waren bedoeld om zelfstandige arbeid of arbeid in een vrij beroep van de regeling uit te sluiten.[14] Als meer naar de bedoeling van de wetgever zou worden gekeken, dan naar de afzonderlijke elementen van de definitie van 1637a BW, is er al veel gewonnen. Men zit niet vast aan de beperkingen van de afzonderlijke elementen, maar heeft meer vrijheid om na te gaan of de werknemer economisch afhankelijk van de werkgever is en of er reden is tot bescherming. Vaak is dit het geval wanneer een werknemer gedurende een bepaalde tijd voor één werkgever arbeid verricht. Het is dan aan de werkgever om aan te tonen dat geen sprake is van economische afhankelijkheid, bijvoorbeeld omdat de werkgever geen enkele zeggenschap over de werknemer heeft.

Het voorstel in de nota Flexibiliteit en Zekerheid komt aan deze gedachte tegemoet. Er wordt een rechtsvermoeden in de wet vastgelegd: er is sprake van een weerlegbaar rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, wanneer tegen betaling gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel ten minste twintig uren per maand arbeid is verricht. Dit vermoeden geldt ongeacht de locatie van de arbeid.[15] Hiermee komt een groot deel van de verprivaatrechtelijkte arbeidsverhouding onder de rand van de sociaal-rechtelijke paraplu. Het is daarmee echter niet gezegd dat zij daardoor allen dezelfde bescherming genieten.

---

13 Zie o.a.: HR 17 november 1978, NJ 1979, 140; CRvB 7 februari 1986, RSV 1986, 188; CRvB 2 mei 1986, RSV 1987, 155.

14 Zie hierover uitgebreid: H.C.M. Wüst, Het verleden als perspectief, SMA 1993, p. 179 e.v.

15 Nota Flexibiliteit en Zekerheid, p. 22.

Inkomensbescherming

Het vaststellen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst is voor het in werking treden van beschermende maatregelen niet voldoende. Een aanpassing van de wetgeving in verband met flexibilisering van de arbeid zal rekening moeten houden met het gewenste niveau van inkomensbescherming. Er zal moeten worden vastgesteld wie, op welk moment, welk risico draagt in het geval dat de werknemer niet werkt. De huidige bepalingen bieden daarvoor onvoldoende houvast. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat de flexibele arbeidskracht voor het grootste deel het risico loopt van het niet-werken. Dat geldt zowel voor het geval van terugloop van de werkzaamheden als in het geval van ziekte.

Ziekte

Inkomensbescherming bij ziekte van de werknemer wordt geregeld in art. 7A: 1638c BW en de Ziektewet. De bij invoering van de Wulbz[16] ontstane verplichting van de werkgever om op grond van art. 7A: 1638c BW bij ziekte gedurende 52 weken 70 % van het loon te betalen staat voorop. Deze verplichting geldt slechts indien en zolang tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat. Als deze binnen het tijdvak van de genoemde 52 weken eindigt, valt de werknemer terug op de Ziektewet. Hij heeft dan ingevolge art. 29 lid 2 onder c ZW recht op ziekengeld. Degene die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkt, maar wel verzekerd is krachtens art. 4 of 5 van de Ziektewet heeft recht op ziekengeld krachtens de Ziektewet vanaf de derde dag van ongeschiktheid (art. 29 lid 2 onder a ZW).

Hoe geldt dit alles nu voor flexibele werkers? Met invoering van de Wulbz is de Ziektewet geworden tot vangnetvoorziening voor degenen die buiten de boot dreigen te vallen. Het uitgangspunt voor het treffen van deze voorziening, zoals verwoord in de memorie van toelichting, klinkt veelbelovend: het zou in strijd zijn met het uitgangspunt van een sociaal geconditioneerde privatisering als de betrokken personen naar bijstandsniveau zouden moeten terugvallen, juist in een situatie waarin ze niet in staat zijn hun lot te verbeteren. Nadere beschouwing van de regeling leert echter dat het voor flexibele werkers alleen maar moeilijker is geworden om bij ziekte loon of een uitkering te ontvangen.

In de eerste plaats moet vastgesteld worden of de flexibele arbeidskracht al dan niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkt. Voor degene die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, geldt dat hij zich in geval van ziekte eerst tot zijn werkgever moet wenden. Het lijkt dan volgens de regering heel simpel: bij de beoordeling of er aanspraak bestaat op loondoorbetaling moet vastgesteld worden of er sprake is van een situatie waarin de werknemer, indien de ziekte niet was opgetreden, arbeid zou hebben verricht. Erkend wordt vervolgens dat deze situatie zich bij veel oproepcontracten niet voordoet, aangezien onzeker is wanneer wordt gewerkt. Vervolgens wordt zonder veel omhaal gesteld dat voor deze oproepkrachten de Ziektewet op grond van artikel 29, tweede lid, onder a, als vangnetvoorziening

16 Wet tot uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte, TK 1995-1996, no. 24 439.

zou kunnen dienen. Even verderop wordt echter gesteld dat zolang onduidelijk is of er recht bestaat op loondoorbetaling er - behoudens in gevallen genoemd in artikel 29a en 29b Ziektewet - geen ziekengeld zal worden uitgekeerd[17].

Een en ander moet onherroepelijk leiden tot een toename van conflicten tussen de flexibele arbeidskracht en zijn werkgever. De flexibele arbeidskracht is wel gedwongen om in eerste instantie zich bij ziekte tot zijn werkgever te wenden, die op zijn beurt niet zonder meer zal erkennen dat er een arbeidsovereenkomst bestaat of dat hij van plan was de oproepkracht op te roepen net op de dag dat de oproepkracht ziek werd. Als de flexibele arbeidskracht aanspraak wil maken op loondoorbetaling, zal de rechter moeten vaststellen of er een arbeidsovereenkomst bestaat. Zo niet dan valt de werknemer wellicht onder de categorie als bedoeld in art. 4 of 5 van de Ziektewet. Als wel een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, moet worden beoordeeld of in casu recht op doorbetaling van loon bestaat. Dit zal voor degenen die hetzij jarenlang een regelmatig arbeidspatroon hebben gehad, hetzij met de werkgever een minimum-aantal werkuren heeft afgesproken het minst problematisch zijn. In feite gaat het bij deze werknemers om een deeltijd-contract, waarbij bij ziekte recht op doorbetaling van loon over het gemiddeld aantal gewerkte uren, dan wel over het afgesproken minimum bestaat. Voor andere flexibele werkers, zoals degene die sinds kort op basis van een oproepcontract werkt, dan wel die op wisselende tijden in een onregelmatig patroon werkzaam is, zal aanspraak op loondoorbetaling moeilijk te realiseren zijn.

Dat in die gevallen een beroep op de vangnetvoorziening van de Ziektewet openstaat is nog maar zeer de vraag. Als het gaat om flexibele werknemers met een arbeidsovereenkomst, komt art. 29, tweede lid, onder a ZW niet in aanmerking, omdat onder dit artikel degenen vallen, die op grond van art. 4 of 5 Ziektewet een met een arbeidsovereenkomst gelijkgestelde dienstbetrekking hebben. Evenmin bestaat bij een doorlopende arbeidsovereenkomst een aanspraak op grond van art. 29, tweede lid, onder c, omdat daarvoor vereist is dat de dienstbetrekking is geëindigd. Hieruit blijkt al dat met een grote categorie oproepkrachten geen rekening is gehouden.

Ook als geen arbeidsovereenkomst bestaat, maar de oproepkracht verzekerd is op grond van art. 4 of 5 Ziektewet, is aanspraak op ziekengeld zeer twijfelachtig. Dit komt omdat art. 6 ZW, zeker in de nieuwe regeling, een groot aantal gevallen uitsluit. Krachtens art. 6 lid 2 ZW is alleen op dagen dat feitelijk gewerkt wordt of waarop de helft of meer van het normale loon wordt genoten een dienstbetrekking aanwezig. Op deze regel zijn onder meer in d en e van de bepaling uitzonderingen gemaakt, die van belang zijn voor flexibele werkers. Als de dienstbetrekking ertoe strekt dat hetzij slechts een gedeelte van de week, hetzij niet regelmatig in elke kalenderweek arbeid wordt verricht, wordt toch een dienstbetrekking aangenomen. In het laatste geval overigens slechts voor de week waarin de arbeid wordt verricht of zou worden verricht indien de werknemer niet ziek was geworden. Van belang voor beide bepalingen is dat sprake is van een doorlopende dienstbetrekking. Daarvan is volgens de CRvB, in navolging van een notitie van de FBV, slechts sprake in

17 TK 1995-1996, 24 439, nr. 6, blz. 21.

het geval dat het in feite gaat om een deeltijd-overeenkomst dan wel om een overeenkomst waarbij de werknemer verplicht is aan een oproep gehoor te geven.[18] Dat zijn thans degenen die zich bij ziekte tot hun werkgever zullen moeten wenden, omdat in de meeste gevallen sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat uiteindelijk slechts een zeer kleine categorie van werknemers een beroep kan doen op de uitzondering van art. 6, tweede lid, onder d en e. De overigen zullen slechts verzekerd zijn op de dagen dat zij feitelijk werken.

Al met al is de regeling rond ziekte voor de flexibele werker ingewikkeld. Er wordt geen rekening gehouden met het onregelmatige arbeidspatroon van een flexibele werker. Het is meer een toevalstreffer dan een vooraf bepaald recht als de flexibele werker bij ziekte aanspraak kan maken op een vervangend inkomen.

Daar komt nog bij dat in de nieuwe regeling rond ziekte met name de werknemer wordt gestraft als hij zou meewerken aan een constructie waardoor het ziekterisico voor rekening van de vangnetvoorziening komt. Een dergelijke handeling kan als benadelingshandeling worden beschouwd, waardoor gehele of gedeeltelijke weigering van ziekengeld mogelijk is.

Terugloop van werk

Ook in het geval van terugloop van het werk is de flexibele werker in feite slechts verzekerd van inkomen als hij daadwerkelijk werkt. Daarbuiten bestaat er geen garantie. In het algemeen kan worden gesteld dat op dit moment de flexibele werker het risico draagt van een geringere economische ontwikkeling. Als er (tijdelijk) geen werk is wordt de flexibele werker niet te werk gesteld en heeft geen recht op loon. Dit komt omdat art. 7A: 1638d BW vrij gemakkelijk kan worden uitgesloten, of omdat bij een wisselend aantal uren waarop gewerkt is niet eenvoudig is vast te stellen of en zo ja op hoeveel loon de flexibele werker recht heeft. In weer andere gevallen wordt er eenvoudig van uitgegaan dat het kenmerk van een flexibel contract juist is dat de loonbetalingsverplichting slechts bestaat voorzover feitelijk wordt gewerkt.

Alleen indien wordt aangenomen dat in feite sprake is van een (deeltijd) arbeidsovereenkomst met een gemiddeld aantal vast te stellen uren, bestaat recht op doorbetaling van loon. Een beroep op een schriftelijke uitsluiting van art. 7A: 1638d BW kan in die gevallen in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.[19] Terugval op een werkloosheidsuitkering zal in veel gevallen eveneens moeilijkheden opleveren. Soms wordt de flexibele werker uitkering geweigerd, omdat hij had moeten weten dat hij, ondanks uitsluiting van 1638d, toch aanspraak kon maken op doorbetaling van loon.[20] In de meeste gevallen zal de flexibele werker niet voldoen aan de - onlangs nog verzwaarde - referte-eis van art. 17 sub a WW of aan de arbeidsverledeneis van art. 17 sub b.

---

18 CRvB 17 juli 1995, PS 18 oktober 1995, nr. 788, p. 1483.

19 Ktg. Zwolle 21 juli 1992, JAR 1992, 60; Ktg. Utrecht, 1 april 1993, JAR 1993, 108.

20 CRvB 1 december 1992, RSV 1993, 135.

Dit betekent dat de flexibele werker in de meeste gevallen wel premieplichtig zal zijn geweest, omdat bij feitelijk werken vrijwel steeds een arbeidsovereenkomst wordt aangenomen, maar dat hij wat betreft de uitkeringsrechten veelal achter het net vist.

Remedies

Als een adequaat stelsel van arbeidsverhoudingen tot stand moet komen, waarin enerzijds voldoende ruimte overblijft voor flexibilisering en ook werknemers voldoende zijn beschermd, zal de wetgever een aantal voorzieningen moeten treffen. In de eerste plaats zal de grove scheidslijn tussen de arbeidsovereenkomst en de overige overeenkomsten tot het verrichten van arbeid moeten worden opgeheven. Voor het vaststellen wie bescherming behoeft gaat het niet om een optelsom van de elementen van art. 7A: 1637a BW, maar om de vraag wie economisch afhankelijk is en wie uit deze groep onder de regeling behoort te vallen. Het opnemen van een rechtsvermoeden in de wet, zoals voorgesteld in de nota Flexibilisering en Zekerheid is daarvoor een goed middel. Daarmee wordt tevens meer recht gedaan aan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever.

Vervolgens zal binnen de regeling van de arbeidsovereenkomst zelf moeten worden bezien op welke wijze een verantwoorde flexibilisering mogelijk is. Zowel de arbeidsrechtelijke als de sociale verzekeringsrechtelijke regels blijken niet uit de voeten te kunnen met arbeidsrelaties met een onregelmatig arbeidspatroon. In het voorgaande is dit probleem beschreven ten aanzien van de inkomensbescherming van werknemers. Dit vereist een bezinning op de vraag hoe een afgewogen stelsel van risico-verdeling moet worden ingericht.

Er valt veel te zeggen voor een systeem waar het risico van de werknemer verschuift naar de werkgever naarmate de arbeidsrelatie langer duurt.[21] De sociale verzekeringswetgeving dient dan als achterwacht te fungeren. Concreet betekent dit, dat bij ziekte vast moet staan op welk moment welk loon de werkgever moet doorbetalen. Dat vereist bij een onregelmatig arbeidspatroon vastlegging van een bepaalde loonaanspraak. Gedurende de eerste periode van de arbeidsrelatie zou daarin voorzien kunnen worden door middel van vastlegging van een minimum-arbeidsduur per week of per maand. De werknemer heeft dan bij ziekte tenminste aanspraak over dit minimum. Naarmate de relatie langer duurt kan worden uitgegaan van het gemiddelde loon dat over een bepaalde periode is genoten.

Voorts zal de vangnetvoorziening zoals voorzien in de Wulbz zodanig moeten worden ingericht dat de zieke werknemer aanspraak heeft op ziekengeld, zodra de loonbetalingsverplichting van de werkgever op grond van art. 7A: 1638c BW niet (meer) bestaat en niet, zoals nu, gekoppeld zijn aan het niet (meer) bestaan van een arbeidsovereenkomst. Art. 6 lid 2 ZW zal eveneens gewijzigd moeten worden. Het

21 Zoals ook wordt voorgesteld in de nota Flexibiliteit en Zekerheid.

gaat bij flexibele arbeidsrelaties vaak om onregelmatige arbeidspatronen, waarbij niet altijd een verplichting tot het gehoor geven aan een oproep bestaat, maar desondanks, zeker in het geval van een rechtsvermoeden, als arbeidsovereenkomst kan worden aangemerkt.[22]

De risico's van een verminderd aanbod van werk moeten op een andere manier worden bezien. Daarbij is het minder vanzelfsprekend om, zoals bij ziekte, het risico bij de werkgever te leggen. Maar ook hier zal de wetgever een aantal voorzieningen moeten treffen om een meer rechtvaardige risicoverdeling te creëren. Het huidige artikel 7A: 1638d BW maakt het mogelijk dat alle risico's onbeperkt schriftelijk kunnen worden uitgesloten. Het semi-dwingende karakter van het artikel biedt weinig waarborgen. Er zijn niet veel flexibele werkers die in de gelegenheid zijn om over deze uitsluiting te onderhandelen. In de nota Flexibiliteit en Zekerheid wordt een beperking in tijd voorgesteld. Gedurende een bepaalde tijd - gedacht wordt aan een half jaar - mag het werkgeversrisico door partijen worden weg gecontracteerd. Na die periode kan dat alleen maar bij cao.[23]

Als dit wordt toegestaan wordt het sluiten van kortdurende contracten weer erg aantrekkelijk. Beter lijkt het me om art. 7A: 1638d BW volledig driekwart-dwingend te maken, met daarbij de opdracht aan cao-partijen om te bepalen voor welke gevallen een eventuele uitsluiting geldt. Cao-partijen kunnen dan per bedrijfstak of onderneming bepalen in welke gevallen en hoe lang de werkgever dan wel de werknemer het bedoelde risico draagt. De clausule 'de werknemer heeft slechts recht op loon als hij feitelijk werkt' behoort dan tot het verleden.

Tegelijkertijd is ook hier vereist dat de sociale verzekering, in dit geval de WW, als achterwacht fungeert. De FNV heeft hiertoe een interessante suggestie gedaan in de vorm van een 'opbouw-WW', die als voorportaal voor de bestaande WW fungeert. Deze geeft flexibele werkers de mogelijkheid om een recht op uitkering op te bouwen, zonder dat zij aan referte-eisen hoeven te voldoen. Door te werken ontstaat een spaarsaldo, dat bij werkloosheid kan worden aangesproken.[24]

Slot

In het voorgaande heb ik op een paar punten aangegeven hoe een regeling van de flexibele arbeidsrelatie kan worden vormgegeven. Een volledige blauwdruk is in dit bestek niet mogelijk. De flexibele arbeidsrelatie zal in de toekomst steeds meer deel uit gaan maken van het arbeidsbestel. Niet alleen omdat de markt daarom vraagt, maar ook omdat werknemers zich in toenemende mate niet meer alleen willen richten op het werk. Het traditionele arbeidsrecht staat onder druk omdat het met die wensen niet uit de voeten kan. Dat wil echter niet zeggen dat de uitgangspunten van dat recht verouderd zijn en overboord gegooid moeten worden. Deze bieden juist handgrepen voor een verantwoorde en evenwichtige regelgeving. Het is daarom juist een uitdaging

22 Zie hierover ook de nota Tijd voor nieuwe zekerheid van de FNV, november 1995, p. 19.
23 P. 26.
24 FNV, Discussienota Tijd voor nieuwe zekerheid, november 1995, p. 19 e.v.

om met behoud van deze uitgangspunten een vernieuwde regeling voor de arbeidsovereenkomst te ontwerpen, dit in samenhang met de sociale verzekeringswetgeving en die tegemoet komt aan de wens tot flexibilisering van zowel werkgevers als werknemers. De kansen daarvoor liggen bij de aangekondigde discussie over de toekomst van de sociale zekerheid en bij invoering van titel 10 in boek 7.

Ziekteverzuim, controle en privacy

J. RIPHAGEN

1 Inleiding

De privatiseringsgedachte is een van de belangrijkste tendensen in het recht van de jaren tachtig en negentig. Zoals wel vaker het geval is met een tendens die in verschillende rechtsgebieden tot uiting komt, ondervindt ook het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht er de invloed van. Nu hangt de hierbedoelde ontwikkeling voor wat het sociaal zekerheidsrecht betreft voor een deel samen met de in 1993 gehouden parlementaire enquête naar de uitvoering van de werknemersverzekeringen. Daaruit kwam onder andere naar voren dat in de sociale zekerheid allerlei afwentelingsmechanismen een rol spelen. Door het betalen van collectieve premies - al was het op bedrijfstakniveau - was langzaam maar zeker de rechtstreekse band met het individuele ziekteverzuim weggevallen. De hieruit voortvloeiende gedachte is dat door de financiële verantwoordelijkheid voor het betalen van ziekengeld gedeeltelijk - en op den duur geheel - bij de werkgever te leggen, werkgever en werknemer worden aangespoord om meer attent te zijn op de bestrijding van het ziekteverzuim.

Hieraan moet worden toegevoegd, dat privatisering ook samenhangt met een nog meer algemene ontwikkeling, te weten de toegenomen mondigheid van de burger. De hieruit voortkomende gedachte is, dat de burger zelf wel kan kiezen of en in hoeverre hij zich wil verzekeren en onder welke voorwaarden. De vraag is nu of dit mondigheidsconcept ook ten volle gelding heeft indien een individuele publiekrechtelijke rechtsrelatie - bijvoorbeeld het recht op ziekengeld van de werknemer/verzekerde tegenover de bedrijfsvereniging - zonder meer wordt omgezet in een individuele privaatrechtelijke rechtsrelatie van de werknemer jegens de werkgever.

Een aan het mondigheidsconcept klevend gebrek is, dat het veronderstelt dat alle mensen even mondig zijn c.q. dat hun mondigheid en zelfstandigheid in alle situaties even sterk tot uiting komt. Met name in het arbeidsrecht zou dit kunnen betekenen dat eraan wordt voorbijgezien, dat een mondige werknemer nog geen economisch zelfstandige en economisch onafhankelijke werknemer hoeft te zijn. Anders gezegd:

de werknemer - voor zover wij althans over 'de' werknemer kunnen spreken - mag dan wel in zijn relatie tot de werkgever steeds mondiger zijn geworden, dat houdt nog niet in dat hij ook als een gelijkwaardige contractspartij is te beschouwen (zeker niet in een tijd van relatief grote werkloosheid).

Zien we de privatiseringstendens als een, ook in het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht, onontkoombaar gegeven, dan doet zich - ook op deze rechtsgebieden - de vraag voor hoever men daarmee kan gaan. De vraag is dan niet zozeer of met wat minder overheidsbescherming kan worden volstaan, maar welke mate van verminderde bescherming nog adequaat is te achten; d.w.z. nog zodanig is, dat het evenwicht tussen werkgever en werknemer niet te zeer ten nadele van de werknemer wordt verstoord. Nu is voor het beantwoorden van deze vraag geen exact meetinstrument beschikbaar waarmee wordt aangegeven wanneer er nog sprake is van gelijkwaardigheid en wanneer er sprake is van een verstoord evenwicht als zojuist bedoeld. Wel kan - in elk geval - worden gesteld dat aan privatisering met name op het terrein van het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht - minimaal - de eis mag worden gesteld dat zij gebaseerd is op een zeer zorgvuldige weging van de erbij betrokken belangen. Daarbij gaat het, voor wat het hierna te behandelen onderwerp betreft, vooral om de afweging van belangen van de werkgever en werknemer.

Hierna zal worden ingegaan op het begin oktober 1995 bij de Tweede Kamer ingediende ontwerp voor de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (verder: WULBZ).[1] Het ontwerp-WULBZ kan worden gezien als een vervolg op de TZ,[2] Wet terugdringing Ziekteverzuim - in werking per 1 januari 1994, ook wel de 2/6-weken maatregel genoemd. Laatstbedoelde wet regelt - kort gezegd - dat het recht op loondervingsvergoeding bij ziekte gedurende de eerste 6 en jegens een kleine werkgever de eerste 2[3] weken van ziekte in beginsel niet meer bestaat uit het recht op ziekengeld jegens de bedrijfsvereniging (het in wezen publiekrechtelijke uitvoeringsorgaan van de Ziektewet), maar uit een recht op loondoorbetaling jegens de werkgever (zie art. 1638c BW). Omdat de meeste ziektegevallen binnen 6 weken plegen te eindigen, was daarmee het loondervingsrecht bij ziekte al voor een belangrijk deel geprivatiseerd.[4] Het ontwerp-WULBZ versterkt een en ander nog door de aanspraak op loonbetaling bij ziekte jegens de (civielrechtelijke) werkgever uit te breiden tot

---

1 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Ziektewet en enkele andere wetten, TK 1995-1996, 24 439, nrs 1 t/m 3. Bij het schrijven van dit stuk heb ik geen gebruik meer kunnen maken van de naderhand ingediende Kamerstukken.

2 TK 1992-1993, 22 899.

3 Zie art. 29 lid 5 ZW, de hierna te noemen wetsartikelen verwijzen naar heden, oktober 1995, geldende teksten tenzij anders vermeld.

4 De TZ kent overigens een aantal uitzonderingen, waarin het recht op ziekengeld wel jegens de bedrijfsvereniging blijft bestaan; deze zijn deels vergelijkbaar met de ook op de WULBZ gemaakte uitzonderingen. E.e.a. betekent ook dat de werkgever aangesloten blijft bij een bedrijfsvereniging. Ook blijft de werknemer die verzekerd was ex art. 3 ZW krachtens dat artikel verzekerd.

52 weken. Daarmee is in feite het hele traject van de Ziektewet (verder: ZW) geprivatiseerd. Wel blijft de Ziektewet als zodanig bestaan als vangnetvoorziening voor een - op zich niet onbelangrijk - aantal gevallen. Deze betreffen met name de situatie dat geen civielrechtelijke werkgever aanwijsbaar is, die van het geëindigde dienstverband en de situatie van zieke werklozen.

Al met al is de consequentie van het voorgaande, heel in het algemeen gesproken, dat waar voor de invoering van de TZ het recht op vergoeding van loonderving in verband met ziekte in de eerste plaats een publiekrechtelijke aangelegenheid was, de loondervingsvergoeding na de invoering van de WULBZ in beginsel geheel is ingebed in de privaatrechtelijke relatie tussen werkgever en werknemer. Eerder[5] heb ik ten aanzien van het ontwerp TZ al aangegeven dat er, wil een minimale bescherming van de werknemer resteren, van een volledige privatisering geen sprake kan zijn. In de 2/6-weken maatregel is daarvan inderdaad ook geen sprake. Ook in het ontwerp-WULBZ is geen consequente en tot het uiterste doorgevoerde privatisering waarneembaar en een zodanige privatisering is door de opstellers van het ontwerp ook niet beoogd.[6] Het gevolg daarvan is dat mijn onderwerp tevens raakt aan nog een ander thema, t.w. dat van het dooreenlopen van privaat- en publiekrecht. Anders gezegd: het gaat niet alleen om een verandering - het recht op vergoeding van loonderving bij ziekte verschuift als gezegd meer in privaatrechtelijke richting - maar ook om continuïteit. Het arbeidsrecht had altijd al als opvallend kenmerk haar ligging op het grensvlak van publiek- en privaatrecht. Dit kenmerk wordt door de WULBZ, in verband met de vermenging van civielrechtelijk en publiekrechtelijke elementen in de voorgestelde regeling, nog extra onderstreept.

Als aangegeven komt in dit artikel het ontwerp-WULBZ aan de orde. Het is niet mijn bedoeling hier een gedetailleerd wetstechnisch of artikelgewijs commentaar op het ontwerp te leveren. Dat zou alleen al daarom weinig zin hebben, omdat ten tijde van het verschijnen van deze bundel (mei 1996) de op dit moment voorgestelde wetteksten wellicht al zijn achterhaald.[7] Het is slechts mijn bedoeling om aan te geven dat de WULBZ duidelijk illustreert dat de weging van belangen van werkgever en werknemer geen eenvoudige opgave is. Met andere woorden: het ontwerp-WULBZ levert een duidelijke illustratie van het gegeven dat de kernafweging van het arbeidsrecht altijd al de belangenafweging tussen werkgever en werknemer was en dat die afweging nog steeds actueel is. En - zo kan daaraan worden toegevoegd - ook in de komende vijftig jaar actueel zal blijven.

---

5 In 'Sociaal recht: de grenzen verkend' (De Leede-bundel), Privatisering als opgave en als probleem, Zwolle 1994, p. 381 e.v.

6 Zo is krachtens het ontwerp-art. 7A: 1638c lid 3 BW toestemming van de bedrijfsvereniging vereist voor tewerkstelling in passend werk bij een derde, zo moet de werkgever nog steeds een dertiende-weeks melding doen, en is hij, op straffe van een boete, verplicht tot het opstellen van een reïntegratieplan (zie overigens ook art. 39a ZW en 52j WW van het ontwerp-WULBZ).

7 Ten tijde van het schrijven van dit artikel was het zelfs onzeker of de WULBZ al per 1 januari 1996 ingevoerd zou kunnen worden.

Hierna zal ik slechts op drie onderdelen van het ontwerp-WULBZ ingaan. Meer in concreto komen aan de orde 1) de bevoegdheid van de werkgever om controlevoorschriften vast te stellen (par. 2), 2) de second opinion en de rechtsgang (par. 3) en 3) de privacyproblematiek (par. 4).

2 De op te stellen controlevoorschriften

Al direct na de totstandkoming van de TZ is de discussie losgebarsten over de vraag of de werkgever - als tegenwicht van de hem opgelegde financiële last bij ziekte van zijn werknemer - zijn werknemers bij ziekte mag controleren en terzake eisen mag stellen.[8] Een aantal arbeidsrechtelijke schrijvers hecht bij het beantwoorden van deze vraag veel gewicht aan het doorwerken van de grondwettelijk gewaarborgde privacy-bescherming - zie art. 10 Grondwet - in privaatrechtelijke relaties.[9] Hier speelt derhalve de horizontale werking van grondrechten een rol. Nu hangt, gelijk bekend, de mate van horizontale werking o.a. af van de aard van de rechtsrelatie. Het bijzondere karakter van de relatie tussen werkgever en werknemer - met name het aspect van de ongelijkheid van partijen - zou dan, volgens sommigen, een sterkere mate van doorwerking van grondrechten meebrengen dan in het algemene contractenrecht.[10] Dat zou ertoe leiden dat de werkgever, op basis van het Burgerlijk Wetboek (verder: BW) zoals dit tot 1 maart 1996, althans tot voor de invoering van de WULBZ luidde, zijn werknemer niet, ook niet op grond van bijzondere bedingen in de arbeidsovereenkomst, zonder meer tot het ondergaan van controle en medisch onderzoek kan verplichten.[11] Andere schrijvers meenden, dat de open normen van het arbeidsrecht - o.a. de eis van 'goed werknemerschap' - wel mogelijkheden bieden voor enige regulering op dit terrein, alsmede dat van een werknemer in redelijkheid wel meer gevergd kan worden dan alleen een tijdige ziekmelding. Hoe dan ook, de werkgever kan - zoals ook door de SER met recht is opgemerkt - nu eenmaal altijd de loonbetaling staken en het is dan aan de werknemer om zijn loon bij de rechter te vorderen, waarbij diens bewijspositie - juist indien hij bijvoorbeeld controle door de arbodienst van de werkgever heeft geweigerd - niet al te gunstig is.[12]

Een van de weinige punten waarover in de zojuist bedoelde discussie enige mate van eenstemmigheid heerst, is dat het in de eerste plaats een taak van de wetgever is een oplossing te bieden voor de rechtsonzekerheid op dit punt. Die oplossing poogt

---

8 Zie o.a. A.F. Rommelse, Ziekteverzuim, controle en privacy, Sociaal Recht 1994, p. 287 e.v. en M.M. Olbers, Arbeidsrechtelijke leemten in het voorstel TZ, Sociaal Recht 1993, p. 28 e.v. en Sociaal Recht 1993, p. 258 e.v.; zie aan de andere kant o.a. A.M. Luttmer-Kat, Sociaal Recht 1994, p. 361 en B. Hoogendijk, Sociaal Recht 1995, p. 108 e.v. Zie over deze materie ook de studie van de Registratiekamer, Ziekteverzuim en privacy, Serie Achtergrondstudies en Verkenningen, nr. 3.

9 Uiteraard spelen ook de artt. 11 en 12 Grondwet en art. 8 EVRM een rol.

10 Zo ook de Registratiekamer, t.a.p., p. 14.

11 Zie ook Registratiekamer, t.a.p., pp. 17-24.

12 Het SER-advies 95/05, De kabinetsvoornemens met betrekking tot de Ziektewet, AAW en WAO, o.a. p. 47.

de regering dan ook in het Ontwerp-WULBZ aan te reiken door het voorgestelde nieuwe lid 5 van art. 7A: 1638c BW. Dit artikel zou moeten bepalen dat de werkgever bevoegd is de loonbetaling *op te schorten* voor de tijd gedurende welke de werknemer zich niet houdt aan 'door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen'.

Op zich kan worden gesteld dat de formulering hier met enige zorg is gekozen, omdat het - althans op het eerste gezicht - niet gaat om inlichtingen over de (aard van de) ziekte of over de vraag waarom de werknemer in verband daarmee niet kan werken, maar (puur) om die inlichtingen die nodig zijn voor de voortzetting van de loonbetaling. Of daarmee echter veel is opgelost, is nog maar de vraag. Meer in het algemeen roept het voorgestelde artikellid, zoals nog zal blijken, veel vragen en twijfels op.

Alvorens daarop in te gaan, merk ik op dat de toelichting op de WULBZ in wel heel algemene en vage bewoordingen ingaat op de voor deze en andere onderdelen van de wet zo noodzakelijke belangenafweging tussen werkgever en werknemer. Zo wordt opgemerkt[13] dat de opzet van de wet er op is gericht dat gewaarborgd is dat de werknemer bij ziekte niet verstoken blijft van loon en dat anderzijds de werkgever 'aanknopingspunten heeft' om oneigenlijk gebruik van de loondoorbetalingsplicht tegen te gaan. Verderop[14] wordt gesteld dat het wetsontwerp voor de werkgever een hanteerbaar kader biedt om vorm te geven aan controlevoorschriften, terwijl tevens bescherming wordt geboden aan de werknemer tegen inbreuken op zijn persoonlijke levenssfeer. Daar komen we dus niet veel verder mee. Mijns inziens is in de Memorie van Toelichting op de WULBZ nergens sprake van een helder en inzichtelijk antwoord op de vraag waartoe meer in concreto de weging van belangen van werkgever en werknemer heeft geleid. Nu zou het denkbaar zijn dat een dergelijk antwoord wel te vinden is in die delen van de toelichting, die zijn toegespitst op concrete wetsbepalingen, maar dat is, zoals hierna zal blijken, evenmin het geval.

Het gebrek aan een helder zicht op de eerder bedoelde belangenafweging komt treffend tot uiting met betrekking tot de vraag naar de reikwijdte van art. 7A: 1638c lid 5 van het ontwerp.[15] Natuurlijk, het is evident dat dit artikellid - op zich mijns inziens terecht - een wettelijke basis biedt voor het opstellen van controlevoorschriften door de werkgever. Maar hoe ver mag de werkgever daarmee gaan?

De toelichting stelt dat de inhoud van eventuele voorschriften met opzet niet in de wet is opgenomen, dit teneinde een op bedrijfs- en bedrijfstakniveau toegespitste invulling van de controlevoorschriften mogelijk te maken. Wel brengt de wet, volgens de toelichting, 'duidelijke beperkingen' aan op te vergaande voorschriften. Deze beperkingen zouden daarin gelegen zijn dat het slechts mag gaan om voorschriften

13 Memorie van Toelichting (24 439), p. 20.
14 Idem, p. 21.
15 Memorie van Toelichting, pp. 20-22 en pp. 61-62.

en inlichtingen ten behoeve van het vaststellen van het recht op loon; tevens moeten de te geven voorschriften 'redelijk' zijn. De eerstbedoelde 'beperking' schiet naar mijn mening zijn doel geheel voorbij: het recht op loon wordt immers in art. 7A: 1638c lid 1 expliciet gekoppeld aan de verhindering om de bedongen arbeid te verrichten als gevolg van ziekte. Over laatstbedoelde twee aspecten zou ten behoeve van het vaststellen van het recht op loon dan ook zekerheid moeten bestaan. Gelet op de samenhang tussen het vijfde en het eerste lid van art. 7A: 1638c zou dus, strikt genomen, de werkgever wel degelijk alle mogelijke inlichtingen kunnen vragen omtrent de ziekte en de exacte reden waarom de gestelde ziekte tot het niet verrichten van arbeid door de werknemer zou moeten leiden. Ook ten aanzien van de als beperking opgevoerde eis van de redelijkheid van de controlevoorschriften, kan men naar mijn mening twijfels hebben. De invulling die de toelichting namelijk geeft op dit begrip leidt mijns inziens uitsluitend tot verwarring.

Zo wordt gesteld dat het binnen redelijkheidsgrenzen valt dat de werkgever de werknemer verplicht zich (tijdig) ziek te melden en dat deze laatste daarbij niet behoeft op te geven welke ziekte hij heeft; wel mag een globaal inzicht worden gevraagd in de maatregelen die de werknemer tot zijn genezing heeft genomen.[16] Gedetailleerde informatie over de behandeling en de genezing en de voortgang daarvan mag niet worden verlangd. Daaraan wordt echter direct weer toegevoegd dat een dergelijke gedetailleerde informatie wel gevergd mag worden van de werknemer, indien de vraag aan de orde is of en in hoeverre hij passend werk kan verrichten. Daarmee wordt de - schijnbare - duidelijkheid meteen weer weggenomen, terwijl tevens een belangrijke uitbreiding aan de werkingssfeer van de controlevoorschriften wordt gegeven.[17] In zeer veel gevallen immers - zeker in die ziektegevallen die langer dan zes weken duren - zal al snel duidelijk worden dat de werknemer zijn eigen werk niet meer, maar ander passend werk nog wel zal kunnen verrichten - eventueel het eigen werk in aangepaste vorm. Indien in al deze gevallen 'gedetailleerde inlichtingen', op straffe van loonopschorting, mogen worden gevraagd, komt van de privacy van de werknemer mijns inziens niet veel terecht. Dit wordt nog versterkt doordat de toelichting vervolgens stelt dat de controlevoorschriften weliswaar niet te belastend voor de werknemer mogen zijn, maar dat bijvoorbeeld wel mag worden vereist, dat de werknemer op bepaalde tijden thuis is - dus ook, hoewel niet in de toelichting vermeld, dat hij huisbezoek moet toelaten?[18]

Let wel: in het kader van de Ziektewet kon (en kan) een dergelijk vergaand voorschrift ook worden gegeven. Maar het gegeven dat een dergelijk voorschrift bij of krachtens wet in een publiekrechtelijke relatie is toegestaan, betekent nog niet automatisch dat zulks in een privaatrechtelijke relatie ook geoorloofd is. Anders gezegd,

---

16 E.e.a. komt globaal overeen met hetgeen de meeste schrijvers ook heden ten dage al een redelijke verplichting van de werknemer achten.

17 Hoe moet de werkgever overigens weten dat het bij de desbetreffende werknemer gaat om geschiktheid voor passend werk? Daartoe zou hij dus eigenlijk steeds alle informatie moeten kunnen verkrijgen.

18 Voortdurende controle of dagelijks thuisblijven zal, stelt de toelichting - let wel: 'in het algemeen' - geen redelijk doel dienen. Wordt hier dus gesuggereerd dat dit soms wel mogelijk is?

art. 7A: 1638c lid 5 schept wel de wettelijke basis voor het geven van controlevoorschriften, maar daarmee is nog niet gezegd dat elk van deze voorschriften, hoe vergaand ook, in concreto de rechterlijke toetsing zal kunnen doorstaan. Een en ander zou nog wel eens tot veel procedures kunnen leiden, omdat te verdedigen valt dat juist ten aanzien van 'open' normen - en het vereiste van redelijkheid van de controle voorschriften valt daar zeker onder - de doorwerking van grondrechten in horizontale relaties een grotere rol speelt dan indien sprake is van een gedetailleerde en een concrete wettelijke regeling. Zolang de rechter zich nog niet duidelijk over de aan controlevoorschriften te stellen grenzen heeft uitgelaten, zal, mede in verband met de al gesignaleerde onduidelijkheden in de toelichting, de onzekerheid voorop blijven staan; daarvan zal, naar het zich laat aanzien, de werknemer de dupe worden. Mijns inziens geeft de toelichting nergens overtuigend aan waarom voor een zo algemene en vage regeling is gekozen, en waarom - meer in het belang van de rechtszekerheid - niet is gekozen voor het aangeven van de hoofdlijnen van de inhoud van de controlevoorschriften in de wet zelf, met bijvoorbeeld een aanvullingsmogelijkheid bij cao.[19] Minimaal had in de wet - als signaal aan de werkgever - opgenomen kunnen worden dat de controlevoorschriften niet verder mogen gaan dan strikt noodzakelijk is voor een juiste uitvoering van art. 7A: 1638c BW.[20] Bij een en ander speelt mijns inziens tevens mee, dat de krachtens de Ziektewet te stellen controlevoorschriften door een onafhankelijke, hogere, instantie moet worden goedgekeurd[21] - de eventuele bemoeienis van een ondernemingsraad laat zich daarmee naar mijn mening in onvoldoende mate mee vergelijken.

Dit alles zou wellicht nog te billijken zijn, indien de gevolgen van het overtreden van controlevoorschriften door de werknemer beperkt zouden blijven. Het gevolg van een - vermeende - overtreding van een controlevoorschrift is waarschijnlijk opschorting van de loonbetaling, welke, afhankelijk van de omstandigheden, zich over lange tijd kan uitstrekken. Gedurende deze periode heeft de werknemer in kwestie geen recht op Ziektewet-uitkering, omdat die wet voor dit soort situaties niet als vangnet werkt.[22] Ook een eventueel beroep op de WW is dubieus te achten omdat de werknemer in verband met zijn ziekte doorgaans niet als beschikbaar voor de arbeidsmarkt zal worden aangemerkt. Betreft het geschil over het controlevoorschrift tevens de vraag of de werknemer (echt) ziek is, dan verhindert de via het Ontwerp-WULBZ in te voeren bepaling van art. 31 lid 5 WW het verstrekken van voorschotten

19 Het argument dat geen nadere regeling wenselijk is omdat de controlevoorschriften dan aangepast kunnen worden aan de per bedrijfstak verschillende omstandigheden, overtuigt mij niet: de controlevoorschriften van de - ook globaal per bedrijfstak georganiseerde - bedrijfsverenigingen vertonen heden ten dage nauwelijks grote verschillen.

20 Zie art. 39 ZW in de tekst tot 1 januari 1994.

21 Zie art. 39, lid 2 in de huidige tekst.

22 Hier wreekt zich dat niet is gekozen voor het systeem waarin een werknemer wel 'recht' heeft op ziekengeld, maar het recht op loon jegens de werkgever voorgaat.

op een eventueel recht op uitkering. Let wel: ook een vervangende uitkering krachtens de Algemene bijstandswet zal, indien de werknemer een verdienende partner heeft, vaak niet aan de orde komen.

Tegenover deze penibele situatie van de werknemer steekt de situatie van de werkgever wel heel gunstig af. Volgens de toelichting[23] is bewust voor het systeem van opschorting van de loonbetaling gekozen, teneinde de werkgever te vrijwaren van het moeten betalen van de wettelijke verhoging (art. 7A: 1638g BW) en de wettelijke vertragingsrente. Dit betekent dus dat de werkgever, bijvoorbeeld in geval van twijfel, zijn opschortingsbevoegdheid min of meer 'straffeloos' kan hanteren: wordt hij na een civiele procedure alsnog verplicht tot betaling, dan betaalt hij slechts - niet minder, maar ook niet meer - datgene wat hij anders toch had moeten betalen.[24] Nergens blijkt dat de regering zich op afdoende wijze rekenschap heeft gegeven van de hier geschetste, mijns inziens wel erg grote, verschillen in positie tussen werkgever en werknemer. Bij dit alles dient tevens bedacht te worden dat de toetsing door de civiele rechter van het gebruik dat een werkgever van diens opschortingsbevoegdheid maakt, wel eens minder strikt kan uitvallen dan de in het bestuurs(proces)recht gebruikelijke toetsing, waar - heel globaal gesproken - de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals zorgvuldigheid en evenredigheid voorop staan. Doorwerking van dergelijke beginselen in het privaatrecht is bepaald niet uitgesloten,[25] maar daarover bestaat op dit moment geen enkele zekerheid.

Ik maak tot slot nog een derde kanttekening: is er wel voldoende bij stilgestaan, dat de opschorting van de loonbetaling ex art. 7A: 1638c lid 5 kan samengaan met de staking van de loonbetaling ex art. 7A: 1638c lid 3? Immers, art. 7A: 1638c lid 3 sub b bepaalt dat geen recht op loon bestaat gedurende de tijd dat de genezing van de werknemer door diens toedoen wordt belemmerd.

Veel controlevoorschriften - bijvoorbeeld een voorschrift dat het direct inroepen van medische hulp eist - zullen hier direct of indirect ook mee te maken hebben. Dit betekent dat de werkgever zich in sommige gevallen op beide artikelonderdelen van art. 7A: 1638c zal kunnen beroepen.[26] Een en ander zal in elk geval tot enige tijd na invoering van de WULBZ tot rechtsonzekerheid leiden, omdat werkgevers - en zulks is uiteraard hun goed recht - zullen trachten uit te vinden welk van beide wegen het beste bestand is tegen (tegen-)vorderingen van werknemerszijde.[27]

---

23 Zie de Memorie van Toelichting bij de WULBZ, pp. 22 en 62.

24 Behoudens veroordeling in de proceskosten.

25 Zie o.a. de artt. 3:12, 6:2 en 6:248 BW.

26 Bovendien wordt hier een - gedeeltelijke - uitweg geboden aan de werkgever die heeft verzuimd om controlevoorschriften op te stellen.

27 Het nadeel van een beroep op art. 7A: 1638c lid 3 voor de werkgever is, dat hij - zo hij alsnog moet betalen - de wettelijke rente en de wettelijke verhoging wel moet betalen; het voordeel ervan is dat hij discussies over 'de redelijkheid' van de controlevoorschriften ontloopt. Het zesde lid van art. 7A: 1638c nieuw geldt in beide gevallen wel.

Welke conclusie valt uit het voorgaande te trekken? In elk geval minstens deze, dat de rechtsonzekerheid over de reikwijdte van de controlevoorschriften, het gegeven dat opschorting van de loonbetaling ernstige financiële gevolgen kan hebben, terwijl de werkgever in het derde lid van art. 7A: 1638c nog een extra sanctiemogelijkheid wordt geboden, niet in het voordeel van de werknemer werken. Dat zou misschien nog niet zo ernstig zijn, indien de positie van werkgever en werknemer en m.n ook hun procespositie, gelijkwaardig zouden zijn. Dat is echter (bepaald) niet het geval. Het opvallendste in dit verband is, dat de wetgever deze ongelijkwaardigheid in feite zelf heeft erkend door een regeling van de second opinion in de TZ/ZW op te nemen.

3 Second opinion/rechtsgang

Al bij de totstandkoming van de 2/6 weken-maatregel werd door de leden van de Tweede en Eerste Kamer ingezien dat een - gedeeltelijke - privatisering van het recht op ziekengeld ook belangrijke procesrechtelijke consequenties zou hebben. De 2/6 weken-maatregel zou immers - gegeven het feit dat de meeste ziektegevallen binnen 6 weken eindigen - meebrengen dat, bij een conflict tussen werkgever en werknemer over het bestaan van ziekte - de voorheen bestaande administratiefrechtelijke procedure tussen werknemer en bedrijfsvereniging niet meer gevolgd zou kunnen worden en de te volgen procedure de procedure tussen werknemer en werkgever voor de kantonrechter zou zijn. Nu is de positie van de eiser in een civiele procedure duidelijk anders dan die in een administratiefrechtelijke - denk aan de bewijspositie, de lijdelijkheid van de rechter en de kostenveroordeling - zodat de wens bestond tot enige tegemoetkoming op dit punt aan werknemers. Die is destijds gekomen in de vorm van art. 39 C ZW. Dit artikel geeft de werknemer de mogelijkheid om bij een geschil met zijn werkgever omtrent de ongeschiktheid tot werken de bedrijfsvereniging te verzoeken om een onderzoek naar die arbeidsgeschiktheid in te stellen. Weliswaar werd niet geregeld dat de werkgever aan de uitslag van dit onderzoek gebonden was, maar zo deze voor de werknemer positief zou zijn, kon de werknemer - indien de werkgever zich niets van het oordeel van de ingeschakelde arts zou aantrekken en zou blijven weigeren om loon te betalen, de bedrijfsvereniging verzoeken om ziekengeld in plaats van loon te betalen. De bedrijfsvereniging diende dit ziekengeld te verhalen op de werkgever en had de mogelijkheid om ook de kosten van het onderzoek en controle, gemaakt gedurende deze betaling van ziekengeld, bij de werkgever in rekening te brengen (zie art. 39 C lid 4 en 5).

Juist deze laatste regelingen versterkten de rechtspositie van de werknemer en betekenden in feite, dat de wetgever inzag dat zonder een dergelijke regeling het evenwicht tussen werkgever en werknemer te zeer ten nadele van deze laatste verstoord zou worden. Des te opmerkelijker dat de opstellers van de WULBZ juist deze laatste aspecten van de second opinion willen laten vervallen en een second opinion nieuwe stijl voorstellen, die in kwaliteit duidelijk minder is dan die van de huidige TZ/ZW.

Het nieuwe art. 7A: 1638ca BW bepaalt namelijk, dat de rechter 'een vordering tot betaling van loon als bedoeld in art. 1638c BW' afwijst, indien bij de eis niet een verklaring is gevoegd van een deskundige, benoemd door de bedrijfsvereniging,

waarbij de werkgever is aangesloten[28] 'omtrent de verhindering van de arbeider om de bedongen arbeid te verrichten'. De hier bedoelde deskundige (die een arts, maar ook een arbeidsdeskundige kan zijn) kan vervolgens inlichtingen inwinnen bij de behandelend arts (artsen) van de werknemer en aan hem of haar kan door de rechter (op verzoek van partijen) om een nadere toelichting worden gevraagd. Meer wordt in het wetsvoorstel omtrent de second opinion zelf niet geregeld; art. 56A Organisatiewet sociale verzekering (verder: OSV) regelt dat bedrijfsverenigingen zorgen voor het geven van de second opinion en daarvoor kosten in rekening mogen brengen bij de aanvrager ervan.[29]

Het vreemde is dat de ontwerpers van art. 7A: 1638ca BW er in de toelichting nergens blijk van geven zich in voldoende mate te realiseren dat een en ander ten opzichte van de TZ een duidelijke verslechtering van de positie van de werknemer inhoudt. In de huidige situatie is hij op zich niet tot het vragen van een second opinion verplicht, maar in de toekomst zal dit - in feite - vaak wel het geval zijn. Immers, heden ten dage (november 1995) kan een werknemer bij een conflict over het al dan niet ziek zijn bij zijn werkgever een verklaring presenteren van zijn huisarts of van zijn behandelend specialist. Is deze verklaring stellig genoeg, dan bestaat de kans dat de werkgever alsnog besluit tot het voortzetten van de loonbetaling. In de toekomst is het goed denkbaar, dat een werkgever in dergelijke gevallen - indien deze werkgever ten volle overtuigd is van het niet-ziek zijn van de werknemer - het 'erop laat aankomen' en blijft weigeren het loon door te betalen. De werknemer is in dat geval gedwongen een civiele procedure te starten en verplicht - op straffe van afwijzing van zijn vordering - een arts van de bedrijfsvereniging te raadplegen. Let wel: de verklaring van de behandelend arts presenteren bij de kantonrechter is niet afdoende, want art. 7A: 1638ca lid 1 verwijst nu eenmaal uitdrukkelijk naar een verklaring van een deskundige van de bedrijfsvereniging.

Zowel in de huidige TZ/ZW-wetgeving als in het nieuwe art. 7A: 1638ca is noch de werkgever noch de rechter gebonden aan de second opinion van de (arts van de) bedrijfsvereniging; dat wil zeggen: ook indien de werknemer zoals is voorgeschreven de desbetreffende verklaring van de bedrijfsvereniging bij zijn eis voegt en zelfs als deze verklaring voor hem positief is, kan de rechter nog immer zijn eis afwijzen (bij voorbeeld omdat hij de contra-expertise van de werkgever van een zwaarder gewicht acht). Ik merk overigens op dat art. 7A: 1638ca lid 1 strikt genomen niets over de inhoud van de desbetreffende verklaring vermeldt, maar volgens de toelichting is het wel degelijk de bedoeling dat daarin een uitspraak wordt gedaan over de eventuele ziekte van de werknemer en over de mate waarin deze als gevolg daarvan geheel of gedeeltelijk verhinderd is om te werken.[30] Opvallend is echter dat de rechter in een nieuwe situatie in die zin wél gebonden is dat hij een vordering van de

28 Als gezegd blijft aansluiting van de werkgever bij de bedrijfsvereniging bestaan.

29 Volgens de toelichting hoeft de second opinion de werknemer waarschijnlijk niet meer dan ƒ 35,-- te kosten.

30 De Memorie van Toelichting stelt (p. 24) dat de uitkomst van het deskundigen-onderzoek in het algemeen een duidelijke vingerwijzing zal zijn voor de uitslag van de procedure.

werknemer met betrekking tot het loon ex art. 7A: 1638c lid 1 moet afwijzen, zo de in art. 7A: 1638ca bedoelde verklaring niet bij de eis is gevoegd.[31] Op deze wijze wordt mijns inziens een extra drempel op de weg naar de rechter aangebracht.[32] Let wel: voor de werknemer is die drempel eigenlijk een dubbele: op dit moment kan hij de kantonrechter ook benaderen met een verklaring van één van zijn behandelend artsen, en op dit moment is het zo dat hij een kantongerechtsprocedure kan starten en zonodig in de loop van die procedure alsnog een second opinion van de bedrijfsvereniging kan vragen (art. 7A: 1638ca lid 1 echter stelt dat deze verklaring van de bedrijfsvereniging al bij de eis moet zijn gevoegd).[33] Een en ander is des te ernstiger, omdat de ervaring lijkt uit te wijzen dat de rechter onder de huidige TZ/ZW toch al heel weinig wordt ingeschakeld met betrekking tot kwesties rond het recht op loon tijdens ziekte. Men bedenke daarbij dat, als hiervoor weergegeven, de werknemer tijdens het opschorten of weigeren van loonbetaling door de werkgever geen beroep kan doen op vervangende ZW- of WW-uitkering. Waarom deze regeling, d.w.z. een regeling in deze vorm en met name het laten vervallen van het tweede en vierde lid van het huidige art. 39C ZW - welke artikelonderdelen de vervangende ziekengeldbetaling juist wel mogelijk maakten - nu echt noodzakelijk is, wordt m.i. in de Toelichting niet echt duidelijk gemaakt. Dat het een consequente invulling van de privatiseringsgedachte zou zijn om de bedrijfsvereniging als - in feite - publiekrechtelijk orgaan buiten spel te zetten, mag aannemelijk klinken, die bedrijfsvereniging wordt juist niet geheel buiten spel gezet omdat de in het eerste lid van art. 7A: 1638ca bedoelde verklaring uitdrukkelijk van een deskundige van die bedrijfsvereniging afkomstig moet zijn (zie overigens het zevende lid). Wat zou er eigenlijk realiter tegen zijn om, geheel in de lijn hiermee, tevens te bepalen dat de bedrijfsvereniging zo de desbetreffende verklaring van de deskundige positief is voor de werknemer, om betaling van ziekengeld kan worden gevraagd;[34] de bedrijfsvereniging blijft immers ziekengeld betalen aan de zogenaamde vangnetgevallen?[35] [36]

De hiervoor aangegeven twijfels over de voorgestelde regeling worden nog versterkt doordat de SER m.i. met enig recht de vraag stelt of de voorgestelde regeling niet in strijd is met de Grondwet en op gespannen voet staat met art. 6 EVRM, nu deze

---

31 Ook indien de verklaring van de deskundige in het kader van de second opinion voor de werknemer negatief is, kan hij deze aan de kantonrechter voorleggen en vervolgens pogen de inhoud van die verklaring aan te vechten, bijvoorbeeld door een tweede deskundige om een onderzoek te vragen.

32 Omdat de tekst van art. 7A: 1638ca lid 1 spreekt over een vordering tot betaling van loon als bedoeld in art. 7A: 1638c, kan art. 1638ca lid 1 strikt genomen ook gehanteerd worden voor die geschillen die geheel niet rechtstreeks te maken hebben met het al dan niet ziek zijn van de werknemer.

33 Zie over het tweede lid van art. 7A: 1638ca hierna.

34 Zo nodig te zijner tijd, na de uitslag van de civiele procedure, te verrekenen met het alsnog te betalen loon; daartoe is wel een geringe aanpassing van art. 7A: 1638c lid 4 nodig.

35 De bedrijfsvereniging blijft, ook na invoering van de WULBZ, nog in verschillende situaties een rol spelen in de relatie tussen werkgever en werknemer (zie o.a. art. 38 ZW en 71a WAO).

36 Het bezwaar van Fase (SMA 1995, pp. 354-355) dat de bedrijfsvereniging ziekengeld zou moeten betalen, ook indien de second opinion afkomstig is van een andere instantie, speelt bij de huidige tekst van art. 7A: 1638ca lid 1 niet (maar wellicht wel bij het zevende lid).

de facto de toegang tot de rechter beperkt.[37] De hierop door de regering gegeven repliek is voornamelijk formeel van aard: de letterlijke tekst van het voorgestelde wetsartikel beperkt de toegang tot de rechter niet, maar creëert 'slechts' één verplichte afwijzingsgrond voor de rechter met betrekking tot de door de werknemer ingediende vordering.[38] Op de psychologische drempel die art. 7A: 1638ca lid 1 opwerpt, wordt niet ingegaan. Bovendien is de invulling welke de Memorie van Toelichting geeft op de enige uitzondering op de verplichte overlegging van de verklaring van een deskundige - deze is namelijk niet nodig indien dit redelijkerwijs niet van de werknemer gevergd kan worden - wel zeer beperkt.[39] Deze uitzondering zal zich volgens de regering bijvoorbeeld voordoen indien de werkgever de ziekte van de werknemer in een eerder stadium heeft erkend, maar daarop later weer terugkomt; een dergelijke casus zal zich in de praktijk wel niet erg vaak voordoen, terwijl de bedoelde erkenning, wil de werknemer zich met enig succes op art. 7A: 1638ca lid 2 beroepen, dan toch wel ergens schriftelijk zal moeten vastliggen.

De hier aangegeven problematiek is in wezen een uitvloeisel van een breder probleem, te weten dat de regering niet is ingegaan op de suggesties van de SER om de hier bedoelde procedure - evenals de voormalige en de huidige procedures omtrent het recht op ziekengeld - te laten behandelen door de administratieve rechter.[40] De regering poogt aan de bezwaren tegen behandeling door de civiele rechter tegemoet te komen door te bepalen dat de kostenveroordeling van de werknemer slechts plaats zal vinden bij kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht (dus analoog aan art. 8:75 Algemene wet bestuursrecht) en door te bepalen dat het griffierecht, vergeleken bij de huidige situatie, niet zal worden verhoogd.[41] Of deze tegemoetkoming soelaas zal bieden en daarmee het probleem in essentie van tafel is, valt mijns inziens zeer te betwijfelen. Sterker nog: naarmate meer delen van de sociale zekerheid geprivatiseerd gaan worden, zal de vraag of het uit rechtsbeschermingsoogpunt niet het meest wenselijk is om de desbetreffende procedures onder het bereik van de bestuursrechter te houden, in toenemende mate gesteld gaan worden. Deze vraag zou wel eens een van de belangrijkste privatiseringsvragen van de komende jaren kunnen blijken.

---

37 Het SER-advies, t.a.p., p. 48.

38 Memorie van Toelichting, p. 27.

39 Memorie van Toelichting, p. 65.

40 Zie het SER-advies, t.a.p., pp. 49-51. Terecht wijst de SER er op dat de civiele en de administratiefrechtelijke procedures zich ten aanzien van één en hetzelfde ziektegeval kunnen voordoen en dat het soms onduidelijk kan zijn tot welke rechter men zich moet wenden (bijvoorbeeld bij een vermeende flexibele arbeidsrelatie die niet onder art. 7A: 1637a BW valt).

41 D.w.z.: het griffierecht zal even hoog zijn als het griffierecht dat moet worden betaald in soortgelijke procedures m.b.t. het recht op ziekengeld voor de administratieve rechter (Memorie van Toelichting, p. 66).

4 De privacy-bescherming[42]

Als hiervoor aangegeven, geeft art. 7A: 1638c lid 5 BW wel een juridische basis voor het uitvaardigen van controlevoorschriften door de werkgever, maar is daarmee nog niet gezegd dat de inhoud van dergelijke voorschriften steeds de toets aan hogere regelingen zal kunnen doorstaan, men denke aan het grondwettelijk verankerde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (voor zover doorwerkend in privaatrechtelijke relaties). Gelet op het de laatste jaren toegenomen belang van de privacy-bescherming zou men wellicht met het oog hierop een duidelijke en principiële stellingname van de regering verwachten met betrekking tot de vraag welke medische gegevens de werkgever, c.q. de arbodienst van de werkgever, van de werknemer mag verlangen. Die verwachting komt echter in het geheel niet uit: de Memorie van Toelichting vermeldt op pagina 22 uitdrukkelijk, dat men de principiële vraag hoe ver het beroepsgeheim van de arts strekt (liever) niet wil beantwoorden, maar dat men heeft gezocht naar 'een zo praktisch mogelijke aanpak'. Die aanpak komt er op neer dat ook op het punt van de medische gegevensverstrekking de inhoud van de controlevoorschriften niet nader wordt ingevuld en de toelichting[43] als een soort algemene regel vooropstelt, dat de werkgever geen privacy-gevoelige, gedetailleerde, informatie over medische kwesties van een werknemer behoeft te verkrijgen. Echter, de arts van de arbodienst zal dergelijke gegevens wel van een werknemer kunnen verlangen; de toelichting spreekt overigens over de 'controlerend arts'.[44] Dat wil zeggen, volgens de toelichting moet de werknemer de controlerend arts 'een volledig inzicht geven' in zijn ziekteproblematiek en dient hij tegenover deze arts 'zijn genezingsproces uitvoerig uiteen te zetten'; naar ik begrijp mogen controlevoorschriften terzake dan ook eisen stellen.[45] De werkgever kan vervolgens de aldus aan de controlerend arts verstrekte informatie niet zo maar verkrijgen, maar slechts in gefilterde vorm, d.w.z. de controlerend arts en de werknemer bepalen - zo stellen de opstellers van de toelichting het zich althans voor - in gezamenlijk overleg welke informatie aan de werkgever kan worden verstrekt en welke informatie tot de privacy-sfeer van de werknemer behoort. De aldus aan de werkgever verstrekte informatie zou in beginsel beperkt kunnen blijven tot die welke echt noodzakelijk is voor het vaststellen van het recht op loon.

---

42 Uiteraard is het zelfs bij benadering niet mogelijk in deze bijdrage alle privatiseringsvragen te behandelen. De relatie tussen behandelend arts en arbodienst, tussen arbodienst en bedrijfsvereniging, en tussen arbodienst en verzekeringsmaatschappij laat ik derhalve buiten beschouwing. Zie over enkele punten hiervan mijn bijdrage in de SCOSZ-publikatie nr. 15.

43 Zie Memorie van Toelichting, pp. 23 en 62.

44 De toelichting spreekt op pp. 62 en 63 over de arbodienst en de bedrijfsarts.

45 Een vraag waar het wetsontwerp en de toelichting geheel niet op ingaan is, of, indien de werkgever zijn betalingsrisico heeft herverzekerd bij een particuliere verzekeringsmaatschappij, ook via de controlevoorschriften een controle door een arts van een verzekeringsmaatschappij opgelegd kan worden.

Dit lijkt op het eerste gezicht een acceptabel systeem.[46] De vraag is echter of het allemaal zo eenvoudig ligt. Ik attendeer er allereerst op dat, als hiervoor al aangegeven, de werkgever volgens de Memorie van Toelichting wel gedetailleerde gegevens van de werknemer kan vragen, indien het gaat om de vraag of en in hoeverre andere passende arbeid kan worden verricht. Vervolgens wordt in de toelichting nergens ten gronde ingegaan op de vraag wat er gebeurt indien de werkgever de door de arts en werknemer gemaakte selectie van medische gegevens onvoldoende acht.[47] De werkgever zou in dat geval loonbetaling kunnen weigeren of deze kunnen opschorten. Vervolgens zou het dan - indien de werkgever in zijn houding volhardt - de werknemer zijn die gedwongen is om een civiele procedure te starten; let wel: ook al gaat het om de hoeveelheid te verstrekken medische informatie, naar de letter van art. 7A: 1638ca lid 1 kan ook dan het vragen van een second opinion nodig zijn. In de dan volgende civiele procedure zal zeker de vraag opgeworpen worden of door de werkgever inzage kan worden verkregen in de medische gegevens waarom het gaat, eventueel inclusief de inhoud van de second opinion (welke de werknemer als gezegd bij het instellen van zijn eis moet overleggen). De Memorie van Toelichting komt op dit punt niet verder dan de opmerking[48] dat de rechter per geval moet beoordelen hoever de bescherming van de privacy van de werknemer moet gaan.

Me dunkt dat de opstellers van de toelichting hier op een essentieel punt falen. Het is de taak van de wetgever zo helder mogelijk aan te geven hoever de bescherming van de persoonlijke levenssfeer strekt of althans aan de rechter aanknopingspunten te bieden voor zijn beoordeling ter zake. De regering lijkt totaal over het hoofd te zien dat de positie van de werkgever, zodra het tot een (civiele) procedure komt, een totaal andere is dan daarvoor. Voordien zou nog gesteld kunnen worden dat de werkgever 'slechts' een financieel belang heeft bij het verkrijgen van zoveel mogelijk (medische) informatie. Is er eenmaal sprake van een civiele procedure, dan speelt ook een meer principieel en verdragsrechtelijk belang: de werkgever heeft als procespartij krachtens artikel 6 EVRM recht op een 'fair trial', terwijl de eis van 'equality of arms' meebrengt dat hij realiter verweer moet kunnen voeren tegen de ingestelde vordering, derhalve tegen de stelling van de werknemer dat hij echt ziek is. O.a. de uitspraken van de CRvB in de zogenaamde malusgedingen[49] laten zien dat één en ander in het geheel geen eenvoudige kwestie is.

De vergelijking met zogenaamde maluszaken gaat overigens niet helemaal op: daar ging het erom dat de overheid (de bedrijfsvereniging) haar vordering jegens de werkgever tot oplegging van de malus verloren zag gaan, omdat die vordering gebaseerd was op - medische en arbeidskundige - gegevens verkregen in de relatie met een derde (de werknemer aan wie uitkering was toegekend), terwijl die gegevens

46 Ook de Registratiekamer (t.a.p.) maakt onderscheid tussen gegevensverstrekking aan de werkgever die maar beperkt mogelijk zou moeten zijn en die aan een arts van een arbodienst, die ruimer mogelijk moet zijn. Dit onderscheid lijkt me op zich zeker verdedigbaar.

47 De Memorie van Toelichting noemt op p. 23 deze mogelijkheid wel terloops.

48 Zie Memorie van Toelichting, pp. 23 en 28.

49 CRvB 15 februari 1995, RSV/Aktueel 95/3 en AAe 1995, p. 497 m.n. van mijn hand.

in verband met de privacybelangen van die derde niet of slechts gedeeltelijk overgelegd mochten worden. In de gedingen tussen werkgever en werknemer spelen die privacybelangen veel directer. Maar men kan toch - althans in beginsel - bezwaarlijk aannemen dat een werknemer zijn loonvordering zonder meer verloren ziet gaat, uitsluitend omdat hij zich beroept op de grondwettelijk en verdragsrechtelijk gewaarborgde bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer? Aan de andere kant heeft de werkgever ook een verdragsrechtelijk beschermd recht op een eerlijke verdediging.

Een regel als die van art. 8:29 Awb,[50] zoal analoog van toepassing, zal niet steeds soelaas bieden, omdat de werkgever de in dit artikel bedoelde toestemming aan de rechter - om op basis van hem niet bekende gegevens recht te spreken - indien de situatie tussen werkgever en werknemer is geëscaleerd, wel niet zal geven. Meer zinvol zou een regeling kunnen zijn, waarbij de werkgever een arts kan aanwijzen (in wie hij vertrouwen heeft), die inzage in de gegevens van de wederpartij kan krijgen, daarop eventueel commentaar kan leveren, waarna de rechter uitspraak doet. Kortom: er is wel meer denkbaar dan uitsluitend de in de toelichting gemaakte opmerking dat het oplossen van dit soort problemen aan de rechter moet worden overgelaten.[51]

Samengevat kan worden gesteld dat het ontwerp zelf in feite niets (expliciet) over de privacy-bescherming regelt en dat de toelichting op het ontwerp de verwarring over dit punt alleen nog maar versterkt. Door te stellen dat de werkgever soms het verstrekken van gedetailleerde medische informatie (aan een arts) mag voorschrijven zonder daaraan enige begrenzing te geven, door te suggereren dat de werkgever de door de controle-arts en werknemer gezamenlijk gemaakte selectie (van medische gegevens) niet behoeft te accepteren en door niet - zelfs niet summier - te regelen wat er moet gebeuren indien daarover een procedure ontstaat, vergroot de regering de rechtsonzekerheid van de werknemer. Een en ander vloeit voort uit de expliciet geuite wens om ten aanzien van deze punten geen principiële stellingname in te nemen - van een heldere en doeltreffende afweging van de belangen van werkgever en werknemer is dan ook als het ware qualitate qua geen sprake.

Dit laatste - het ontbreken van een inzichtelijke weging van belangen - kwam bij elk van de hiervoor besproken drie deelaspecten van de WULBZ aan de orde. Was de regering niet meer gebiologeerd door de gedachte dat de financiële prikkel ten aanzien van de verzuimbestrijding nu definitief bij de werkgever moest worden gelegd, dan door de vraag of het arbeidsrechtelijk evenwicht tussen werkgever en werknemer door een en ander misschien verstoord zou worden? De op dit moment beschikbare

50 Kort gezegd: een partij kan om gewichtige redenen stukken overleggen met de mededeling dat kennisneming ervan alleen aan de rechtbank is voorbehouden; de rechtbank mag zich daarop dan slechts baseren met toestemming van de wederpartij.

51 Zie art. 8:32 lid 2 Awb, maar in dat artikelonderdeel is ook overlegging aan de gemachtigde van de werkgever mogelijk.

stukken maken dit niet duidelijk. Wel aannemelijk is mijns inziens, dat de voorliggende voorstellen van de WULBZ afbreuk doen aan het rechtsbeschermingskarakter van het sociaal recht.[52]

5 Slot

Het voorgaande is, als aangegeven, niet meer dan een momentopname. Een momentopname van het doorlopende wetgevingsproces op het terrein van het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht. Wellicht dat ten tijde van de publikatie van dit artikel in de loop van de kamerbehandeling inmiddels andere afwegingen zijn gemaakt, danwel de huidige voorstellen - alsnog - van een betere motivering zijn voorzien. Hoe dat ook zij, de aanleiding voor het ontwerp-WULBZ, onder andere het streven naar privatisering, zal in de nabije toekomst onze aandacht blijven opeisen. Zal het ook een verschijnsel zijn dat ons in de komende vijftig jaar bezig zal blijven houden? Dat is niet zeker. Zeker is wel dat privatisering kan worden gezien als een deelaspect van de meer algemene tendens, te weten die van minder overheidsbemoeienis, van versoepeling van regels, en die van individualisering.

De afgelopen vijftig jaar kunnen voor wat betreft het arbeidsrecht en het sociaal zekerheidsrecht getypeerd worden als een periode van toenemende overheidsbemoeienis en toenemende bescherming (van de werknemer). Moeten de TZ, de WULBZ en in het algemeen de voortgezette privatisering van de sociale zekerheid geduid worden als tekenen die juist in een andere richting wijzen? Ondenkbaar is dat niet. Denkbaar is dat in de komende vijftig jaar een ander gewicht zal worden toegekend aan de (wederzijdse) belangen van werkgevers en werknemers. Denkbaar is dat het idee veld zal winnen dat de werknemer ook wel met wat minder rechtsbescherming toe kan. Indien dit juist is, zal de vraag hoever daarmee te gaan, zeker een van de belangrijkste vragen worden van het sociale recht in de komende vijftig jaar. Onbetwist lijkt in elk geval, dat de zojuist bedoelde belangenafweging zelf, in welke context dan ook, ook de komende vijftig jaar de kernvraag van het sociaal recht zal blijven.

52 De positie van de werknemer wordt er in het algemeen toch al niet beter op, omdat werkgevers in de toekomst wellicht - nog - meer voor inkleding van de arbeidsrelatie in flexibele en los-vaste vorm zullen kiezen, zie o.a. in deze zin Fase in SMA 1995, pp. 349, 350 en 359.

Arbeidsorganisatie en flexibiliteit

J.A. VAN GIJZEN

1 Inleiding

Diverse trends in onze maatschappij stellen duurzaam hogere eisen aan de flexibiliteit van organisaties dat wil zeggen aan de mate waarin en de snelheid waarmee een arbeidsorganisatie kan reageren op een nieuwe situatie.[1] Zowel in tijden van voor- als tegenspoed. Te noemen zijn trends als vergrijzing, internationale concurrentie, individualisering en informatisering.

In verband met de snelheid en intensiteit waarmee veranderingen zich in de omgeving van en binnen arbeidsorganisaties voltrekken speelt de flexibiliteit van werknemers een belangrijke rol. Werknemers zijn flexibel als ze bereid zijn van taak of functie te veranderen, op verschillende tijdstippen willen werken en gedurende wisselende periodes inzetbaar zijn.

Daarnaast moet de werkgever over een juridisch instrumentarium kunnen beschikken om ook wanneer werknemers zich niet flexibel opstellen noodzakelijke veranderingen in zijn arbeidsorganisatie door te kunnen voeren. Dit raakt de vraag van de flexibiliteit van de rechtspositie van de werknemer.

In deze bijdrage wordt in paragraaf 2 eerst een analyse gegeven van het juridisch kader van de individuele rechtspositie van de werknemer en de soorten van personeelsregelingen die zijn rechtspositie vormgeven. Vervolgens worden in paragraaf 3 de juridische knelpunten geschetst om in een arbeidsorganisatie veranderingen door te voeren door bestaande rechtsposities aan te tasten. Tenslotte wordt in paragraaf 4 stilgestaan bij te verwachten toekomstige ontwikkelingen op dit terrein van het arbeidsrecht.

---

1 Flexibiliteit in ondernemen, drs. J.C.B. Bontje en drs. M. Tigchelaar, NCD Data deel 46.

2 Juridisch kader rechtspositie werknemers

2.1 Vorm van personeelsregeling

Behalve in de individuele arbeidsovereenkomst met de werknemer kunnen personeelsregelingen op diverse andere manieren zijn vastgelegd. De wijze waarop deze personeelsregelingen zijn vastgelegd is uiteraard van belang voor de vraag hoe een flexibele personeelsregeling kan of mag worden vormgegeven.

Naast de arbeidsovereenkomst zijn dan vooral de collectieve arbeidsovereenkomst, de geïncorporeerde personeelsregelingen, het arbeidsreglement in de zin van artikel 7A: 1637j BW en de zogenaamde werkgeversrichtlijnen van belang.

Met de geïncorporeerde personeelsregeling wordt gedoeld op personeelsgidsen, bedrijfshandboeken en dergelijke die door middel van een verwijsclausule in de arbeidsovereenkomst daarvan een integrerend onderdeel uitmaken. Werkgeversrichtlijnen zijn eenzijdig door de werkgever afgekondigde personeelsregelingen. Onder omstandigheden kunnen hier ook de eerder bedoelde personeelsgidsen en dergelijke onder vallen indien en voor zover deze niet in de individuele arbeidsovereenkomsten zijn geïntegreerd.

2.2 Inhoud van personeelsregeling

Personeelsregelingen kunnen een breed scala van arbeidsvoorwaarden omvatten. Deze zijn op verschillende wijzen te rubriceren. Allereerst valt te onderscheiden in materiële en immateriële arbeidsvoorwaarden. Onder materiële arbeidsvoorwaarden wordt hier verstaan de financieel gerelateerde arbeidsvoorwaarden tot uitdrukking komend in primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld salaris respectievelijk pensioenregeling) dan wel tertiaire arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld bedrijfskortingen). Immateriële arbeidsvoorwaarden zien dan meer op functie, verantwoordelijkheden, welzijn en dergelijke.

Daarenboven kunnen arbeidsvoorwaarden worden gerubriceerd als wel of niet behorend tot de essentialia van de arbeidsovereenkomst. Algemeen wordt aangenomen dat zaken als salaris en functie tot de essentialia van de arbeidsovereenkomst behoren. Voor wijziging is dan altijd de instemming van de werknemer vereist.

De behoefte aan flexibiliteit van de arbeidsorganisatie zal uiteindelijk met name op het vlak van de inhoud van de personeelsregelingen tot uitdrukking komen. Een trend die zich voordoet is de belangstelling voor flexibele beloning. Arbeidsvoorwaardenpakketten 'à la carte' zijn in opmars. Met betrekking tot de oudere werknemer is er een groeiende behoefte aan flexibiliteit in loopbaanbeleid met name waar het betreft de flexibiliteit in uittredingsmogelijkheden (pensioen en VUT) en verandering in functie/taak (onder andere demotie).

In de Nota aanvullende pensioenen van 25 juni 1991 vraagt het kabinet uitgebreid aandacht voor de diverse vormen van flexibilisering van pensioenregelingen. Het kabinet vindt het wenselijk dat de bij de ouderen geconstateerde daling van de

arbeidsparticipatie wordt omgebogen. Een eerste stap zou de introductie van een deeltijd-VUT kunnen zijn en vervolgens een geleidelijke overgang naar systemen met een flexibele pensioendatum. Verder pleit het kabinet onder meer voor individualisering van pensioensystemen door het creëren van keuzepakketten.

Ontwikkelingen als deeltijd-VUT en flexibele pensioendatum kunnen in de praktijk in de regel ook tot aanpassing van functie en taken leiden. Hier duikt het begrip 'demotie' op, te zien als een eenzijdige plaatsing door de werkgever van een werknemer in een lagere functie dan wel de eenzijdige aanpassing door de werkgever van het takenpakket van de werknemer.

Inmiddels wordt op rijksniveau verder gewerkt aan het scheppen van de benodigde randvoorwaarden. Zo zijn door de werkgroep Fiscale behandeling van pensioenen ('commissie Witteveen') versoepelde regels voor deeltijdpensioen en demotie aanbevolen. Een werknemer kan dan in overleg met de werkgever al vanaf 55 jaar in plaats van vanaf 60 jaar met pensioen. Ook demotie zou aantrekkelijker gemaakt moeten worden. Gaat een werknemer een stap terug naar een lagere functie met een lager salaris, dan hoeft dit geen gevolgen meer voor zijn pensioenopbouw te hebben. De pensioenopbouw zou dan mogen doorgaan op basis van het oude hogere salaris. De vraagt blijft dan nog in hoeverre het juridisch kader van de arbeidsorganisatie voldoende flexibel is om met deze ontwikkelingen gelijke tred te houden.

3 (Eenzijdige) wijzigingsbevoegdheden werkgever

3.1 Wijzigingsbedingen

De werkgever zou in juridisch opzicht de flexibiliteit van zijn arbeidsorganisatie tegemoet kunnen komen door eenzijdig wijzigingsmogelijkheden in personeelsregelingen voor te behouden. Het gaat dan om de arbeidsovereenkomst en de wel respectievelijk niet geïncorporeerde overige arbeidsvoorwaardenregelingen voor zover deze niet in een CAO of arbeidsreglement zijn geregeld. De CAO ontstijgt immers zijn bevoegdheid en een verklaring van de werknemer, waarbij hij zich verbindt zich te verenigen met elk in de toekomst vast te stellen arbeidsreglement of met elke toekomstige wijziging van een arbeidsreglement is nietig (artikel 7A: 1637l BW).

Het eenzijdig wijzigingsbeding zal echter niet in alle gevallen juridisch gezien even gemakkelijk toepassing vinden. Dat varieert op een schaal van moeilijkheidsgraad van zeer moeilijk op het vlak van overeengekomen primaire arbeidsvoorwaarden tot betrekkelijk eenvoudig wanneer slechts sprake is van werkgeversrichtlijnen. Daarnaast zal voor zover het een aangelegenheid betreft als bedoeld in artikel 27 Wet op de Ondernemingsraden (WOR) steeds de voorafgaande instemming van de ondernemingsraad vereist blijven.

De vraag in hoeverre een eenzijdig wijzigingsbeding in een bepaalde situatie gelding behoudt is afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval waarbij de redelijkheid en billijkheid respectievelijk het goed werkgeverschap (7A: 1638z BW) en goed werknemerschap (7A: 1639d BW) de contouren voor de beoordeling zullen

geven. De omstandigheid dat de ondernemingsraad reeds instemming heeft betuigd, zal daarbij zeker van betekenis zijn.[2]. In het SER advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (Publikatie nr. 6, 24 mei 1994)[3] blijkt een fundamenteel verschil van inzicht ten aanzien van de wenselijkheid van het opnemen van een beding waarbij de werkgever zich eenzijdig het recht voorbehoudt wijzigingen in reeds vastgestelde voorwaarden aan te brengen. Een categorische nietigverklaring van dergelijke bedingen zoals met name de werknemersleden in de SER bepleiten, voert mij echter te ver. Ook hier is het antwoord niet alleen maar zwart of wit. Daarvoor zijn de omstandigheden van ieder geval steeds weer te verschillend. Primaire arbeidsvoorwaarden zouden mijns inziens als essentialia van de arbeidsovereenkomst nooit aan een dergelijk wijzigingsbeding onderworpen mogen zijn. Bij secundaire arbeidsvoorwaarden hangt het van de omstandigheden, zoals de instemming van een ondernemingsraad, af terwijl bij tertiaire arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld een kinderopvangregeling) het toegestaan zou moeten zijn. Dat pleit ervoor de redelijkheid en billijkheid zijn werk te laten doen.

In het geval de werkgever niet heeft voorzien in een dergelijk wijzigingsbeding zal hij voor wijziging in individuele rechtsposities van werknemers terug moeten vallen op de algemene principes uit het arbeidsrecht.

Enerzijds zal hij daarbij steunen op zijn directierecht ontleend aan artikel 7A: 1637a j° artikel 7A: 1639b BW om voorschriften te geven omtrent het verrichten van de arbeid en omtrent het in acht nemen van de goede orde in de onderneming. Anderzijds zal de werkgever bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid op grond van artikel 7A: 1639b BW niet slechts de door de individuele arbeidsovereenkomst dan wel CAO getrokken grenzen in acht moeten nemen, maar ook naar redelijkheid en billijkheid hebben te handelen. Slechts in zeer bijzondere omstandigheden lijkt de regeling van artikel 6:258 inzake wijziging of ontbinding van de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden in het arbeidsrecht een rol te kunnen spelen. Wanneer sprake is van een arbeidsreglement zoals bedoeld in artikel 7A: 1637j BW zal bij wijziging of aanvulling steeds uitdrukkelijk de instemming van de werknemer vereist zijn (artikel 7A: 1637k BW). Een weigering wordt aangemerkt als opzegging.

3.2 Demotie

Een goed actueel voorbeeld van de genoemde belangenafweging is demotie. Een rechter zal daarbij in de eerste plaats toetsen of de werkgever de werknemer zijn bestaande werkzaamheden mocht afnemen. Vervolgens zal hij bezien of de nieuw aangeboden werkzaamheden als passend kunnen worden beschouwd. En dat alles met inachtneming van het van toepassing zijnd juridisch kader inclusief de hieruit

---

2 Hoge Raad, 7 oktober 1988, inzake IBM Nederland NV/COR IBM Nederland NV, NJ 1989, 335, m.nt. PAS.

3 Zie voor commentaar mr J.A. van Gijzen 'Het SER-advies en de rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming' in TVVS, november 1994, p. 290 e.v.

voortvloeiende procedurele voorwaarden. Zo zal indien een oudere werknemer wordt gevraagd een stap terug te doen in functie en salaris wegens minder functioneren aan een aantal procedurele voorwaarden moeten zijn voldaan voordat demotie aan de orde kan zijn:

- het disfunctioneren moet uit een in de tijd opgebouwd dossier blijken;
- de werknemer moet concreet op zijn tekortkomingen zijn gewezen onder het aandragen van verbetermogelijkheden;
- de werknemer moet de gelegenheid hebben gehad zijn visie kenbaar te maken en de werkgever moet deze argumenten serieus wegen;
- een eventuele demotie moet voorafgegaan worden door een laatste waarschuwing waarbij de consequenties van het blijvend niet functioneren zijn aangegeven.

Uit paragraaf 3.1 is gebleken dat de flexibiliteit voor de werkgever bij demotie gering is. En zelfs indien terzake een eenzijdig wijzigingsbeding zou gelden, moet nog steeds met de nodige omzichtigheid en voorzichtigheid worden opgetreden.

4 Naar een flexibeler arbeidsrecht?

4.1 Arbeidsreglement en wijzigingsbedingen

Op 3 april 1995 heeft het kabinet haar standpunt over de problematiek van het arbeidsreglement en wijzigingsbedingen kenbaar gemaakt aan de Tweede Kamer (24132 nr. 1). De regeling in het Burgerlijk Wetboek van het arbeidsreglement heeft in de praktijk zodanig aan betekenis ingeboet, dat zij naar het oordeel van het kabinet kan komen te vervallen. Daarmee vervalt ook het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van dergelijke, nog zelden voorkomende, arbeidsreglementen. De toch al beperkte bescherming die de werknemer in de regeling van het arbeidsreglement vond tegen eenzijdige wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden komt aldus ook te vervallen.

In de plaats hiervan zou een regeling moeten komen met de strekking dat de werkgever bij de collectieve ordening van zijn arbeidsvoorwaarden slechts gebruik kan maken van eenzijdige wijzigingsbedingen als hij daarvoor zodanig zwaarwichtige belangen heeft dat de belangen van de werknemer daarvoor, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, behoren te wijken. Aansluitend bij de praktijk wordt dan voorts geregeld dat het belang van de werkgever wordt vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn als de regeling van arbeidsvoorwaarden, waaraan de werkgever de werknemer door toepassing van het wijzigingsbeding wil binden voortvloeit uit een CAO dan wel is vastgesteld in overeenstemming met de OR.

Naar mijn mening wordt met dit voorstel een flexibele en evenwichtige oplossing bereikt die ertoe leidt dat de werkgever in overleg met zijn sociale partners tot een flexibele arbeidsorganisatie kan komen waarbij de redelijkheid en billijkheid zo nodig nog corrigerend kunnen optreden.

4.2 Schuivende panelen

Voor een flexibele arbeidsorganisatie is een flexibel arbeidsrecht nodig. Uit de ontwikkelingen valt af te leiden dat het arbeidsrecht op alle niveaus aan het verschuiven is naar meer flexibiliteit:

arbeidsverhoudingen	(flexibele arbeidskrachten)
arbeidsvoorwaardenvorming	(gelaagde structuur bij de totstandkoming)
arbeidsvoorwaarden	(wijzigingsbedingen)
ontslagrecht	(versoepeling ontslagregels)

In een tijd van decentralisatie, differentiatie en flexibiliteit is dit vanuit arbeidsorganisatorisch perspectief een onontkoombaar proces; ook het arbeidsrecht zal zich aan moeten (blijven) passen aan gewijzigde maatschappelijke opvattingen.

Tekorten van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid

I.P. ASSCHER-VONK

1 Inleiding

De Vereniging voor Arbeidsrecht bestaat 50 jaar. In die periode is het onderwerp gelijke rechten voor vrouwen en mannen bij de arbeid in toenemende mate onderwerp van discussie geweest, zowel binnen als buiten de Vereniging. Ik laat het aan de geschiedschrijver van de Vereniging over te beschrijven op welke wijze het onderwerp binnen de Vereniging aandacht kreeg. Bij wijze van inleiding op mijn betoog, dat als onderwerp heeft de tekorten van de thans vigerende wetgeving op dit terrein, zal ik kort en in grote lijnen schetsen hoe in Nederland de laatste 50 jaar de discussie over het beginsel van gelijke behandeling werd gevoerd en hoe dit beginsel in wetgeving werd neergelegd.

Eind 1945, juist vóór de oprichting van de Vereniging, werd de vraag of de toen bestaande ongelijke beloning van vrouwen noopte tot overheidsingrijpen door het College van Rijksbemiddelaars bij de Stichting van de Arbeid aan de orde gesteld. Aanleiding daarvoor was de omstandigheid dat in gevolge de toen vigerende wetgeving met betrekking tot de loonvorming iedere cao door het College van Rijksbemiddelaars op haar inhoud moest worden getoetst, alvorens zij in werking kon treden. Bovendien kon het College zelf via bindende loonregelingen arbeidsvoorwaarden scheppen voor degenen, die niet reeds onder een cao vielen. Hierdoor moest het College wel met het toen bestaande verschil in beloning tussen vrouw en man geconfronteerd worden en daar een beleidsvisie voor formuleren.[1]

---

1 W.J.P.M. Fase, Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, diss. Tilburg 1980, Alphen aan den Rijn 1980, p. 370. Zie voor de geschiedenis van het gelijk-loon beginsel in Nederland ook: W.J.P.M. Fase, gelijke beloning naar communautaire normen, SMA 1982, p. 175 e.v.

In het rapport van de Stichting van de Arbeid, dat in 1946 wordt uitgebracht, wordt gelijke beloning voor vrouwen alleen unaniem aangewezen geacht in de situaties waarin door vrouwen specifieke mannenarbeid wordt verricht. Gelijk loon was in dergelijke situaties nodig, aldus de Stichting, om te voorkomen dat de mannen uit zulke bij uitstek mannelijke beroepen door vrouwen worden verdrongen.[2] In alle andere gevallen was een aan het loon van mannen ongelijke beloning van vrouwen onder verwijzing naar het verschil aan behoefte voor de meerderheid in de Stichting verdedigbaar.

Het argument, dat gelijk loon voor vrouwen nodig was in de gevallen dat zij mannen op de arbeidsmarkt concurrentie aan zouden doen vindt men ook elders. Men proeft het bij Molenaar, als hij schrijft:. '... dat in vroegere tijden het loon voor vrouwen lager was dan voor mannen, zodat de ondernemers er veelal ter besparing op hun produktiekosten toe overgingen bij voorkeur vrouwelijke arbeidskrachten aan te trekken. Van verschillende zijden, *niet in het minst door de vrouwen zelf* (curs. van mij, IA) is tegen deze discriminatie verzet aangetekend, (...).[3]

Concurrentieoverwegingen lagen ook ten grondslag aan de opname van artikel 119 in het EEG-verdrag(1957).[4] Het zou tot 1978 duren voor gelijke beloning, als onderdeel van gelijke behandeling, als (communautair) grondrecht werd erkend.[5]

Geleidelijk duiken andere argumenten op voor gelijke beloning dan het tegengaan van concurrentie van mannen door vrouwen op de arbeidsmarkt. In 1952 werd de Sociaal-economische raad (SER) advies gevraagd over het vraagstuk van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijkwaardige arbeid. Aanleiding was het feit dat de Internationale Arbeidsconferentie in 1951 Verdrag no. 100 inzake de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde had aangenomen. De vraag van gelijke beloning werd door de SER gezet in het licht van de vraag of loon vooral prestatie- dan wel vooral behoefte-elementen moest bevatten. Nadruk op het behoefte-element voert tot een hogere beloning van mannen (kostwinners). Bovendien werd, zowel onder voorstanders van prestatiebeloning als onder degenen die het behoefte-element in de beloning benadrukken, gewezen op hogere produktiekosten die vrouwenarbeid met zich zou brengen. Daarin zou dan een zelfstandig argument voor lagere beloning van vrouwen schuilen.

De meningen in de Raad met betrekking tot de beantwoording van de vraag, of het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijkwaardige arbeid aanvaardbaar wordt geacht, waren dus verdeeld. Unaniem was echter de Raad van oordeel dat, mocht in ons land tot toepassing van het beginsel worden overgegaan,

---

2 Beloning van vrouwen en meisjes, Rapport van de Stichting van den Arbeid, vastgesteld in Den Haag 1947, p. 7.

3 A.N. Molenaar, Arbeidsrecht, Zwolle 1957, Tweede deel A, p. 494. Zie ook M.G. Levenbach, Maatschappelijke verhoudingen, Haarlem 1936.

4 Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen, 8 april 1976, Jur. 76, p. 455 e.v., ro 9; L.E. Troclet,, Europees sociaal recht, Amsterdam 1971, p. 213; W.J.P.M.Fase, gelijke beloning naar communautaire normen, SMA 1982, p. 176.

5 Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 15 juni 1978, Jur. 1978, pp. 1365-1389.

hierbij een grote mate van geleidelijkheid in acht zou dienen te worden genomen, op grond van de economische en sociale gevolgen, welke een onmiddellijke volledige doorvoering van het beginsel zou veroorzaken.[6]

Toen in 1973 over het vraagstuk van gelijke beloning van mannen en vrouwen wederom advies aan de Sociaal-economische raad werd gevraagd, was aanleiding daarvoor de ratificatie van ILO-Verdrag no. 100.[7] In het SER-advies inzake gelijke beloning voor mannen en vrouwen van 19 oktober 1973[8] wordt behalve dit verdrag ook artikel 119 van het EEG-Verdrag genoemd als van belang voor het vraagstuk van gelijke beloning van mannen en vrouwen. Bij de voorbereiding van de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen[9] werd ook vooral verwezen naar uit internationale documenten, van EEG en ILO, voortvloeiende verplichtingen. De Memorie van Toelichting bij het Voorstel tot aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen[10] geeft slechts de in de genoemde richtlijn neergelegde verplichting tot uitvoering als ratio voor het wetsontwerp.

Bij de voorbereiding van de wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen die in 1989 zijn beslag kreeg (Reparatiewet) worden ook andere argumenten genoemd voor bemoeienis van de overheid, als wetgever, met de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In 1989 gaat het om het realiseren van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en in het arbeidsproces en daarmee de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid.[11]

In dit opstel wil ik de vraag aan de orde stellen of de wetgeving met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen voldoende is toegerust om haar verschillende taken te kunnen vervullen. Taken die enerzijds betreffen het voldoen aan de verplichtingen, in dit verband met name door de Europese Gemeenschap opgelegd. Anderzijds taken die betrekking hebben op de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid. Bij dit laatste moeten de kenmerken, die vrouwenarbeid in ons land heeft, mee in aanmerking worden genomen. Van die kenmerken hangt het immers af of de regelgeving in dit opzicht als toereikend kan worden beschouwd. De te onderzoeken wetgeving is artikel 7A: 1637ij BW en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen 1980.[12]

---

6 Sociaal-economische raad, Advies inzake het vraagstuk van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijkwaardige arbeid, Publikaties van de Sociaal-economische raad 1953, no. 9.

7 Brief van de Minister van Sociale Zaken aan de Raad van 9 februari 1972, Bijlage I bij Sociaal-economische raad, advies van 19 oktober 1973, Publikaties van de Sociaal-economische raad 1973, no. 13.

8 Zie noot 7.

9 Tweede kamer 1973-1974,13 301, 1-3, p. 4.

10 Tweede Kamer, 1978-1979, 15 400 nrs 1-4, p. 7 e.v.

11 Tweede Kamer, 1986-1987, 19 908, 3, p. 2.

12 Wet van 1 maart 1980, Stb. 86.

Sedert de Reparatiewet 1989[13] zijn de bepalingen met betrekking tot gelijk loon en gelijke behandeling niet meer in afzonderlijke wetten, maar in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid opgenomen. Artikel 7A: 1637ij BW regelt onder meer gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden voor werknemers in de zin van artikel 7A: 1637a BW. Tot de arbeidsvoorwaarden wordt ook het loon gerekend.[14]

IJkpunten voor het antwoord op de vraag of de huidige wetgeving voldoet aan de daaraan, vanuit het EG-recht en het doel van de regeling te stellen eisen vloeien aan de ene kant voort uit het EG-Verdrag (artikel 119) en de richtlijnen van 1975 en 1976.[15] Aan de andere kant zijn kenmerken van vrouwenarbeid toetsstenen voor de vraag of de wetgeving aan haar doelstellingen voldoet. Immers, wanneer het doel van de regeling is het realiseren van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en in het arbeidsproces en daarmee de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid, dan dienen in de regeling middelen geboden te worden om dat doel te bereiken. Een indruk welke kenmerken, aanwijsbaar in vrouwenarbeid, aanleiding kunnen zijn tot een in vergelijking met die van mannen nadelige positie ten opzichte van de arbeid is een eerste vereiste. Ik geef een voorbeeld. Wanneer het euvel waaraan vrouwenarbeid laboreert is, dat voor gelijk werk ongelijk loon wordt betaald zal een andere regelgeving nodig zijn dan wanneer een probleem de omstandigheid betreft dat vrouwen in bepaalde soorten relaties werkzaam zijn.

Als kenmerken van vrouwenarbeid die toetsstenen voor het voldoen aan de regeling opleveren wijs ik op de volgende omstandigheden:

- vele werknemers, waaronder ook vrouwen, werken in flexibele arbeidsrelaties, dat wil onder meer zeggen in vele gevallen arbeidsrelaties waarvan de juridische kwalificatie - arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7A: 1637a BW of niet - niet op voorhand vaststaat;[16]
- vrouwen werken, met name in Nederland, vooral in deeltijdbetrekkingen;[17]
- vrouwenarbeid is in bepaalde sectoren van het bedrijfsleven geconcentreerd.[18]

Ik richt mijn aandacht, ter beantwoording van bovenaangegeven vragen, allereerst op de wettelijke aanduiding van de relaties, waarbinnen de voorschriften gelding

---

13 Stb 1989, 168.

14 HR 24 april 1992, JAR 1992, 14.

15 Richtlijn inzake toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, EEG-Richtlijn 75/117 van 10 februari 1975, PB EG 1975, L45 en Richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen 1976, EG-Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976, PB EG 176, L 39.

16 Zie C.J. Smitskam (red.), Praktijkboek flexibele arbeidsrelaties, (losbl.) Deventer, Inleiding.

17 Emancipatie in Cijfers, uitgave Ministerie van Sociale Zaken, Den Haag 1994. Zie ook: European Commission, Women and men in the European Union, a statistical portrait, Brussel/Luxemburg 1995, pp. 139 en 144; voorts: De positie van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, I-SZW, Den Haag, mei 1995.

18 European Commission, Women and men in the European Union, a statistical portrait, Brussel/Luxemburg 1995, p. 150; voorts: De positie van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, I-SZW, Den Haag, mei 1995.

hebben, met andere woorden op de personele werkingssfeer van de wettelijke regelingen. Ik laat daarbij de arbeidsbetrekkingen met de overheid buiten beschouwing. Vervolgens besteed ik aandacht aan de wijze waarop de kring waarbinnen de gelijke behandeling moet plaatsvinden in de Nederlandse wetgeving is aangegeven, anders gezegd op de wijze waarop de vergelijkingsmogelijkheden geregeld zijn.

2 Relaties waarbinnen de voorschriften gelding hebben[19]

Voor de personele werkingssfeer van de wetgeving gelijke behandeling wordt door de wetgever allereerst aangeknoopt bij de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7A: 1637a BW. Art. 7A: 1637ij heeft een plaats gekregen in de Wet op de Arbeidsovereenkomst. (In de Wet gelijk loon[20], welker bepalingen grotendeels ongewijzigd zijn overgenomen in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, was de aanspraak op gelijk loon geregeld voor de werknemer uit de arbeidsovereenkomst: Wet gelijk loon art. 20).

Voor de toepassing van art. 7A: 1637ij BW is dus de vraag of wordt voldaan aan de criteria van art. 7A: 1637a BW beslissend. Art. 7A: 1637a BW luidt: 'De arbeidsovereenkomst is de overeenkomst waarbij de eene partij, de arbeider, zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.' Van loon in de zin van deze bepaling is sprake bij een bedongen tegenprestatie voor de arbeid door de werkgever aan de arbeider verschuldigd. De arbeid kan vrijwel elke willekeurige bezigheid zijn. De pure beschikbaarheid, ongeacht de vraag of dat in- of ontspanning met zich meebrengt, levert arbeid op.[21] Wel is noodzakelijk dat de verplichting bestaat de arbeid persoonlijk te verrichten. Incidentele vervanging staat daaraan niet in de weg.[22] Van 'in dienst van', van ondergeschiktheid, is sprake indien de wederpartij van degene die de arbeid verricht krachtens de overeenkomst gerechtigd is instructies te geven omtrent het verrichten van die arbeid, alsmede ter bevordering van de goede orde in de onderneming.[23] Ondergeschiktheid bestaat uit een tweetal elementen. De arbeider moet verplicht zijn de arbeid te verrichten. Met name moet hij niet de vrijheid hebben aangevangen arbeid te beëindigen.[24] Voorts bestaat het gezagselement uit ondergeschiktheid tijdens het verrichten van de werkzaamheden.[25]

---

19 Zie ook: I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, Deventer 1994. Zie ook: T. van Vleuten e.a., In Concreto, Den Haag 1994, p. 95 e.v.

20 Stb. 1975, 129.

21 HR 20 maart 1987, NJ 1988, 4.

22 P.F. van der Heijden (hoofdred.), De arbeidsovereenkomst, (losbl.) Deventer, Art. 1637a, aant. 3.

23 H.L. Bakels, m.m.v. I.P. Asscher-Vonk, Schets van het Nederlands Arbeidsrecht, Deventer 1994, p. 13.

24 Zie hierover recent: J.M. Fleuren-van Walsem en T. van Peijpe, Gezagsverhouding, de stand van zaken, SMA 1995, 7/8, p. 412 e.v.

25 O. Albers en Y. Konijn, Losse en flexibele arbeidsrelaties, Samsom Alphen aan den Rijn 1987, p. 38.

Een groep ten aanzien waarvan aan de aanwezigheid van de ondergeschiktheid wel wordt getwijfeld zijn sommige flexibele arbeidskrachten, te weten afroepkrachten, thuiswerkers en free-lancers.

Bij de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst wordt de verplichting van de afroepcontractant om arbeid te verrichten als doorslaggevend beschouwd.[26] Als een afroepkracht verplicht is aan de oproepen van de werkgever gehoor te geven, is meestal sprake van een (doorlopende) arbeidsovereenkomst.[27] Ook de verplichting minimaal een bepaalde prestatie te leveren wijst in die richting.[28]

Hoewel een thuiswerker in het algemeen zonder enige leiding of toezicht zijn werk verricht en vrij is om zijn werktijd naar eigen inzicht in te delen, kan toch in sommige gevallen wel een gezagsverhouding worden aangenomen. De Hoge Raad heeft hiervoor in zijn arrest over de thuiswerkende ponstypiste een aantal criteria ontwikkeld. Van belang is onder meer of de thuiswerker instructies heeft ontvangen en hij verplicht is een minimale produktie per dag te leveren, of de verrichte werkzaamheden behoorden tot de gewone bedrijfsarbeid van de onderneming.[29]

Een free-lancer staat wat betreft zijn wijze van werken vrij tegenover zijn opdrachtgever. Die vrijheid komt tot uiting in hetzij de mate waarin hij niet verplicht is arbeid te verrichten, hetzij de wijze waarop hij arbeid verricht. Bij de free-lancer ontbreekt het gezagselement van art. 7A: 1637a BW. De benaming free-lance echter niet doorslaggevend. Constateert de rechter, door die benaming heenkijkend, wel een gezagsverhouding dan kan (wanneer ook de andere elementen aanwezig zijn) sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

De Wet gelijke behandeling kent een gelijkstellingsbepaling. Art. 1b van de Wet gelijke behandeling luidt: 'Ingeval een natuurlijke persoon, rechtspersoon of bevoegd gezag een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten, anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling, is artikel 1637ij BW van overeenkomstige toepassing.' Voor de toepasselijkheid van deze bepaling zijn dus de elementen 'arbeid' en 'gezag' vereist. Met deze uitbreiding van de werkingssfeer van de gelijke behandelingsregelingen is met name gedacht aan dienstbetrekkingen in het kader van de Wet Sociale Werkvoorziening, de Wet op het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en de Wet onbeloonde arbeid door uitkeringsgerechtigden, alsmede aan de overeenkomst tussen een stage-biedende organisatie en een stagiair.[30]

De Commissie gelijke behandeling heeft enige malen een oordeel uitgesproken over de betekenis van deze bepaling. Principiële overwegingen gaf de Commissie

---

26 Albers en Konijn, a.w. Alphen aan den Rijn 1978, p. 55. Zie ook: C.J. Smitskam, Flexibele arbeidsrelaties, Deventer 1989 en Smitskam, a.w. (noot 16).

27 Zie Stein in zijn noot bij HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264.

28 Rb. Haarlem 10 april 1985, KG 1985, 144.

29 HR 17 november 1978, NJ 1979, 140, m.n. PAS.

30 Tweede Kamer 1986-1987, 19 908, 6, p. 25. Zie ook: T. van Vleuten e.a., In Concreto, Den Haag 1994, p. 102.

in oordeel 374-92-04.[31] Toen boog de Commissie zich over de vraag of het feit dat een afroepcontractante geen gebruik van de VUT-regeling kon maken strijd opleverde met de WGB. De cao eiste terzake dat betrokkene een arbeidsovereenkomst had en bovendien meer dan 1/3 van de normale arbeidstijd werkte. Wat dit laatste betreft: door de werkgever werd gewezen op de omstandigheid dat ook in de Wet Minimumloon een dergelijke ondergrens werd aangehouden. De Commissie verwerpt dit met de opmerking dat het hier niet gaat om toepassing van de Wet Minimumloon.

De Commissie spreekt geen oordeel uit over de vraag of verzoekster al dan niet een arbeidsovereenkomst heeft, maar gaat na of de beperking van de toepasselijkheid van de VUT-regeling tot personen met een arbeidsovereenkomst, die voor vrouwen een nadelig effect heeft omdat vooral vrouwen als afroepcontractant werken, in strijd is met art. 1b WGB jo. art. 7A: 1637ij BW. De Commissie concludeert dat dit inderdaad het geval is omdat de aangevoerde rechtvaardiging - bedrijfsorganisatorische en praktische redenen - niet op gaat, c.q. omdat andere middelen voor het doel van de werkgever te vinden zouden zijn.

De Commissie is van oordeel dat als verzoekster geen arbeidsovereenkomst heeft dit in strijd is met artikel 1b WGB jo. 1637ij BW. Men kan de vraag opwerpen of de Commissie terecht deze ongelijke behandeling aanmerkt als strijd met art. 1b WGB jo. 7A: 1637ij BW. Het toepassingsgebied van art. 7A: 1637ij BW en de WGB is nauwkeurig afgegrensd. De Commissie gaat niet na of de arbeidsverhouding waar het hier om gaat binnen het toepassingsgebied van deze regelingen valt, maar lijkt er van uit te gaan dat art. 1b WGB betrekking heeft op alle arbeidsrelaties waar van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7A: 1637a BW geen sprake is. Dat komt onjuist voor. Voor een dergelijk standpunt is geen steun te vinden in tekst of geschiedenis van de wet.

Ik concludeer dat de wijze waarop de personele werkingssfeer van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid en van artikel 7A: 1637ij BW is geregeld, mensen die werken in juist in de laatste tijd veel voorkomende typen arbeidsverhouding, buiten de werkingssfeer van de regeling laat. Tot de op die wijze buiten schot blijvende personen behoren vele vrouwen.

3 De vergelijkingsmogelijkheden

Vervolgens wil ik aandacht besteden aan de vraag hoe ruim de mogelijkheden van vergelijking zijn die de wetgeving met betrekking tot gelijke behandeling biedt, zulks ter voorbereiding van het antwoord op de vragen of voldaan is aan de EG-verplichtingen op dit punt en of de wetgeving, gegeven de vergelijkingsmogelijkheden, voldoende mogelijkheden biedt om het doel van de wet te bereiken.

Allereerst is van belang de omstandigheid dat artikel 7A: 1637ij een voorschrift van gelijke behandeling van mannen en vrouwen geeft aan de werkgever, in acht te nemen jegens de werknemers met wie hij een arbeidsovereenkomst (of een

31 Commissie gelijke behandeling, Oordelenbundel 1992, p. 38.

gelijkgestelde overeenkomst, Wet gelijke behandeling artikel 1b) heeft gesloten. Hierdoor worden de mogelijkheden om zich op gelijke behandeling te beroepen op tweeërlei wijze beperkt. Allereerst doordat de werknemer die zich op het voorschrift van gelijke behandeling beroept degene met wie hij zich vergelijkt moet zoeken onder de andere personen, die bij de werkgever in dienst zijn. In de tweede plaats is voor dit punt van belang dat een consequentie van het feit dat de regeling onderscheid tussen mannen en vrouwen verbiedt is, dat de bejegening van de persoon die zich op de regeling beroept alleen vergeleken kan worden met de bejegening van een persoon van het andere geslacht.

Voor wat betreft het eerste punt, de kring waarbinnen de 'maatman' moet worden gezocht, wordt nog een extra beperking veroorzaakt doordat artikel 7 WGBm/v de onderneming noemt als kring waarbinnen de met de werknemer te vergelijken persoon met worden gevonden. Het begrip onderneming wordt in de WGBm/v niet gedefinieerd. Geen wijziging was echter op dit punt beoogd ten opzichte van de Wet gelijk loon die in art. 1 sub d wel een definitie van dit begrip bevatte, en wel één die overeenstemt met die in de Wet op de ondernemingsraden: 'een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst arbeid wordt verricht.' Het gaat om elke zelfstandig optredende eenheid, ook als die juridisch gezien deel uitmaakt van een groter geheel.[32] Over de vraag of de werknemer zich kan vergelijken met een maatman die wel in dienst is van dezelfde werkgever maar werkzaam is in een andere vestiging, bestaat in de literatuur geen overeenstemming. Fase[33] schrijft dat het recht op gelijke beloning beperkt is tot vrouwelijke en mannelijke werknemers in dezelfde onderneming in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden en niet geldt voor mannelijke en vrouwelijke werknemers in dienst van dezelfde ondernemer, ongeacht in welke van diens ondernemingen zij werkzaam zijn. Fase acht dit een onnodige beperking in de wet, ontstaan doordat onvoldoende voor ogen heeft gestaan wat met het begrip onderneming is bedoeld. In 1982[34] herhaalt Fase deze kritiek, en voegt daaraan toe dat het EG-Hof in het Wendy Smith arrest[35] spreekt van arbeid voor dezelfde werkgever. In de losbladige uitgave Arbeidsovereenkomst[36] daarentegen wordt gesteld dat een werknemer zich wel kan vergelijken met een maatman die werkzaam is in een andere vestiging (onderneming) van dezelfde werkgever. Dit lijkt mij niet wel te rijmen met de tekst van de bepaling en de toelichting daarop. Wel is het zo, zoals de bewerker van dit onderwerp aanvoert, dat de norm van gelijke beloning zich tot de werkgever richt. Maar daaruit zou men eerder de wenselijkheid van een ruimere vergelijkingsmogelijkheid kunnen afleiden, dan het bestaan daarvan, gegeven de uitdrukkelijke bepaling in de WGL, het gestelde in de MvT daarbij en het zwijgen bij het tot stand komen

32 Tweede Kamer 1973-1974, 13 031, 3, p. 10.

33 W.J.P.M. Fase, Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland diss. Tilburg 1980, Alphen aan den Rijn 1980, p. 377.

34 W.J.P.M. Fase, Gelijke beloning naar communautaire normen, SMA 1982, p. 175 e.v., zie p. 185.

35 Hof van Justitie EG 27 maart 1980, Jur. 1980, p. 1275.

36 P.F. van der Heijden a.w. (noot 22), aant. bij WGB art. 7.

van de Reparatiewet. Gaat het niet om de vraag of gelijk loon wordt verdiend, maar om de vraag of aan de (overige) eisen van art. 7A: 1637ij lid 1 BW wordt voldaan, dan kan de omlijning van de vergelijkingsmogelijkheid niet anders liggen.

De omstandigheid dat het recht van gelijke behandeling is geformuleerd als een aanspraak tegenover de werkgever, brengt met zich dat ongelijkheid van behandeling tussen werknemers in verschillende ondernemingen, dus door verschillende werkgevers, niet met een beroep op deze bepaling kan worden bestreden. Dit brengt met zich dat een bepaalde - nadelige - behandeling van vrouwenarbeid, wanneer in dienst van de werkgever geen vergelijkbare mannelijke werknemers voorkomen, niet met behulp van de thans vigerende wetgeving is te bestrijden. Juist in situaties waarin de segmentatie van de arbeidsmarkt - vrouwen werken binnen een bepaalde onderneming, in een bepaalde bedrijfstak, op een bepaald functieniveau - groot is, kunnen art. 7A: 1637ij BW en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid geen soelaas bieden.

De tweede genoemde beperking van de vergelijkingsmogelijkheden vraagt de aandacht. Die beperking schuilt in de omstandigheid dat het verboden onderscheid betrekking heeft op onderscheid tussen mannen en vrouwen. In de Memorie van Toelichting bij het Voorstel van een Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen is dit als volgt geadstrueerd. De beperking van de mogelijkheid tot vergelijking met een arbeider van de andere kunne is er uitdrukking van dat de bedoeling van de wetgever niet gericht was op gelijk loon voor gelijke of gelijkwaardige arbeid in het algemeen (zoals voorgeschreven in art.7 Esocul, dat overigens wel in het bijzonder verwijst naar gelijke beloning voor vrouwen) maar zich beperkt tot de implementatie van het beginsel van gelijk loon van mannen en vrouwen.[37] Daarvoor vindt men in de Memorie van Toelichting een uitdrukkelijke verwijzing naar art. 23 Verklaring van de Rechten van de Mens (dat echter niet beperkt is tot gelijk loon voor mannen en vrouwen maar een ieder recht op gelijk loon voor gelijke arbeid toekent), verdrag nr 100 en aanbeveling nr 90 van de ILO, art. 119 EEG-verdrag en art. 4 ESH[38], (die wel betrekking hebben op gelijk loon voor mannen en vrouwen). De beperking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen vindt men niet alleen op het gebied van loon, maar ook op de andere gebieden genoemd in het eerste lid van artikel 7A: 1637ij en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen de bedoeling is geweest. De tekst van de betreffende bepalingen ('geen onderscheid...tussen mannen en vrouwen') bevestigt dit.

Met name wanneer mogelijk van indirect onderscheid sprake is blijkt dit problemen op te leveren. Dan is vaak de keuze van de groep, waarbinnen nagegaan wordt of het betreffende onderscheid met name personen van een bepaald geslacht treft, bepalend voor de uitkomst dat sprake is van indirecte discriminatie.[39] Wanneer de betrokken

37 Vgl. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 31-3-1981, Jur. 1981, p. 911 e.v. (Jenkins/Kingsgate), r.o. 10.

38 Tweede Kamer 1973-1974, 13 031, 3, p. 4.

39 Zie ook: T. van Vleuten e.a., In concreto, Den Haag 1994, pp. 92-93.

arbeidsorganisatie als referentiekader dient, een lijn die door de Commissie gelijke behandeling wordt gevolgd,[40] betekent dit dat het van de (toevallige) personeelssamenstelling in een bedrijf afhankelijk is of onderscheid naar een kenmerk dat in het algemeen meer vrouwen treft, bijvoorbeeld deeltijdwerk, met behulp van de vigerende wetgeving kan worden bestreden.

4 Tekorten van de Wet gelijke behandeling?

Het is de vraag of de Nederlandse wetgeving wat betreft de personele werkingssfeer in overeenstemming is met de Richtlijn, tot uitvoering waarvan zij is tot stand gebracht. De Richtlijn geeft zelf niet aan op welke personen zij betrekking heeft. Slechts één bepaling van de Richtlijn is speciaal op werknemers toegesneden. Dat is art. 7, waarin is geregeld dat de lid-staten de nodige maatregelen nemen ten einde de werknemers tegen elk ontslag te beschermen dat een reactie van de werkgever vormt op een klacht binnen de onderneming of op een vordering in rechte om het beginsel van gelijke behandeling te doen naleven. Voor het overige duidt de Richtlijn terreinen aan waarop het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen functioneert: toegang tot het arbeidsproces, met in begrip van promotiekansen, beroepsopleiding, arbeidsvoorwaarden (art. 1). De vraag is of de Nederlandse wetgever, die de arbeidsverhoudingen waarbinnen het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid gerespecteerd moet worden, limitatief opsomt, daarmee niet in strijd handelt met de EG-voorschriften. In een arrest van 26 februari 1992[41] heeft het EG-Hof uitgemaakt dat voor de toepassing van art. 48 EG-verdrag (verbod van discriminatie naar nationaliteit) de arbeidsvoorwaarden van een werknemer met een oproepcontract niet beletten dat hij wordt aangemerkt als werknemer in de zin van dat artikel. De werkzaamheden moeten echter wel een reëel en daadwerkelijk karakter hebben, aldus het Hof. Voor het oordeel of dat het geval is, is de duur van de werkzaamheden een factor waarmee de nationale rechter rekening moet houden. Het zou geen verbazing wekken als het Hof ook een ruime betekenis geeft aan het begrip werknemer, waar het elders voorkomt in het Verdrag en in de secundaire EG-wetgeving.[42] Dit zou betekenen dat vele Nederlandse afroepcontractanten, thuiswerkers en free-lancers ten onrechte buiten de werkingssfeer van de wettelijke regelingen zijn gehouden. Door dat te doen heeft Nederland dan zijn verplichting uit de richtlijn geschonden. Afroepcontractanten, thuiswerkers en free-lancers bij de overheid[43] zouden rechtstreeks een beroep kunnen doen op de Richtlijn (Marshall[44]), anderen kunnen mogelijk de staat uit onrechtmatige daad aansprakelijk

40 Asscher-Vonk en Wentholt, a.w. p. 73.

41 Hof van Justitie EG 26 februari 1992, Zaak C357/89, RSV 1992, 284.

42 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie op dit punt Ruth Nielsen en Erika Szyszczak, The social dimension of the European Community, Copenhagen 1993, p. 59 e.v.

43 Zie ook H.M.G. Manders, Oproepkrachten bij de overheid, SMA 1990, p. 622 e.v.

44 Hof van Justitie EG, 26 februari 1986, Jur. 1986, 723.

stellen.[45] [46] Gezien de grote betekenis die flexibele arbeidsrelaties op de arbeidsmarkt hebben, komt beperking van de toepasselijkheid van de wetgeving met betrekking tot gelijke behandeling zoals dat in de wetgeving is gebeurd niet dienstig voor voor het bereiken van gelijke behandeling van mannen en vouwen bij de toegang tot en in het arbeidsproces en daarmee de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid.

Wat betreft de vergelijkingen die gemaakt moeten kunnen worden om een beroep op de wetgeving met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen te kunnen doen, het volgende. Wanneer Fase gelijk heeft met de betekenis die hij aan het begrip onderneming hecht, moet met hem strijd met het EG-recht op dit punt worden geconstateerd, met name strijd met de uitleg die het Hof geeft aan het bereik van art. 119. Merkwaardig is dat, hoewel Fase al in 1982 aangeeft dat om die reden de Wet gelijk loon op de helling moet, de wetgever, toen die wet op de helling ging, aan deze opmerking geen aandacht heeft besteed.

De beperking van de vergelijkingsmogelijkheden tot personen in dienst van dezelfde werkgever is niet uitdrukkelijk voorgeschreven in het EG-Recht. De Wet gelijk loon voor mannen en vrouwen bevatte de bepaling dat bij ontbreken van een mannelijke maatman wordt uitgegaan van het loon van een mannelijke maatman in een zoveel mogelijk gelijksoortige onderneming in dezelfde bedrijfstak. Deze bepaling, die meer tegemoet komt aan het doel van bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid, gegeven de segmentering van de arbeidsmarkt, is helaas in 1989 bij de Reparatiewet vervallen. De motivering voor het laten vervallen van deze bepaling was dat er in de praktijk geen gebruik van werd gemaakt.[47] Een weinig bevredigende argumentatie, als men bedenkt dat - om allerlei redenen - helemaal weinig een beroep op de wet werd gedaan, wat men juist door de Reparatiewet probeerde te verhelpen.

De beperking van de vergelijkingsmogelijkheden tot personen van het andere geslacht stemt overeen met de wijze waarop in artikel 119 EEG-Verdrag en de richtlijnen het discriminatieverbod is geformuleerd. Het leidt echter niet tot optimale effectiviteit in verband met het doel van realiseren van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en in het arbeidsproces en daarmee de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid, wanneer het van de toevallige personeelssamenstelling bij een werkgever afhankelijk is of wel of niet achterstelling bij de arbeid van een bepaalde groep werkenden, waarin veel vrouwen voorkomen, bestreden kan worden.

---

45 Hof van Justitie EG, 19 november 1991, NJ 1994, 2 (Francovich).

46 Vgl. J.A.H. Blom, De effectiviteit van de Wet gelijke behandeling m/v, Den Haag 1994, p. 149.

47 Tweede Kamer, 1986-1987, 19 908, 3, p. 22.

5 Conclusie

Bij de vormgeving van de wettelijke regeling met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft de wetgever voor de vraag in welke gevallen die regeling toepasselijk is in de eerste plaats aansluiting gezocht bij de wijze waarop de toepassingssfeer van de regeling van het arbeidscontract in het Burgerlijk Wetboek is afgebakend en bij de wijze waarop dat in het ambtenarenrecht is gedaan. Bovendien is op een beperkte groep anders werkenden artikel 7A: 1637ij BW van toepassing verklaard.

Deze bepaling van de werkingssfeer van de regeling komt te beperkt voor. Niet alleen is de verenigbaarheid met het EG-recht in een aantal gevallen twijfelachtig, ook beantwoordt de regeling juist door zijn beperkte toepasselijkheid niet aan de doelen die de wetgever zich gesteld had.

Dat de ongelijkheid van behandeling tot een ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in dienst van de werkgever moet terug te voeren zijn, beperkt de effectiviteit van de wetgeving, in verband met genoemde doelstelling, bovendien.

De noodzaak ongelijke behandeling als ongelijke behandeling van mannen en vrouwen in dienst van de werkgever te definiëren is, hoewel in overeenstemming met het EG-recht op dit punt, inadequaat vanuit het oogpunt van het bereiken van het doel dat de wetgever zich had gesteld.

Overziet men een en ander dan moet men constateren dat de wetgeving niet is toegesneden op de wijze waarop vrouwen en mannen thans op de arbeidsmarkt participeren (toename van flexibele arbeidsrelaties, segmentering van de arbeidsmarkt) noch effectieve instrumenten biedt ter verwezenlijking van het doel van de wetgeving. De techniek van de vigerende regelgeving is veeleer toegesneden op het verwezenlijken van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in reguliere arbeidsverhoudingen werkzaam, met name in verband met de concurrentie die vrouwen bij ongelijke behandeling mannen op de arbeidsmarkt zouden kunnen aandoen. Daarmee wordt gekoerst op in de vijftiger jaren nagestreefde doelen, te weten het voorkomen van concurrentie van mannen door vrouwen op de arbeidsmarkt. Voor het doel van de regelgeving betreffende gelijke behandeling, zoals die in de 90-er jaren vigeert, is een andere techniek nodig.

De oplossing voor de gesignaleerde problemen moet gezocht worden in wetgevende activiteit. Weliswaar kan een verplichting tot gelijke behandeling ook bij cao worden opgelegd en kan de cao zijn werkingssfeer ook uitstrekken tot andere overeenkomsten dan arbeidsovereenkomsten (artikel 1 lid 2 Wet cao), het gegeven dat een cao slechts een beperkte toepassingssfeer heeft maakt deze oplossing onvoldoende, daargelaten de vraag of collectieve partijen inderdaad tot een dergelijke bepaling zouden willen komen.

Uitbreiding van de personele werkingssfeer van de Wet gelijke behandeling tot andere overeenkomsten waarbij arbeid wordt verricht is aangewezen. Dat bij de bepaling

van de werkingssfeer het doel van de regeling een belangrijke richtsnoer biedt, is ook elders in het sociaal recht (Arbeidsomstandighedenwet, werknemersverzekeringen) een bekend verschijnsel.

Voor de vooral maar niet uitsluitend bij mogelijke indirecte discriminatie zich voordoende problemen die samenhangen met de eis dat vergeleken moet worden met een persoon van de andere kunne, in dienst van dezelfde werkgever, zijn verschillende oplossingen denkbaar. Allereerst ligt opname van een bepaling, inhoudende dat bij gebreke van een maatman in dienst van de werkgever vergeleken moet worden met een maatman in een andere onderneming in de bedrijfstak, voor de hand. Vervolgens is er de mogelijkheid een ruimer referentiekader te kiezen, aan de hand waarvan vastgesteld wordt of meer vrouwen dan mannen (of omgekeerd) nadeel ondervinden van het onderscheid naar het betreffende kenmerk.[48]

Een derde mogelijkheid is dat niet alleen het geslacht van een persoon als verboden discriminatiegronden wordt aangemerkt, maar ook het kenmerk dat in de praktijk vooral vrouwen getroffen worden. Iets dergelijks heeft het Hof van Justitie gedaan in het Dekker-arrest.[49] Toen was de vraag aan de orde of onderscheid naar zwangerschap discriminatie naar geslacht oplevert. Het Hof van Justitie (en ook de Nederlandse wetgever in de Reparatiewet, zie nu art. 7A: 1637ij lid 5 en WGB art. 1) beantwoordt deze vraag uitdrukkelijk bevestigend. Het Hof oordeelt bovendien, in antwoord op de tweede hem bij die gelegenheid gestelde vraag dat, nu het betreffende onderscheid directe discriminatie oplevert, de omstandigheid dat geen mannelijke kandidaten - dat wil zeggen mannen waarmee vergeleken kan worden - aanwezig waren, het oordeel over dat onderscheid niet verandert.

Zou de wetgever onderscheid naar deeltijdwerk, en naar andere hoedanigheden die in het bijzonder vrouwen treffen, expliciet als verboden discriminatiegronden noemen, dan is voor het constateren van overtreding van de norm niet meer nodig dat door de individuele werkgever concreet personen van het andere geslacht bevoordeeld worden, en dat de benadeling bij de werkgever een aanzienlijk groter percentage vrouwen dan mannen treft.[50]

Deze weg is gekozen in het Wetsvoorstel betreffende het verbod tot het maken van onderscheid tussen werknemers naar arbeidsduur.[51] Het is niet voldoende de mogelijkheid tegen die ongelijke behandeling van vrouwen op te komen, te beperken tot de situatie waarin de toevallige verdeling van de werknemers, bij de werkgever in dienst, over de geslachten, daartoe de mogelijkheid biedt.

---

48 Vgl. Asscher-Vonk en Wentholt, a.w. p. 73.

49 Hof van Justitie van de EG, 8 november 1990, NJ 1992, 224.

50 Vgl. Hof van Justitie van de EG 31 maart 1981, Jur. 1981, p. 911 e.v., r.o. 13 (Jenkins/Kingsgate).

51 Tweede Kamer 1995-1996, 24 498.

Werving, selectie en ontslag; een uitstapje in reguleringsland

'Mijn mond maakt mij meer mans (mens)'

H.W.M.A. Staal

1 'Nieuw is goed', maar is nieuw altijd goed?

Voorschrift 269 van 'Handorakel en kunst van de voorzichtigheid'[1] van Baltasar Gracián dicteert: 'Benut het nieuwe dat u biedt: zolang men nieuw is, wordt men geacht. Het nieuwe bevalt de mens omdat het afwisseling geeft. Het verfrist de smaak; een fonkelnieuwe middelmatigheid wordt hoger aangeslagen dan een wonder waaraan men is gewend geraakt. Het uitmuntende is aan slijtage onderhevig en raakt verouderd. Men dient zich voor ogen te houden dat de glorie van het nieuwe van korte duur is: na vier dagen verliest men het ontzag ervoor. Benut daarom de eerstelingen van het respect, en grijp bij het vervluchtigen van de welwillendheid alles waarop u aanspraak kunt maken. Als namelijk de hitte van het nieuwe afneemt, bekoelt ook de belangstelling en zal de aangename opwinding over het nieuwe plaatsmaken voor de verveling van het gewone. Men kan rustig aannemen dat alles wat nu in onbruik is, ooit zijn glorietijd heeft gehad'.

Ook nu, in een epoque van liberaal-paarse dynamiek waar 'nieuw' een belangrijk postulaat is, zou deze passage tot nadenken moeten stemmen. Met groot verbaal geweld worden immers regels, instituties en arrangementen waarmee Nederland sinds 1945 heeft leren werken op een internationaal uiterst competitief niveau, de een na de ander naar de vuilnisbak verwezen. Zonder al te veel reflectie op het verleden en met een ostentatieve minachting voor juridische en sociale noties prediken economen

1 Oorspronkelijke titel: 'Oráculo manual y arte de prudencia', 1647, laatstelijk in vertaling van Theo Kars uitgegeven bij Athenaeum - Polak & Van Gennep, Amsterdam 1991.

van allerlei politieke pluimage als Wijers, Wolfson en Zalm en 'nieuwlichters' als Bakker, Bolkestein en Van Zuylen de afbraak van sociale verworvenheden. Die verworvenheden mogen dan stabiliteitsbevorderend zijn, maar dat maakt ze in hun ogen nu juist verdacht: de dynamiek van de 'global market' vraagt om een conservatieve revolutie à la Newt Gingrich in de USA. In zo'n klimaat mag een politieke lichtgewicht als Linschoten het sociale-zekerheidsstelsel onder handen nemen. Je zou bijna terugverlangen naar de Veldkamps en Albeda's uit de christen-democratische school, wier deskundigheid op het hun toebemeten terrein in elk geval niet ter discussie stond. En met angst en beven moet worden afgewacht of het arbeidsovereenkomstenrecht en de arbeidsmarktregulering bij de bewindslieden Sorgdrager en Melkert van Justitie respectievelijk Sociale Zaken & Werkgelegenheid wel in goede handen zijn.

2 Nieuw kabinet en arbeidsverhoudingen

Geenszins onmogelijk is dat het in 1994 van start gegane kabinet-Kok een fundamentele caesuur bewerkstelligt op het terrein van de arbeidsverhoudingen. Het zou te makkelijk zijn om die te rechtvaardigen met een verwijzing naar de noodzaak op te treden tegen corporatistische tendensen en kartelvorming, zoals men vooral in D66- en VVD-hoek, maar tegenwoordig ook bij de PvdA, geneigd is te doen. Algemeen-verbindendverklaring van cao- bepalingen, verplichte verzekering van sociale risico's en de uitvoering daarvan door gezamenlijk bestuurde, niet-commerciële instituties, inrichting en vormgeving van de arbeidsvoorziening en sectorale sociaal-economische ordening binnen een wettelijk gewaarborgde structuur: het zijn aspecten van de Nederlandse sociale orde die alleen al door de rol van (organisaties van) ondernemers en werknemers voor veel politici en economen verdacht en onwenselijk zijn. Is men in zijn aanval op de overlegeconomie nu op zoek naar een mixture van doelmatigheid, duurzaamheid en rechtvaardigheid of is het de arrogantie van de eigen groep - de politiek respectievelijk de economenwereld - die de wijsheid in pacht meent te hebben en geen inmenging van anderen duldt? Het wordt tijd dat er een volwassen visie op de samenhang tussen politieke en sociaal-economische democratie ontwikkeld wordt. Tussen 1945 en 1950[2] leek daarvoor een vanzelfsprekende vorm gevonden te zijn, onder gebruikmaking van vooroorlogse verworvenheden als de Wet CAO 1927, de Wet AVV 1937 en voorbeelden van sociale-zekerheidswetgeving. In 1990 kwam een Arbeidsvoorzieningswet tot stand waarin de tripartiete bestuursstructuur een nieuwe trend leek te zetten. In 1995 dreigt het kabinet met voorstellen voor nieuwe wetgeving ook op dit laatste punt de trend te willen keren, alle kritiek van de Raad van State ten spijt. Tegelijkertijd is eind 1994 het project MDW (marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit) onder instigatie van de ministers Wijers van Economische Zaken en Sorgdrager van Justitie gestart, waarin de accenten liggen zoals de volgorde van de drie thema's al suggereert. Niet de kwaliteit van de (toekomstige) regelgeving staat centraal, maar de noodzaak om de economie te dynamiseren door aanpassing

2 1950: Wet op de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie.

aan wat de markt zou eisen (vooral minder regels en grotere flexibiliteit). Jammer dat een juridisch-filosofische reflectie op de plaats en betekenis van regelgeving en de relatie tussen reguleringsmechanismen ontbreekt. Een niet zo boude voorspelling: dit deel van het regeringsbeleid zal uitmonden in het toegeven aan de preponderante eis van economen dat op het terrein van de arbeidsverhoudingen de teugels gevierd worden. De terugtred van de overheid van het terrein van arbeidstijdenregulering en arbeidsomstandigheden is een van de eerste stappen, maar er zal nog heel wat volgen. De niet-georganiseerde ondernemers en vooral de tot idool verheven starters onder hen hoort niet al te veel in de weg te worden gelegd, ook niet door het kartel van vakbonden en georganiseerde ondernemers.

Het is alsof je met de bepleite voordelen van ordening via de vrije markt een maatschappelijke conservatief als Fernando Pessoa[3] hoort, als hij verzucht:

> 'Ik heb de sinaasappel in tweeën gesneden, en de delen waren ongelijk.
> Voor welk van beide was ik onrechtvaardig - ik, die ze allebei opeet?'

Even eerder in het hier geciteerde gedicht had Pessoa zich allerminst sympathisant getoond van 'de preker van die waarheden' die 'sprak over het lijden der werkende klassen' en 'het onrecht dat de één geld heeft en de ander honger'. Om daaraan toe te voegen:
'Want lijden is niet geen inkt meer hebben' en
'onrecht bestaat zoals er dood bestaat.
Ik zou nooit een stap verzetten om iets te doen
Aan dat wat men het onrecht in de wereld noemt.
Duizend stappen daartoe verzet zouden nog maar duizend stappen zijn. Onrecht aanvaard ik zoals ik aanvaard dat een steen niet rond is.
En dat een kurkeik niet geboren is als pijnboom of als eik'.

Ik ben er niet zeker van of het doelmatigheidsdenken dat op dit moment zo dominant is, ons behoedt voor een dermate gesimplificeerd rechtvaardigheidsbegrip.

3 Een stapje terug in de tijd

Hoe anders was de van optimisme en behoefte aan rechtvaardigheid doordrenkte toon van het debat in de Nederlandse Staten-Generaal in 1906/1907 over 'De Sociale Betekenis der Wettelijke Regeling van de Arbeidsovereenkomst'! Met de bedoeling om de arbeidsovereenkomst aan het regime van het huurrecht ('huur van dienstboden en werklieden') te onttrekken en van een puur vermogensrechtelijke strekking te ontdoen, had de minister van Justitie in 1891 aan mr H.L. Drucker gevraagd een

---

3 Maar die had dan wel het onmiskenbare voordeel dat hij een groot dichter was. Geciteerd is een passage uit een naamloos gedicht uit de periode 1914-1918, dat voorkomt op pagina 113 in de bundel 'Gedichten', uitgeverij de Arbeiderspers, 1978, in de vertaling van August Willemsen.

wettelijke regeling te ontwerpen voor overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Dat thans het huurrecht - althans de huur van woonruimten - weer, samen met het arbeidsrecht, tot het sociale recht behoort, doet niets af aan het principiële karakter van een dergelijke systeembreuk, waaraan we titel VII A van het derde boek van het Burgerlijk Wetboek te danken hebben.[4]

Drucker moest zich al in het eerste parlementaire debat over 'zijn' enige malen gewijzigde ontwerp in maart 1906 verweren tegen de kritiek uit (vooral) SDAP-hoek dat deze operatie zinloos was of zelfs schadelijk voor het arbeidersbelang. Verhelderend is een - vrij lang - citaat uit A.E. Bles, De Wet op de Arbeidsovereenkomst[5]:
(de heer Drucker:)

'Er is in het land en ook nog in het Voorlopig Verslag door enkelen gezegd: een wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst is totaal onnoodig, daar is door de arbeiders niet om gevraagd, zij hebben er geen behoefte aan, het heeft voor hen geen belang. Men heeft dat heden hier niet meer volgehouden. Het was dan ook inderdaad niet vol te houden.

Want zelfs de geestverwanten van degenen die dit op vergaderingen aan het volk verkondigen, de naaste geestverwanten van die heeren, voor zoover zij in de practijk staan, hebben dit zoo krachtig mogelijk tegengesproken. De heer Fortuyn, chef van een bureau voor arbeidersrecht te Amsterdam, heeft onder hoogeren druk zijn verslag moeten castigeeren - ik kom daar straks op terug -, maar in dat gecastigeerde verslag staat toch, dat de rechtspraak niet zoo ellendig is als het wel eens wordt voorgesteld, integendeel "bij de rechtsprekende ambtenaren is te constateeren over het algemeen een sterk streven om de billijkheid te betrachten". Maar, zegt de heer Fortuyn, "waar echter de wet ten opzichte van den arbeid òf geene òf zeer slechte bepalingen bevat, zijn de rechters aan de wet gebonden al treft de toepassing dan ook de werklieden". Dat is een man uit de practijk. Een ander man uit de practijk, die waarlijk niet verdacht kan worden van ingenomenheid met dit wetsontwerp, want hij heeft het te vuur en te zwaard bestreden, een Rotterdamsch collega van den heer Fortuyn, de heer Spiekman, heeft in de *Kroniek* van 27 Januari jl. dit geschreven: "laat mij gaarne verklaren, dat thans na het verschijnen van dit belangwekkende rapport" - een rapport dat ik bij mij heb en dat ik straks zal noemen - "en na de ondervinding die wij hebben opgedaan op onze bureau's voor arbeidsrecht, zoo mogelijk nog meer dan vroeger gevoeld wordt de behoefte aan betere wettelijke regeling dezer materie, aan gemakkelijker procesvoering, inperking of afschaffing der boetes enz.".

Zelfs de heer Spiekman, een van de meest hartstochtelijke bestrijders van het wetsontwerp, stelt nu al als een mogelijkheid, dat *inperking* van boeten een vooruitgang zal zijn, afschaffing natuurlijk zou nog beter zijn! Dit laatste in het voorbijgaan. Dit zijn nu algemeene oordeelvellingen. Concrete feiten kan men

4 Thans boek 7A BW en na voltooiing van de parlementaire behandeling van Wetsvoorstel 23438 boek 7 titel 10 (N)BW.

5 De Wet op de Arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der Wet van den 13den Juli 1907 (Staatsblad no. 193), Eerste Deel, pp. 39/40.

vinden in een boek, dat voor degenen die dit onderwerp hebben bestudeerd wel is waar niet veel nieuws bevat, maar dat toch een aantal feiten heeft verzameld. Ik bedoel het rapport van de enquête, gehouden door de Sociaal-democratische Studieclub ten aanzien van de arbeidsverhoudingen in Nederland.

Ieder die de artikelen van dit ontwerp naast de desbetreffende passages uit het boek legt, zal, die in verband met elkander brengende, moeten zeggen: ziet, wat gij daar nederschrijft als praktijken , nadeelig voor de werklieden, dit zal niet meer of althans in mindere mate kunnen geschieden, wanneer de door u zoo geminachte artikelen wet zullen zijn geworden. En het doet mij genoegen, dat dan ook door den heer Tak is gezegd: het zijn kleine verbeteringen; het mogen dan in zijn oog kleine verbeteringen zijn, hij heeft toch erkend dat het verbeteringen zijn.

De heer Schaper heeft gezegd, dat het wetsontwerp verbetering brengt voor hen die niet een goede vakvereeniging hebben, althans vooral voor hen. Die gedachtengang van den heer Schaper is, dunkt mij, juist. Maar dan zou ik er toch aan willen toevoegen, dat dit ontwerp alleen van geen belang is voor hen die hebben een zéér sterke vakvereeniging.

Nu zou ik den heer Schaper willen vragen, die weet het misschien nog beter dan ik, in hoevele bedrijven en in hoeveel plaatsen in ons land de arbeiders een zéér sterke vakvereeniging hebben, zóó sterk, dat zij door hun oeconomische kracht zouden kunnen afdwingen wat hun hier door de wetgeving wordt gewaarborgd.

Ik kom thans op den aard dezer regeling. Bij deze regeling heeft van den aanvang af vooropgestaan, dat wij hier te doen hebben met twee partijen, die in den regel zijn van ongelijke economische kracht. De eerste geachte spreker van gisteren, de heer Arts, heeft reeds daarop de aandacht gevestigd. Dat blijkt ook wel hieruit, dat niet in een enkel artikel in het wetsontwerp, maar dozijnen malen nietig wordt verklaard alles wat geschiedt in strijd met de bepalingen van die artikelen'.

4 En een stapje vooruit

Met een zekere wisseling in de rolverdeling zou dit debat zich in de actualiteit kunnen voltrekken: de voorzitters van VNO en NCW, de samenwerkende ondernemerscentrales, Rinnooy Kan en Blankert roepen om het hardst dat het wettelijke ontslagrecht respectievelijk het arbeids(overeenkomsten)recht in het algemeen tot een minimum kan/moet worden teruggebracht.[6] [7]

---

6 Zie toespraak A. Rinnooy Kan op VNO/NCW-congres 11 september 1995 in Maastricht, waar hij verdedigt dat (een gegeven) ontslag slechts op de aanwezigheid van een redelijke grond getoetst behoeft te worden; - Column J. Blankert in PW 7 oktober 1995: 'de invalshoek moet zijn: wat is er op het gebied van het arbeidsrecht nodig om te komen tot een structurele verbetering van de dynamiek op de arbeidsmarkt? Het uitgangspunt daarbij zou moeten zijn dat iedere regel die niet heel strikt nodig is om fundamentele rechten te beschermen, zou moeten verdwijnen.' - Dit lijkt allemaal ook sprekend -

Het is bon ton om in het licht van de concurrentie op wereldschaal, de vrije markt, de mondialisering[8] en de dwang van het EU-mechanisme te verkondigen dat de torenhoge Nederlandse arbeidskosten mede toe te schrijven zijn aan de hoge graad van arbeidsrechtelijke bescherming van loonafhankelijken en hun (collectieve) zeggenschapsrechten. Alsof iedere onderneming op de internationale markt opereert; alsof Nederland een op alle punten voor werknemers superieur stelsel zou kennen; en alsof dergelijke bescherming en rechten alleen negatief te waarderen zijn. Is het niet zo, dat behalve kosten evenzeer - of in sterkere mate - baten als loyaliteit, integratie, opleiding en arbeidsrust gegenereerd worden door een hoog ontwikkeld sociaal stelsel? Ik voel dan meer voor de gedachtengang die M.G. Levenbach ontplooide in zijn intreerede 'Organisatievormen in het Nederlandse Arbeidsrecht' aan de Universiteit van Amsterdam in 1939, waar ook L.H. van den Heuvel in 1988 zich in zijn intreerede aan de Vrije Universiteit Amsterdam met graagte bij aansloot.[9]

> 'Maar wij zijn zo grote nood van werkloosheid gaan zien en deze nood zo diep gaan beseffen, dat de vraag gerezen is: heeft het dan nog zin over arbeidsrecht te spreken?(.....)
>
> Zou men ermee de gedachte ingang willen doen vinden, dat het weinig gepast is, strijd voor het recht van de árbeiders te voeren, zolang zovelen zelfs naar vrijwel rechteloze arbeid snakken, dan wijs ik op de in onze dagen ook nog wel in ander verband gebleken ondeelbaarheid van de idee van het recht. Als de dijken voor de werkenden, welke nog staan, niet zo goed mogelijk onderhouden worden, is het opwerpen van stuwdammen voor de werklozen monnikenwerk. Wanneer wij de moeizaam verworven rechten van de werkenden laten wegspoelen in een maalkolk van tegenstrevende machtsfactoren, hoeveel erger zal het dan de economisch nog zwakkere werklozen niet vergaan?'

De gedachten gaan onwillekeurig uit naar politici en economen die onder het adagium 'werk boven loon' en 'nog meer stapjes terug om internationaal overeind te blijven' het groeiende werkgelegenheidsprobleem in eigen land de baas proberen te worden. We helpen noch de Nederlandse werkloze noch de pauper in Bombay door het arbeidsrecht te reduceren in de mate die VNO en NCW voorstaan. Laat staan dat het totale kostenniveau van de Nederlandse produktie en dienstverlening ooit - rampen en wereldoorlogen voorbehouden - tot het huidige niveau van Bangladesh terug te brengen is: als dat de concurrentiekracht zou bepalen redden we het nooit. Veeleer

---

maar nauwelijks verrassend - op vanuit de verenigde Europese ondernemers (UNICE) geïnspireerde 'onderzoeks'-bevindingen en op conclusies van de Molitor-groep (een door de Europese Commissie opgezette groep van zestien 'onafhankelijke deskundigen') waarin meer of minder vergaande deregulering en simplificering van de arbeidsmarkt en het arbeidsrecht worden aanbevolen. Het Molitor-rapport dateert van juni 1995, de UNICE-'onderzoeken' zijn in het vroege najaar van 1995 gepresenteerd.

7 Inmiddels zijn die gedachten iets gematigder, doch nauwelijks genuanceerder verwoord in een VNO/NCW-nota 'Arbeidsverhoudingen en arbeidsrecht' van november 1995.

8 Meestal ten onrechte aangeduid met het anglicisme 'globalisering'.

9 L.H. van den Heuvel 'Tussen vrijheid en bescherming. De arbeidsovereenkomst voor betrekkelijk bepaalde duur', rede 27 mei 1988 (Kluwer Deventer, 1988), pp. 6/7.

dienen uitsluiting, achterstelling en gedwongen non-participatie tegelijkertijd in eigen huis én op wereldschaal te worden opgelost. Loyale en solidaire zelfbeperking van al degenen die nu optimaal van de welvaart profiteren, zou gericht ingezet moeten worden voor een activerende sociale zekerheid en voor internationale arbeidsverdeling.

5 Emancipatie en mondigheid als vermeende realiteit

Er zit nog een andere kant aan dit politiek - ideologische dispuut. In kringen van D66, maar daar niet alleen, is het gebruik om de emancipatie van de werkende, van werkman via arbeider en werknemer naar medewerker, voltooid te achten. Op grote schaal zou zich een nieuwe mensensoort in de arbeidsverhoudingen ontplooid hebben: de mondige, gelijkwaardige, niet langer door verschillen in macht van welke aard dan ook beperkte partner in het samenwerkingsverband dat een onderneming is. Die partner of maat is daarnaast een veeleisende consument die de arbeidsverhoudingen maar ouderwets geordend vindt. Zich vermoedelijk blindstarend op het eigen idealisme, althans zonder oog voor de gemiddelde arbeider die niet tot de eigen referentiegroep behoort, negeert men inherente belangentegenstellingen waarin macht in plaats van overleg en consensus nog steeds de doorslag geeft. Zelfs als arbeid en kapitaal (soms) heel goed samengaan en wederzijdse afhankelijkheid erkennen, valt zowel op korte als op langere termijn geen volledige nivellering van machtsverschillen te verwachten. Een gematigd marktstelsel is weliswaar gegrond op een zekere decentralisatie, maar niet op de ultieme democratisering van alle zeggenschap over ondernemingsbeslissingen.

Dit betekent dat ook in het jaar 2000 en een hele tijd daarna zal gelden wat Drucker in zijn debat met de SDAP al in 1906 constateerde: het recht of de wet moet in arbeidsverhoudingen een zekere mate van gelijkheid in economische kracht bewerkstelligen. Een werknemer die niet op zijn mondje gevallen is en vandaag om zijn kennis en kunde nog overal gevraagd wordt, kan morgen uit de gratie zijn. Zelfs als hij het benul heeft gehad zich tijdig bij een collectief aan te sluiten, is de syndicale kracht hoogstens een beperkte compensatie voor de macht van het collectief (het concern, het globaal opererende netwerk, het monopolie, het kartel of de eveneens georganiseerde losse ondernemer) dat hij tegenover zich vindt.

In de kern is het wetgevingscomplex van 1907, 1927, 1937 en 1953 voor de arbeidsverhoudingen allerminst achterhaald; ook niet door het geleidelijk vanzelfsprekend worden van een zekere wettelijke of vrijwillige medezeggenschap, die immers zelden verder komt dan een beperkte mate van meedenken en controleren. De norm van redelijkheid en billijkheid zou als leidende maatstaf in een bedding van globale(re) regels een krachteloos surrogaat zijn voor de ongelijkheidscompensatie van het huidige individuele en collectieve arbeidsovereenkomstenrecht. Zelfs de rechter zou handen te kort komen om alle conflicten over de toepassing van die norm te behandelen en dan nog zou hij de instrumenten ontberen om effectief vrede te stichten en oorlogsdaden af te straffen. Met substitutie van 'mondige' maar lastige werknemers door willige loonslaven zouden werkgevers de geringer wordende behoefte aan arbeidskrachten nog wel een tijdje kunnen lenigen in een regelvrije omgeving. Verstandig beleid is anders en

mogelijk keert de wal het schip zeer snel. Maar waarom de proef op de som nemen? Er moet een wijzere methode zijn om vergrote mondigheid te honoreren en aan ontwikkelingen recht te doen.

6 Regulering van de arbeid: wat, hoe en waarom

6.1 De uitgang - het ontslag

Arbeidsrechtbeoefenaren blijken overmatig veel aandacht te (moeten) geven aan het ontslagrecht.[10]

De uitgang wordt veel beter in de gaten gehouden dan de ingang, hetgeen de stabiliteit van de dienstbetrekking mogelijk wel, maar de toegankelijkheid minder ten goede komt. Een zekere logica heeft dit zonder twijfel. Terugkijken is vaak makkelijker dan vooruitzien. In een beëindigingsdispuut - zeker als dit op de spits gedreven is - manifesteert de kracht van de regel zich het best en worden gebreken zichtbaar in de inhoud en vormgeving van de arbeid(sverhouding) in de voorbije periode. Het is ook - psychologisch - makkelijker om tegen je werkgever te procederen als de arbeidsverhouding feitelijk beëindigd is, dan op een moment dat de band nog intact is. Bovendien kun je je kansen dan meestal beter inschatten. Wetgever, regelgever, advocaat, rechter en wetenschapper stimuleren elkaar al met al tot grote hoogten van spitsvondigheid op het vlak van het ontslagrecht. Zo was het de afgelopen vijftig jaar en zo zal het de komende vijftig jaar nog wel blijven. Grotere mondigheid van werknemers kan overigens wel leiden tot een zekere toename van formele en informele geschilbeslechting met een preventief oogmerk of in een fase dat het nog niet te laat is voor ingrepen van buitenaf. Een wettelijk klachtrecht zou in dit verband een uiterst nuttige rol kunnen vervullen als alternatief voor de gang naar de civiele rechter, maar de kans op realisering daarvan heeft het parlement nog recent voorbij laten gaan.[11]

6.2 De entree - een doolhof

Over de toegang tot de dienstbetrekking is vooral door niet-juristen veel geschreven. Werving & selectie is uitgedijd van een interne P&O-functie tot een waanzinnige markt voor advies-, bemiddelings-, organisatie-, selectie-, assessment- en outplacementbureaus. De theorie dat the right man on the right place (what's in a name?!) te brengen is met professioneel-wetenschappelijke technieken en zorgvuldig handelen, wordt lang niet altijd in praktijk gebracht. Talrijk zijn de missers. Of bovendien aan iedere sollicitant recht gedaan wordt, met name via een gelijke kans op aanstelling, is de selecteur vaak minder een zorg dan te voldoen aan de wensen

10 Zie ook I.P. Asscher-Vonk, die hier al op de eerste pagina van haar dissertatie 'Toegang tot de dienstbetrekking' op wijst (Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1989).

11 De Tweede Kamer verwierp in september 1992 wetsvoorstel 21514, dat beoogde in het Burgerlijk Wetboek een (beperkte) regeling van het klachtrecht van de individuele werknemer op te nemen.

van de opdrachtgever. Daar zit hem misschien ook de kneep: de juridische inkadering van het wervings- en selectieproces is zo beperkt, dat aan de werkgever weinig tot niets in de weg wordt gelegd om uit het bijna altijd omvangrijke arbeidsaanbod te kiezen hoe en wie hem goeddunkt. Voortbouwend op signalen van onder anderen Bakels, Van Haren en Jacobs heeft Asscher-Vonk met dit gebrek aan juridische theorievorming geen genoegen genomen. Haar proefschrift analyseert regelingen met betrekking tot toegang tot de dienstbetrekking, maar laat - bijvoorbeeld door de begrenzing tot expliciete, directe materiële normen en tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7A: 1637a BW - een zee aan materiaal voor een volgende generatie juridische onderzoekers liggen.

Waarom pakt niemand die draad op?

In het samenstel van toegangsregels dat Asscher-Vonk in Nederland, in weerwil van de achterblijvende juridische aandacht, kon optekenen, blijven aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, sollicitatiecodes zoals die van de Nederlandse Vereniging voor Personeelbeleid (NVP) en aanbevelingen van de Commissie Selectieprocedure (Commissie Hessel - 1977: 'Een sollicitant is ook een mens') buiten beschouwing. Dit geld ook voor stimulerend overheidsbeleid in de vorm van subsidiëring of contract compliance. Vermoedelijk zou op basis van deze criteria ook een wettelijke regeling als de Wet Bevordering Evenredige Arbeidsdeelname Allochtonen van 11 mei 1994 (Stb.1994, 423) - als deze al in 1989 had bestaan - niet in het onderzoek betrokken zijn: de in de WBEAA voorgeschreven taakstellende werkplannen en de periodieke rapportage over gevoerd gelijke-kansenbeleid zijn immers procedureel van aard.

6.3 Zelfregulering als complement van wetgeving

Wat vervelend nu, dat het juist dit laatste type wetgeving is dat af en toe gevrijwaard blijft van het dereguleringsvirus. Het huidige kabinet trekt de lijn door die zich al een decennium aftekent: weinig of geen nieuwe overheidsregulering die op het terrein van de arbeidsverhoudingen corrigerend kan werken op bestaande krachtsverhoudingen.[12]

'Zelfregulering door sociale partners' is een dogma. Dat die 'partners' het er op sommige punten bij laten zitten en dat zij niet altijd gelijkelijk belang hebben bij regeling van het door de overheid afgeschoven thema, realiseert men zich onvoldoende. Vergelijk het eerder genoemde klachtrecht dat in de meeste ondernemingen ongeregeld is gebleven. Denk verder maar eens aan de gaten die de wetgever bij de (voortschrijdende) privatisering van de sociale zekerheid laat vallen in de (deels grondrechtelijk gewaarborgde) rechtsbescherming van werknemers die nu hun werkgever als controleur -met toegang zelfs tot medische dossiers- op het dak krijgen. Als zich de kans voordoet om het gevoelige punt van het medisch

12 De grote uitzondering is de juist voor het terrein van de arbeid relevante Algemene Wet Gelijke Behandeling, die op 1 september 1994 in werking is getreden na jarenlange voorbereiding en parlementaire strijd.

aanstellingsonderzoek wettelijk te regelen, zijn kabinet en Kamermeerderheid vooralsnog wat al te schroomvallig. Een ferme afhandeling van het initiatief-wetsvoorstel Kohnstamm/Van Boxtel (voorstel van wet op de medische keuringen TK 1993-1994 no. 23259) lijkt er niet in te zitten, althans er wordt serieus overwogen om na een eventueel fiat van de Staten-Generaal de wet voorlopig op de plank te leggen. Fracties als die van CDA en VVD, maar ook (een groot deel van) het kabinet, verwachten alle heil van zelfregulering van de markt van arbeid en gezondheid. Tweeëntwintig organisaties, waaronder alle beroepsverenigingen van (keurings)artsen en centrale ondernemers- en werknemersorganisaties, hebben namelijk onder auspiciën van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst overeenstemming bereikt over een protocol aanstellingskeuringen dat per 1 januari 1996 in werking treedt. Bij de jaarwisseling is het wachten nog op een landelijke klachtenregeling die onverbrekelijk onderdeel uitmaakt van dit protocollaire akkoord. Vermoedelijk treedt de klachtenprocedure dus enige tijd later in werking. De participanten in het protocol verschillen - net als de politiek - fors van mening over de noodzaak cq wenselijkheid van inbedding van het protocol in een wettelijke regeling.[13] Als later bij evaluatie van het protocol naar aanleiding van geregistreerde klachten de inherente tekorten van dit type 'regulering' bewaarheid worden, kan een eventueel door de Staten-Generaal aangenomen, doch niet ingevoerde wet op de medische keuringen toch moeilijk meer genegeerd worden. Zeker als de inmiddels voortschrijdende 'privatisering' van de ziekte- en arbeidsongeschiktheidswetgeving en de daardoor in het leven geroepen of versterkte selectiemechanismen (te laat!) politieke paniek veroorzaken. Maar eigenlijk geeft men hiermee een testimonium paupertatis af. De wetgever mag toch fundamentele rechten van de keurling niet aan de markt overlaten? Protocollen of codes kunnen naar mijn opvatting slechts complementair werken en geven juist de op bescherming aangewezen persoon-in-de-marge onvoldoende steun. Bij toepassing als substituut voor wettelijke regulering leunen zij te veel op de georganiseerde, nette werkgever en op een enkele rechter die als pseudo-wetgever globale normen invult met dergelijke produkten van 'zelfregulering' en deze aldus een algemeen verbindende kracht geeft.

6.4 Werknemersgrondrechten codificeren

Een dergelijke aarzeling vertoont de wetgever in het algemeen tegenover concretiseren van fundamentele werknemersrechten in wettelijke regelingen. Sinds bijvoorbeeld in 1978 het Europees Sociaal Handvest geratificeerd is, heeft wel de Hoge Raad in 1986 erkend dat met name het recht op collectieve actie binnen de door het ESH getrokken grenzen direct in de Nederlandse rechtssfeer toepasbaar is, maar is er van de wetgever weinig over werknemersgrondrechten vernomen. De Algemene

13 Een goed overzicht van de argumenten vóór inkadering van het protocol in wetgeving is te vinden in een artikel van Aart Hendriks en Inge C. van der Vlies in Tijdschrift voor Gezondheidsrecht nr 8/1995: 'De medische aanstellingskeuring op tweeërlei wijzen geregeld?!'

Wet Gelijke Behandeling lijkt de grote uitzondering.[14] Voor zover - ter uitwerking van grondwettelijke of verdragsrechtelijke opdrachten - algemene wettelijke regelingen als de Wet Persoonsregistraties tot stand zijn gebracht om de modaliteiten van en de toelaatbare beperkingen op een fundamenteel recht vast te leggen, is dit gebeurd met (te) weinig oog voor de specifieke hoedanigheden van een arbeidsverhouding.

Het recht op vrije keuze van arbeid, dat in samenhang met een reeks andere fundamentele rechten (gelijke kansen, bescherming van de persoonlijke levenssfeer, informatierecht en klachtrecht) in het geding is bij een sollicitatie heeft de wetgever niet tot handelen geïnspireerd. Na de motie Vellinga van 2 februari 1971 en het rapport van de als uitvloeisel daarvan ingestelde Commissie Hessel (1977) is de toon verder gezet door een onverplichtende sollicitatiecode van de NVP (levert jaarlijks enkele informeel afgedane klachten op) en aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid over werving en selectie, waaraan zelfs een klachtmechanisme ontbreekt. Toen een door de Commissie Ontwikkeling Bedrijven van de SER en het IVA te Tilburg uitgevoerd onderzoek naar de wervings- en selectiepraktijk in 1988 uitwees dat de Stichtingsaanbevelingen van 1982 op belangrijke punten niet of slecht werden nageleefd, heeft dit tot niet meer geleid dan aanpassing van deze aanbevelingen.[15]

Ook in de aangepaste aanbevelingen worden geen afdwingbare rechten vastgelegd, ontbreekt een (centrale) klachtenregeling en worden problemen ten aanzien van keuringen, (psychologische) tests, privacy en de positie van een zwangere sollicitante niet afdoende ondervangen. Het is allemaal nog steeds vrijblijvend, zelfs in de formuleringen, maar vooral in de status: cao-partijen, onderhandelaars in ondernemingen en afzonderlijke selecteurs hoeven er geen enkele boodschap aan te hebben; correctiemechanismen ontbreken. Een voorstel voor een nieuwe Nederlandse sollicitatiecode van de NVP is zelfs door het georganiseerde bedrijfsleven en de in de Raad voor Overheidspersoneelsbeleid samenwerkende collectieve onderhandelaars bij de overheid neergesabeld. Slechts de werknemers in de Stichting hadden wel sympathie voor een summiere code van tien gedragsregels, vooral omdat daar ook een klachtenregeling aan was opgehangen. Zo'n code zou in hun ogen echter zelfs de aanbevelingen van de Stichting niet overbodig maken, omdat (te) veel ongeregeld bleef en de verbindende kracht ook hier ontbrak. Blijkens uitlatingen van de minister van SZW op 27 juni 1995 in het overleg met de Vaste Commissies voor Binnenlandse Zaken en Sociale Zaken & Werkgelegenheid over het ILO-rapport discriminatie op de arbeidsmarkt[16] zal op (zeer) korte termijn in een brief aan de Kamer uiteengezet worden wat er met de ontwerp-code verder zal gebeuren. Het gaat de minister om

---

14 Mogelijk verandert dit als in Europees verband overeenstemming wordt bereikt over het op enigerlei wijze in de rechtsorde van de Europese Unie incorporeren van werknemersgrondrechten (uit het ESH, het EVRM, het Gemeenschapshandvest of IAO-verdragen) als onderdeel van de sociale paragraaf van het (vernieuwde) Verdrag van Maastricht.

15 Aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen, Stichting van de Arbeid, 1 maart 1991, publikatienr. 2/91 met daaraan toegevoegd een verklaring gelijke behandeling op de arbeidsmarkt van 14 november 1990, publikatienr. 5/90.

16 Tweede Kamer 23901 nr. 11, verslag Algemeen Overleg TK 23901 nr. 21.

de relatie tussen die code en (het praktisch functioneren van) de Stichtingsaanbevelingen en om de betekenis van klachtenregelingen. Over dit laatste zei minister Melkert letterlijk: 'De vraag hoe met klachten wordt omgegaan kan echter niet altijd tussen de sociale partners worden opgelost'.

Zou dit een voorbode zijn van een wettelijke regeling van het klachtrecht, in elk geval ten aanzien van het sollicitatieproces? Inmiddels zijn alle verwachtingen omtrent actieve overheidsbemoeienis met zo'n nieuwe code, met het aanstellingsbeleid van ondernemingen en zelfs met de nakoming van al geldende normen of codes door geïnstitutionaliseerd toezicht fors getemperd. Op 1 december 1995 schreef Melkert de Tweede Kamer[17] immers voorlopig heel tevreden te zijn met de bestaande codes en handhavingsmiddelen. Wel wordt bezien of de non-discriminatiewetgeving ook het tegengaan van discriminatie wegens leeftijd of handicap moet gaan omvatten. Voorts zal de arbeidsmarktpositie van allochtonen in het overleg met de Stichting van de Arbeid nader aan de orde komen. Ten slotte wordt in 1996 in het kader van I-SZW onderzoek naar de doorwerking van de aanbevelingen over werving en selectie van de Stichting van de Arbeid nagegaan hoe klachten ter zake worden afgehandeld. Zou dit dan toch de weg openen naar een principiële keer ten goede: het wettelijk vastleggen van het fundamentele recht om te klagen, voor werknemer én sollicitant? In overweging valt wellicht te nemen om een wettelijke garantie voor het zonder risico van positiebenadeling indienen en begeleiden van een klacht en voor adequate beantwoording daarvan[18] te koppelen aan het toekomstige klachtrecht terzake van medisch aanstellingsonderzoek. Een op zo'n gemeenschappelijke wettelijke waarborg voortbouwende uitvoeringsregeling, inclusief de te formeren klachteninstantie, kan dan het gehele proces van werving en selectie bestrijken.

6.5 Klachtrecht en klachtenprocedure als begin, maar er is meer nodig

Daarmee zou een belangrijk gemis dat de huidige situatie kenmerkt, enigermate kunnen worden opgevuld. Bij gebreke van regels op het decentrale niveau van onderneming en sector en a fortiori van een uniformerende landelijke klachtenregistratie weten we, ook na Asscher-Vonk, eigenlijk nog steeds niet wat er precies mankeert aan het proces van toelating tot een dienstbetrekking. Aannemende dat er (wel eens) iets misgaat, kan uit de schaarse rechtspraak de frequentie van fricties en regelrecht wanbeleid nauwelijks getraceerd worden. Wordt er gediscrimineerd, tegen wie, onder welk mom of onverhuld en, zo ja, waaruit komt die behoefte dan voort? In welke mate en in welk opzicht worden - al dan niet op papier gezette - sollicitatieregels geschonden, zodat een eerlijke kans op aanstelling, het respecteren van de persoonlijke levenssfeer etc. een farce worden?

---

17 Tweede Kamer 23 901 nr. 24 'Minderhedenbeleid'.

18 Dit vormde immers de kern van wetsvoorstel 21514; zie noot 9.

De mate waarin ondernemingen willekeurig zijn in de toelatingsregels, maar wellicht nog meer in de toelatingspraktijk, is niet alleen de (toekomstige) sollicitant een zorg.

Het is allereerst in het belang van de onderneming en de daar werkenden dat zij te horen krijgen hoe anderen vanuit hun directe waarneming over de wijze van werving denken. De onderneming moet dan natuurlijk wel zorgen over een klachtenprocedure te beschikken die voor sollicitanten toegankelijk is, wat tot nu toe meestal niet het geval is. Zo niet, dan ontneemt men ook zichzelf een leer- en correctie-instrument.

Belanghebbend is echter eveneens de samenleving als geheel. Die zal dus moeten zorgen dat klachten - op basis van een wettelijk gegarandeerd klachtrecht voor sollicitanten - per onderneming, per sector en/of landelijk op een doelmatige en rechtvaardige wijze kunnen worden behandeld en afgedaan en dat beleidsrelevante informatie hierover op alle niveaus van besluitvorming beschikbaar komt. Een combinatie van een opdracht tot het inrichten van klachtenprocedures aan ondernemingen en bedrijfstakken enerzijds en een landelijke registratie van klachten en wijze van afhandeling anderzijds lijkt dan de meest voor de hand liggende weg.

Een dergelijke stap is, hoe wenselijk en nodig ook, niet voldoende. Een catalogus van werknemersgrondrechten in het arbeidsovereenkomstenrecht wordt daarnaast met de dag urgenter. Steeds vaker duiken op het collectieve en individuele niveau van arbeidsverhoudingen vragen op over de betekenis van grondwettelijke vrijheden en verdragsrechtelijke aanspraken. Overzichtelijke codificatie van de grondrechtelijke positie van werknemers en aspirant-werknemers kan met name veel onzekerheid over de grenzen van toelaatbaar handelen in de sollicitatiefase wegnemen. Tot nu toe beschikt het arbeidsrecht zelfs niet over een doctrine die een helder richtsnoer biedt. De rechtspraak geeft een versnipperd beeld van toepassing van algemene vermogensrechtelijke normen op casusposities waarin een grondrecht tegen een meer of minder concreet werkgeversbelang wordt ingeroepen. Het ligt voor de hand dat niet met een simpele belangenafweging en een toetsing aan het goed-werkgeverschap c.q. goed-werknemerschap kan worden volstaan, maar hoe moet het dan wel? Ook na de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging van juni 1995, waar H.A. Groen preadviseerde over 'de reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken', zijn we in dit opzicht nog weinig wijzer geworden. De 'glijdende schaal' die blijkens de geschiedenis van de Grondwet van 1983 bepalend is voor de mate van horizontale werking van grondrechten in het algemeen, is te weinig precies om antwoord te geven op de vraag hoever bijvoorbeeld de aanspraak van de werknemer op het respecteren van zijn persoonlijke levenssfeer of lichamelijke integriteit jegens de werkgever strekt, of waar zijn recht op vrije meningsuiting eindigt.[19]

Door codificatie van artikel 1 Grondwet in de Algemene Wet Gelijke Behandeling is voor arbeidsverhoudingen wel grotere duidelijkheid verkregen over de reikwijdte

19 Een beperkt richtsnoer voor de doorwerking van grondrechten in de arbeidssituatie levert bijvoorbeeld wel Hoge Raad 13 januari 1995, NJ 1995 no. 430 (Codfried tegen ISS; 'leeftijddiscriminatie' in relatie tot artikel 1 Grondwet en artikel 26 IVBP).

en (wettelijke!) begrenzingen van de aanspraak op gelijke behandeling, zij het dat het recent herleefde debat over de mogelijkheden van positieve actie weer enig roet in het eten kan gooien.

6.6 Het recht op arbeid/vrije arbeidskeuze: vooral een zaak van beleid?

Asscher-Vonk die in haar dissertatie heeft onderzocht of en in welke mate regels in wet, cao of anderszins in de weg staan aan het aangaan van een arbeidsovereenkomst of het verrichten van arbeid, kwam tot de belangrijke gevolgtrekking dat aangetroffen toegangsregels vooral het grondrecht van gelijke behandeling en dat van vrije arbeidskeuze meer dan eens blokkeren. Zij noemt in het bijzonder het stellen van leeftijdsgrenzen, exclusieve bevoordeling van interne sollicitanten, concurrentiebedingen en verboden tot het verrichten van nevenarbeid.

Sterker dan in de tijd van het proefschrift 'Toegang tot de dienstbetrekking' is de druk om aan het werk te komen en te blijven vanuit het stelsel en de uitvoering van de sociale zekerheid geïndiceerd. Een actief volumebeleid gaat gelijk op met verlaging van uitkeringsniveaus, verzwaring van uitkeringsvoorwaarden en introductie van stringente sanctieregels. Overheid en samenleving staan non-participatie eigenlijk niet meer toe of straffen het buitenspel staan af: zij differentiëren in enkele opzichten niet tussen niet-willen en niet-kunnen werken. Tegelijkertijd kan niet worden gezegd dat de instituties van arbeidsvoorziening en arbeidsbemiddeling, het commerciële uitzendwezen wellicht uitgezonderd, de pretentie op kunnen houden een ieder die wil aan werk te kunnen helpen. Er vindt nog steeds op grote schaal, met een concentratie in bepaalde sectoren, uitstoot van reguliere arbeid plaats tegenover beperkte creatie van nieuwe arbeidsplaatsen. Arbeidstijdverkortende maatregelen van velerlei aard, gepaard gaande met herverdeling van (een deel van) de vrijvallende arbeid, bieden beperkt soelaas, zeker als men de arbeidsverdeling op wereldschaal in ogenschouw neemt. Nu kan het zijn dat demografische ontwikkelingen tussen nu en 2020 bij het gesloten houden van de Nederlandse arbeidsmarkt voor externe arbeidskrachten vanzelf voor tekorten in het arbeidsaanbod gaan zorgen. Het is dus, ook om die reden, zaak niet te overhaast af te breken wat er aan sociale infrastructuur voor de 'arbeidsreserve' bestaat. Niet alleen een behoorlijk inkomensniveau behoort tot die infrastructuur, maar zeker ook de kans om vaardigheden en kennis te ontwikkelen en te behouden.

6.7 Een recht op (permanente) scholing

Sterker nog: er zou een recht op scholing en vakopleiding moeten komen, ook voor werklozen en arbeidsongeschikten. In zijn afscheidscollege pleitte prof. mr B.S. Frenkel op 21 februari 1986 in Tilburg voor een omvattende institutionele voorziening op het niveau van de bedrijfstak via het cao-instrument. Maar ik zou daar geen halt willen houden. Ik meen dat deze door Frenkel als sociaal recht aangeduide aanspraak op scholing en vakopleiding zo wezenlijk is voor aankomende én in dienst zijnde werknemers dat een (grond-)wettelijke waarborg voor de totstandkoming van dit

type voorziening een bijdrage aan het voorkomen van sociale tweedeling kan zijn. De (sociale) mobiliteit van individuen wordt erdoor bevorderd en hun kwetsbaarheid verminderd. Bedrijfstakken en ondernemingen dienen zich open te stellen voor outsiders, maar mogen ook hun eigen werknemers een recht op permanente scholing en opleiding niet onthouden, ongeacht het niveau van de functie, de leeftijd of de achtergrond. Er moet dus een wettelijk scholingsrecht komen, naast een fiscale heffing die gerelateerd wordt aan de omzet van een onderneming en de opbrengst waarvan over de sectoren en ondernemingen verdeeld wordt waar een institutionele voorziening bestaat. Scholingsparagrafen in cao's en/of sector- of ondernemingsregelingen kunnen dit sociale grondrecht dan nader invullen met behulp van de aan de sector of onderneming toebedeelde gelden.

6.8 Wettelijk geconditioneerde zelfregulering

Naar mijn opvatting sluit een dergelijk type sturing, dat ik als wettelijk geconditioneerde zelfregulering zou willen aanduiden, beter aan bij de noden van deze tijd dan één van de alternatieven, waaruit tot nu toe meestal gekozen wordt: gedetailleerde wettelijke regeling met inbegrip van allerhande uitzonderingen (en steeds vaker zelfs gedifferentieerd naar grootte van de onderneming....) of het volledig overlaten aan het zelfregulerend vermogen en de dito intenties van de markt. Bovendien worden, anders dan bij het fiscale instrument in het algemeen, maar meer analoog aan wat met de ecotax beoogd wordt, de middelen die ten behoeve van de duurzaamheid van de factor arbeid verzameld worden, teruggegeven aan ondernemingen die er iets mee doen en er per saldo baat bij hebben. Ik ben overigens van mening dat de belastingheffing op korte termijn verschoven zal moeten worden van arbeid naar een combinatie van kapitaal, consumptie en milieu.

7 Een perspectief

Vanuit dit specifieke voorbeeld zou ik mijn pleidooi willen verbreden naar nieuwe reguleringsmethoden voor de arbeidsverhoudingen in het algemeen. Ervaringen met het geïsoleerd introduceren van beschermende maatregelen voor bijzondere groepen en het toedelen van financiële verantwoordelijkheid aan ondernemingen voor arbeidsuitval (bonus/malus-regelingen en 'eigen-risicoperioden' in geval van ziekte) leren dat de ongewenste effecten wel eens het beoogde doel overschaduwen. De oudere prijst zich uit de markt, de zwangere vrouw wordt maar liever niet in dienst genomen, de persoon met een handicap of schijnbare eigenaardigheid behoeft de gang naar de keuringsarts al niet eens meer te maken: de werkgever heeft liever een ander in haar of zijn plaats. Uiteraard discrimineert deze werkgever niet, hij heeft wel een ander argument in de tas om de ongewenste sollicitant met een kluitje in het riet te sturen of de (extra) beschermde werknemer - al dan niet met een financiële regeling - toch te ontslaan.

Er lijkt maar één effectieve methode om deze bezeten jacht op de meest capabele, jongste en fitste werknemer tot aanvaardbare proporties terug te brengen: het moet

voor ondernemingen aantrekkelijk(er) en makkelijk(er) worden om in haar personeelsbehoefte te voorzien door het aantrekken en in dienst houden van een zo gevarieerd mogelijke groep werkenden, wier rechtspositie onderling niet principieel verschilt. Er mag geen (al te) grote premie staan op tewerkstelling van zoveel mogelijk personen met een ondermaatse rechtspositie. Evenmin mag het systeem van arbeidsbeschermende en rechtvaardigheid stimulerende regelingen teveel prikkels bevatten tot het weren van juist die groepen die wegens hun zwakke(re) arbeidsmarktpositie extra bescherming behoeven. De weg die het kabinet-Kok nu voorzichtig lijkt te gaan verkennen is een combinatie van: financiële prikkels (goedkoper maken van werk aan de onderkant van de arbeidsmarkt); het binnen het bereik van het arbeidsovereenkomstenrecht brengen van (het merendeel van de) flexibele arbeid inclusief het tegengaan van afwenteling van het loonrisico bij leegloop (7A: 1638d BW moet driekwart dwingend worden!); verzwakking van de bescherming tegen ontslag voor iedere werknemer in de eerste fase van een (nieuwe) dienstbetrekking.

Anders dan de trend overigens is, behoort van dit pakket wel degelijk (her–)regulering deel uit te maken. Mits voorzien van een aantal begeleidende condities zou zo'n geheel aan intelligente maatregelen voor nieuw evenwicht in de arbeidsmarkt kunnen zorgen. Voorwaarde is, dat de ontslagbescherming - die zich dan ook gaat uitstrekken tot het grootste deel van het thans 'flexibele' bestand - voor de vervolgfase van zo'n dienstverband globaal in stand blijft en wellicht zelfs nog verbeterd wordt. Voorwaarde is eveneens dat een fase van verminderde bescherming nooit zo diep naar de bodem zakt als met het huidige proeftijd- of uitzendsysteem het geval is. Minimaal zal een rechter (achteraf) moeten kunnen toetsen of redelijke grenzen zijn overschreden bij beëindiging van tewerkstelling en of bijzondere opzeggingsverboden zijn geschonden c.q. toerekenbaar ontgaan.

Voorwaarde is verder de eerder door mij beschreven concretisering of materialisering van een reeks werknemersgrondrechten. Tevens zal de wetgever meer dan thans aan ondernemingen en bedrijfstakken moeten voorschrijven dat zij in overleg met werknemersvertegenwoordigers regels en procedures onder bepaalde minimumcondities ontwikkelen. Bijvoorbeeld voor het proces van werving, selectie en ontslag, voor promotiebeleid, voor ontslagbeleid, voor scholingsbeleid. Niet volstaan kan worden met het voorschrift dat OR-plichtige ondernemingen, als zij regelingen op zo'n onderdeel van sociaal beleid ontwikkelen, de OR om instemming moeten vragen (zoals nu in de WOR gebeurt). Iedere onderneming zal zulk beleid moeten expliciteren en daarvoor de medewerking van het eigen personeel (of zijn vertegenwoordigers) behoeven. Om te bevorderen dat er dan regelingen tot stand komen die (ook) recht doen aan groepen met een moeilijke positie op de arbeidsmarkt én in de onderneming, zouden fiscale prikkels en subsidies moeten worden ingezet. Ten slotte is het zaak de handhaving van de afspraken - zeker voorzover het de inschakeling van outsiders betreft - niet alleen aan OR en eigen werknemers over te laten, doch daar minimaal een sectorinstituut of een regionaal of landelijk opererende instantie bij te betrekken. Ook in dit opzicht is het voorbeeld van de WBEAA zo slecht nog niet, zelfs als daar (vooralsnog) geen sancties aan het niet-nakomen van bepaalde verplichtingen verbonden worden.

Zonder al te veel concessies aan de stabiliteit van de gemiddelde dienstbetrekking zou aldus de toegang tot de arbeid voor velen soepeler kunnen gaan verlopen en zouden ingebakken onrechtvaardigheden en (geïnstitutionaliseerde) discriminatie effectief kunnen worden tegengegaan. De grotere mondigheid van de burger/sollicitant/werknemer kan zich vooral manifesteren als de overheid een institutioneel (wettelijk) kader verzorgt waarin collectief én individueel medebeslissingsrecht over procedures en belangrijke materiële onderwerpen is verzekerd. Door middel van verplichte verslaglegging en verantwoording op hoofdpunten van sector- en ondernemingsbeleid kunnen overheid en belanghebbende derden met een (semi-) publieke taak zich bemoeien met de evaluatie en bijsturing van beleidsmaatregelen die gevolgen hebben voor de omgeving (arbeidsmarkt, milieu, beroep op sociale-zekerheidsmiddelen en dergelijke) of waarvoor geput wordt uit publieke fondsen.

Het is in dit verband ook logisch en noodzakelijk dat de overheid zich beleidsmatig blijft bemoeien met de preventieve toetsing van voorgenomen ontslagen. Arbeidsmarktverstorende effecten van een (collectief) ontslagvoornemen of pogingen tot afwenteling van bedrijfsrisico's op sociale fondsen kunnen zo worden voorkomen respectievelijk verijdeld.

Of het voorbeeld van Shell dat overtollig personeel buiten de WW houdt, zelf begeleidt naar ander werk en tijdens de non-activiteit het loon doorbetaalt, op grote schaal wordt nagevolgd, valt te betwijfelen. Toch toont het aan dat rationalisatieprocessen en uitstoot van arbeid minder vanzelfsprekend op de sociale rekening kunnen worden bijgeschreven.

(Arbeids-)juristen lijken wel eens te weinig vooruit te kijken en liever op (voorbije) maatschappelijke ontwikkelingen te reageren in de vorm van het codificeren en waarborgen van verworvenheden. Door zich te beperken tot vormgevingsvragen en juridische techniek, liefst dan ook nog op de vierkante centimeter, laten zij de economen de gelegenheid trends te bepalen, het politieke debat te domineren en de maat voor alle dynamiek te zijn. Zo af en toe een symboolwetje en voor het overige de rol van remmer op de voortdenderende trein. Daar mag wel eens verandering in komen! Het hier in grove trekken geschetste program zou een bescheiden aanzet kunnen zijn. Anders dan Wolfgang Däubler in een artikel 'Recht auf Arbeit verfassungswidrig?'[20] betoogde, meen ik dat ook in een kapitalistische economische orde (zij het dat deze zich te onzent niet in zuivere vorm voordoet!) het recht op arbeid kan worden gerealiseerd zonder tot dwangarbeid te vervallen of personen in de richting van een specifieke beroepsuitoefening te sturen. Want om - in navolging van T. van Peijpe - Hugo Sinzheimer te citeren: 'Die Oekonomie bietet Möglichkeiten, die Idee aber Ziele'.[21]

---

20 Opgenomen in Udo Achten u.a. 'Recht auf Arbeit - eine politische Herausforderung' (Luchterhand, 1978), p. 169.

21 Zie T. van Peijpe 'De conjunctuur van het arbeidsrecht' (Wolters-Noordhoff 1990), p. 85.

Grondrechtdenken in de werksituatie

H.H. DE VRIES

1 Zelfverwerkelijking als werknemersbehoefte

Van de werkende mens in de afgelopen 100 tot 150 jaar zou gezegd kunnen worden dat de afhankelijke, gezag aanvaardende arbeider uit de periode van de industriële revolutie zich heeft ontpopt tot een zelfbewuste werknemer. Een persoon die het werk niet zozeer of uitsluitend beschouwt als een noodzakelijk kwaad om in de primaire levensbehoeften te kunnen voorzien, maar (tevens) als een omgeving waarbinnen hij tot individuele ontplooiing wenst te komen. Op zichzelf genomen is arbeid voor velen nog steeds een voorwaarde om individuele vrijheid en ontplooiing te kunnen verwezenlijken.[1] Koopmans citeert in dit verband treffend Lenin: 'die Armen haben andere sorgen'.[2] Sinzheimer omschreef het meest elementaire mensenrecht als het recht om door werken zijn dagelijks brood te verdienen.[3] Het 'recht op arbeid' is evenwel slechts onderwerp van discussie geweest, en nooit verankerd in wet of Grondwet. Wel is er een financieel vangnet gecreëerd - in de vorm van een recht op uitkering onder bepaalde omstandigheden[4] - dat ook een zekere onafhankelijkheid heeft gecreëerd voor de werknemer in dienstbetrekking.

---

1 Zie R. Kronenberg, 'Werknemersrechten: een discussienota', Socialisme en Democratie 1975/6, pp. 258-270.

2 T. Koopmans, Vrijheden in beweging, Thorbecke-college, Universitaire Pers Leiden, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1976, p. 3 onder verwijzing naar W.I. Lenin, Marxismus und Staat, Duitse heruitgave, Berlijn, 1971, p. 45.

3 Zie het citaat door Lord Wedderburn, 'Labour Law and the Individual in Post-Industrial Societies', in: Lord Wedderburn, M. Rood, G. Lyon-Caen, W. Däubler, P. van der Heijden, Post-Industrial Labour Law, Essays in Honour of Hugo Sinzheimer, Dartmouth Publishers, 1994, p. 13 onder verwijzing naar Hugo Sinzheimer, Die Krisis des Arbeitsrechts, 1933.

4 Conform art. 20, leden 2 en 3 Grondwet.

Zelfverwerkelijking staat thans aan de top van de behoeftenpiramide van de werknemer.[5] Bij het verkennen van zijn ontplooiingsmogelijkheden in de werksituatie, biedt het arbeidsrecht, met name de ontslagbescherming, de werknemer een ruggesteuntje. De vraag is evenwel of het geldende recht meer te bieden heeft: kan de werknemer binnen de arbeidsverhouding aanspraak maken op het recht op individuele ontplooiing? Meer specifiek: kan de werknemer in de verhouding tot zijn werkgever een beroep doen op de grond- en mensenrechten die immers bij uitstek de ontplooiing van de individuele persoonlijkheid waarborgen, als een van de fundamenten van een menswaardige samenleving?[6] Wat is de normativiteit van grond- en mensenrechten in de relatie tussen werkgever en werknemer?

Het is zeker niet de eerste keer dat deze vragen aan de orde worden gesteld en ik heb niet de pretentie om in deze bijdrage bestaande meningsverschillen en onduidelijkheden uit de weg te kunnen ruimen. Mijn doel is bescheiden; ik zal in deze jubileumbundel de ontwikkeling in het grondrechtdenken in de werksituatie trachten te schetsen. Een dergelijk overzicht kan het huidige grondrechtdenken wellicht meer diepte geven. Tevens zal ik aan de hand van een beknopte analyse van de werking van een tweetal grondrechten in de werksituatie, te weten het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, mijn standpunt geven.

2 Ontwikkeling van het grondrechtdenken in de werksituatie

Volgens de klassieke, liberale of burgerlijk-rechtsstatelijke grondrechtstheorie, die geacht wordt aan onze traditie ten grondslag te liggen, worden de grondrechten beschouwd als rechtsnormen die ten opzichte van de staat een individuele vrijheidssfeer garanderen.[7] In 1915 stelde Struycken dat grondrechten wel zijn omschreven als subjectieve rechten van burgers, maar als zodanig alleen doelen op de verhouding van individu tot overheid.[8] Hij achtte het individu vrij om zelf contractueel beperkingen op grondrechten aan te brengen. In afhankelijkheidsrelaties zou het voorts zo kunnen zijn dat de gezagsdragende partij eenzijdig de uitoefening van grondrechten zou beperken of verbieden: 'zoals in de arbeidsovereenkomst de werkgever kan bedingen dat de werknemer geen geschriften mag uitgeven dan met goedvinden van de werkgever, geen lid zal worden van bepaalde verenigingen, niet zal deelnemen aan bepaalde vergaderingen, of dat de werkgever in bepaalde omstandigheden de bevoegdheid zal hebben de woning van de werknemer binnen te treden of binnen

5 Zie A.W. de korte, J.F. Bolweg, De nieuwe werknemer?! Een verkenning naar veranderingen in werknemerswensen en de managementconsequenties daarvan, Van Gorcum, Assen, 1994, p. 70 e.v. onder verwijzing naar de Maslow-behoeftenhiërarchie met vijf niveaus.

6 TK 1975-1976, 13 872, nrs. 1-5, p. 10.

7 Boesjes beschouwt Struycken als een van de eersten hier te lande die de liberale of burgerlijk rechtsstatelijke grondrechtstheorie lijkt aan te hangen. Zie J. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', NJB 1973, p. 912.

8 A.A.H. Struycken, Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, Eerste deel, S. Gouda Quint, Arnhem, 1915, p. 150-152.

te doen treden.' Het staatsrecht verhinderde volgens Struycken dergelijke vrijheidsbeperkingen niet en dwong evenmin de overheid om in te grijpen en inbreuken te voorkomen. Wel was het volgens Struycken mogelijk dat een vrijheidsbeperking om andere redenen niet geoorloofd zou zijn: bijv. omdat de overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak had, of strijdig was met de goede zeden of met de openbare orde. Dit kon evenwel ook het geval zijn wanneer een beperking in het geding was van een vrijheid die niet in een grondrecht was verankerd, zoals het concurrentiebeding. Uiteindelijk stond het ter beoordeling van de rechter of gelet op de feitelijke omstandigheden een contractuele vrijheidsbeperking al dan niet geoorloofd was. Conform deze weergave van Struycken was er in zijn tijd sprake van een puur privaatrechtelijke toetsing van een beperking van een vrijheid in de werksituatie. Het grondrecht als zodanig speelde in de afweging van de belangen geen rol. Opvallend is de verstrekkende opvatting van de gezagsbevoegdheid van de werkgever: deze kon eenzijdig beperkingen aanbrengen op vrijheden, ook als deze in grondrechten waren verankerd.

De Gaay Fortman verdedigde een andere mening in zijn dissertatie uit 1936: 'gezagsuitoefening over een arbeider in de onderneming is uitoefening van gezag over een vrij mensch, hetgeen ten gevolge heeft, dat dit gezag zich nooit verder over den arbeider mag uitstrekken dan voorzoover de onderneming als organisme dit eischt.'[9] Aldus lijkt ten minste enige ruimte te bestaan voor vrijheden van de werknemer, die de werkgever niet zomaar naar willekeur op grond van zijn gezagsbevoegdheid zou kunnen inperken. Een wettelijke rem op de gezagsuitoefening lag ook toen al besloten in de verplichting van de werkgever zich als een 'goed werkgever' te gedragen (art. 7A: 1638z BW). Niet duidelijk is of en in hoeverre destijds aan de grondrechten in arbeidsverhoudingen daadwerkelijk reflexwerking toekwam via het 'goed werkgeverschap'.

Veertig jaar later constateerde Koopmans dat de 'derdenwerking' van grondrechten in opmars was en dat de maatschappelijke ontwikkeling daarbij een van de stuwende krachten was. Hij deed een beroep op de jurist om middelen te improviseren om mee te werken aan het keren van maatschappelijke ongelijkheid en aan de hervorming van de economische orde. 'Want zelfs de meest elementaire vrijheid verwordt tot zinledige leuze als de jurist haar niet steeds weer de vorm weet te geven die past bij de wisseling van het maatschappelijk getij'.[10]

In diezelfde tijd pleitten de kamerleden Franssen, Roethof en Van Thijn voor de totstandkoming van een beginselenwet individuele werknemersrechten. De reden voor dit pleidooi was dat de grondrechten in hun visie - 'vooral zolang de horizontale werking ervan beperkt blijft' - als instrument in de praktijk van de maatschappelijke verhoudingen tekort schoten. Het uiteindelijk oogmerk van de toekenning van grondrechten aan werknemers was om de tegenstelling tussen werkgever en werknemer op te heffen. De werkgever zou de werknemer op voet van gelijkwaardigheid en gelijkheid moeten bejegenen. 'Daar het ook in de arbeidsverhouding de vrijheid (van

9 W.F. de Gaay Fortman, De onderneming in het arbeidsrecht, H.J. Paris, Amsterdam, 1936, p. 96.
10 T. Koopmans, a.w., p. 29.

de werkgever) is, die verdrukt, dient de wet nader te specificeren wat van een goed werkgever mag worden vereist. Het gaat om het scheppen van normen die de werknemer «levenskwaliteit» verschaffen op zijn arbeidsplaats.'[11]

Het voorstel voor een beginselenwet individuele werknemersrechten werd door de regering niet overgenomen. Wel stelde de regering zich bij de grondwetsherziening van 1983 op het standpunt dat grondrechten op uiteenlopende wijzen en in meer en minder vergaande mate kunnen doorwerken in de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. De aard en inhoud van het grondrecht en de feitelijke omstandigheden, waaronder de aard van de verhouding tussen de partijen, zijn volgens de regering van invloed op de mate van horizontale werking.[12] Daarmee gaf de 'grondwetgever' het officiële startschot voor de arbeidsrecht-juristen om vorm te geven aan de grondrechten in de werksituatie.

3 Verkenning van het spanningsveld

Vooropgesteld moet worden dat de arbeidsverhouding niet een 'gewone' privaatrechtelijke verhouding is tussen gelijkwaardige partijen. De discussie over de 'nieuwe' werknemer, de veranderende samenleving, flexibilisering en professionalisering van de arbeid ten spijt, is binnen de dienstbetrekking de werkgever nog steeds de partij die juridisch en economisch de touwtjes in handen heeft. De gezagsverhouding is in juridisch opzicht nog steeds het kenmerkende element van de arbeidsovereenkomst en in economisch opzicht is de werknemer onveranderd de zwakkere partij en loonafhankelijk ten opzichte van de werkgever. Inmiddels wordt het standpunt dat de gezagsbevoegdheid van de werkgever zonder meer rechtvaardigt dat de werkgever op de grondrechten van zijn werknemers eenzijdig beperkingen aanbrengt, zodat er geen of nauwelijks ruimte is voor de werking van grondrechten in de werksituatie, niet meer verdedigd. Daarentegen wint de gedachte terrein dat aan de grondrechten juist in machtsrelaties zoals de arbeidsverhouding (sterke) horizontale werking toekomt.[13] Enerzijds wordt de gezags- of 'machtsverhouding' tussen werkgever en werknemer erkend als een reden voor de horizontale werking van grondrechten,[14] anderzijds is de werkgever in de positie om beperkingen op

11 Zie TK 1975-1976, 13 873, nr. 6, Nota van de leden Franssen, Roethof en Van Thijn, Individuele werknemersrechten, p. 22 met verwijzing naar P. Zonderland, Arbeidsrecht van de warme bakker, in: Project 74-9.

12 TK 1975-1976, 13 872, nrs. 1-5, MvT, pp. 15-16 en (eerder) J. Boesjes, a.w., p. 911.

13 Zie E.A. Alkema, De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies, Preadvies, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 1995-I, p. 27.

14 De gezagsverhouding plaatst de werknemer in een zodanige positie ten opzichte van de werkgever dat deze enigermate met de verticale verhouding tussen overheid en burgers is te vergelijken. Aldus AG Mok in zijn conclusie bij het arrest Venhorst/Inan HR 30 maart 1984, NJ/AB 1984, 366, m.nt. FHvdB, AA 1985/5, pp. 273-279, m.nt. Akkermans. Zie verder bijv. P.F. van der Heijden, Grondrechten in de onderneming, oratie, Kluwer, Deventer, 1988 en L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, dissertatie, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, p. 174.

de (grond)rechten van de werknemer aan te brengen. Deze twee uitgangspunten markeren het spanningsveld van grondrechten in de werksituatie.

In de arbeidsrechtelijke literatuur lopen de meningen uiteen over de wijze waarop de horizontale werking van grondrechten in de arbeidsverhouding gerealiseerd wordt en/of zou moeten worden. Van der Heijden en Schuyt zijn voorstanders van een wettelijke verankering van werknemersgrondrechten.[15] Zij menen dat de horizontale werking van grondrechten in de arbeidsverhouding onvoldoende is gewaarborgd. Asscher-Vonk laat haar oordeel over de behoefte aan wettelijke regeling afhangen van de aard en de inhoud van het grondrecht.[16] Ook Heerma Van Voss heeft zich uitgesproken voor de wettelijke regeling van bepaalde grondrechten van werknemers.[17] Daarnaast zijn er auteurs die alleen ten aanzien van een bepaald grondrecht hun mening hebben gegeven.[18]

Rood is tegenstander van de wettelijke regeling van werknemersgrondrechten.[19] Hij waarschuwt voor een 'boemerang-effect': wettelijke regeling van werknemersgrondrechten zou wel eens gepaard kunnen gaan met (evenzovele) wettelijke beperkingen van deze grondrechten. Dit gevaar moet mijns inziens reëel worden geacht. Gebleken is bijv. dat de wettelijke regeling ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties (Wet persoonsregistraties) tegelijkertijd de aanleg en het gebruik van persoonsregistraties heeft gelegitimeerd. Echter, het achterwege laten van de wettelijke verankering van werknemersgrondrechten zal eventuele wettelijke beperkingen van de belangen of persoonlijke vrijheden van werknemers die het onderwerp zijn van de grondrechten, op dit moment niet verhinderen. Recente voorbeelden zijn de vrijheidsbeperkingen als gevolg van de Wet op de identificatieplicht

---

15 P.F. van der Heijden, a.w., G.A.I. Schuijt, Werkers van het woord. Media en arbeidsverhoudingen in de journalistiek, dissertatie, Kluwer, Deventer, 1987, p. 217.

16 I.P. Asscher-Vonk, 'Grondrechten en de arbeidsovereenkomst in het NBW', in: P.F. van der Heijden (red.), De arbeidsovereenkomst in het NBW, Kluwer, Deventer, 1991, pp. 87-112.

17 G.J.J. Heerma Van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Samson H.D. Tjeenk Willink, 1993, pp. 84-85.

18 Caspers en De Vries hebben zich bijv. uitgesproken voor een wettelijke regeling van de privacy van werknemers. R. Caspers, 'Informatiebehoefte van werkgevers en privacy van werknemers. Wordt het tijd voor een nadere wettelijke regeling omtrent privacy op de werkplek?', SR 1992/9, pp. 240-247, H.H. de Vries, Juridische aspecten van huistelematica, telewerken en consumeren in het informatietijdperk, dissertatie, Kluwer, Deventer, 1993, p. 105 en 146, H.H. de Vries, 'Een baas met röntgenogen?', Privacy en Registratie, 1995/1, pp. 19-26. Verhey echter vraagt zich af of het wel nodig is om het recht op privacy van de werknemer uitdrukkelijk in de wet te verankeren. Hij beroept zich op de gewezen jurisprudentie en betwijfelt of een wettelijke verankering meerwaarde zou hebben. Zie L.F.M. Verhey, Bespreking van P.F. van der Heijden (red.), Privacy op de werkplek, SR 1992/7-8, pp. 230-231. In 1994 achtte de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voorlopig nadere algemene arbeidsrechtelijke regels omtrent privacybescherming van werknemers niet geboden. Wel meende de minister dat de ondernemingsraad een duidelijker rol zou kunnen krijgen op het gebied van de privacy van de werknemers. Brief aan de voorzitters van de Tweede en de Eerste Kamer van 18 mei 1994, kenmerk ABA/AV/M&O/94/5369.

19 M.G. Rood, 'Over grondrechten in de dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken (red.), Doorwerking van mensenrechten, Wolters-Noordhoff bv Groningen, 1993, p. 141.

en de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen. Zo beschouwd zou er op dit moment juist wel een reden kunnen zijn om een wettelijke regeling van de werknemersgrondrechten tot stand te brengen. Op die wijze zou namelijk een belangenafweging op wetgevingsniveau bevorderd kunnen worden.

Met regelmaat wordt in de arbeidsrechtelijke literatuur verdedigd dat aan de grondrechten van werknemers in de rechterlijke oordeelsvorming zwaarwegend belang behoort toe te komen. Ontnuchterend is echter de analyse van Alkema dat de kenmerken van grondrechten niet scherp zijn, hetgeen twee nauw verbonden gevolgen heeft: ten eerste dat er geen principieel onderscheid is tussen het grondrecht en ander recht; ten tweede dat de grondrechten als zodanig geen bijzondere rang toekomt. De intensiteit van de gelding van grondrechten varieert naar rechtsorde en tijdvak.[20] Een bijkomend probleem is volgens Alkema dat de grondwetgever zich niet heeft uitgelaten over de horizontale werking van de grondrechten. Gevolg daarvan is dat de grondrechten van het eerste hoofdstuk van de Grondwet zijn omhuld door een waas van onzekerheid, omdat niet vaststaat welk effect zij in privaatrechtelijke verhoudingen kunnen sorteren.[21] Daar komt bij dat er tal van bezwaren bestaan tegen de (directe) horizontale werking van grondrechten. Bijvoorbeeld dat de beperkingsclausules van de grondrechten niet zijn afgestemd op horizontale werking en dat horizontale werking kan leiden tot botsing van grondrechten en beperking van andermans grondrechten.[22]

Na deze waarschuwende woorden is het tijd om het overzicht toe te spitsen op de werking van de grondrechten op vrijheid van meningsuiting en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in de werksituatie. Als de praktijk uitwijst dat aan de grondrechten geen zwaarwegend belang toekomt in de rechterlijke belangenafweging en oordeelsvorming en de belangen en vrijheden van werknemers evenmin op andere wijze gewaarborgd worden, is dat wellicht een argument om de grondrechten van werknemers in de wet te verankeren.

4 Werking van grondrechten in arbeidsverhoudingen

Wij kunnen op voorhand al aannemen dat aan de grondrechten in arbeidsverhoudingen zelden of nooit directe horizontale werking zal toekomen. De doorwerking zal eerder indirect zijn, dat wil zeggen dat de rechter het grondrecht uitdrukkelijk gebruikt als inspiratiebron bij de interpretatie van privaatrechtelijke begrippen. Het is ook mogelijk dat geen sprake is van daadwerkelijke doorwerking, maar van privaatrechtelijke rechtsvinding die leidt tot bescherming van grondrechtelijke waarden zonder dat de grondrechten in de afweging een zichtbare rol hebben gespeeld.[23] Hoewel met name

20 Zie E.A. Alkema, a.w., pp. 19 en 20.

21 E.A. Alkema, a.w., pp. 25-26.

22 En dit verhoudt zich slecht met de afwijzing door de grondwetgever van de leer van de algemene beperkingen. Zie E.A. Alkema, a.w., pp. 31, 51, 53 en 57.

23 Het onderscheid tussen enerzijds directe en indirecte horizontale werking en anderzijds privaatrechtelijke rechtsvinding is ontleend aan L.F.M. Verhey, dissertatie, pp. 135-188.

in de privaatrechtelijke rechtsvinding niet het zwaarwegend belang van een grondrecht voorop wordt gesteld, kan de uitkomst van de oordeelsvorming wel naar tevredenheid zijn. Ik stel voor dat wij ons in deze niet te dogmatisch opstellen, maar vooralsnog de uitkomst van de oordeelsvorming als uitgangspunt nemen, onder het voorbehoud evenwel dat sprake is van een duidelijke lijn in de jurisprudentie, die bewijst dat aan de grondrechten in arbeidsverhoudingen de facto zwaarwegend belang toekomt. Bij de analyse hanteer ik de volgende vragen en subvragen: kunnen de beperkingen van de belangen en vrijheden die in grondrechten gewaarborgd worden, de toets aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit doorstaan? Met andere woorden: is er aan de zijde van de werkgever sprake van een 'pressing social need', die een inbreuk op het grondrecht onvermijdelijk maakt? Gaat de beperking niet verder dan strikt nodig is om het belang van de werkgever te dienen en in het verlengde daarvan, wordt de kern van het grondrecht niet aangetast?[24] Deze afwegingen kunnen de facto onderduiken in de beantwoording van concrete civielrechtelijke of arbeidsrechtelijke vragen als: is de overeenkomst niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden? Is er sprake van een redelijke opdracht van de werkgever? Heeft de werkgever zich als een 'goed werkgever' gedragen? Wat mag in dezen van een 'goed werknemer' worden verwacht?

5 Vrijheid van meningsuiting

Binnen de arbeidsverhouding is althans in zoverre sprake van vrijheid van meningsuiting[25], dat werknemers de facto gebruik kunnen maken van de vrijheid om gedachten en gevoelens te openbaren. De werkgever zal pas achteraf kunnen ingrijpen; hij kan zijn werknemers immers bezwaarlijk de mond snoeren. Dit neemt niet weg dat een werkgever op voorhand kan trachten om de uitingsvrijheid in te tomen. Daartoe staan hem verschillende instrumenten ter beschikking, die afhankelijk van de daaraan verbonden sancties, de werknemers (aanzienlijk) in hun vrijheid kunnen beperken. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen de interne meningsuiting, dat wil zeggen binnen de muren van de arbeidsorganisatie in de relatie tot de werkgever en/of collega's en de externe meningsuiting, gericht tot de buitenwereld. Vooral de externe meningsuiting kan de belangen van een werkgever schaden. Voor wat betreft de inhoud gaat het dan om uitingen die de werkgever om welke reden dan

---

24 Ofschoon de kernrechtgedachte als een methode om na te gaan hoever een grondrechtenbeperking mag gaan, is verworpen bij de grondwetsherziening van 1983, wordt zij door diverse auteurs gebruikt in de beoordeling van de horizontale werking van grondrechten. Zie ECRM 6 september 1989, Rommelfanger/Duitsland, 12242/86, Decisions & Reports 62, p. 151 e.v. Zie ook L.F.M. Verhey, dissertatie, pp. 178-179, H.H. de Vries, dissertatie, p. 88, E.A. Alkema, a.w., pp. 118-120. Leisner heeft in dit verband een aantal subcriteria ontwikkeld: de beperking mag niet voor te lange tijd zijn aangegaan, zij moet oplosbaar zijn en mag geen te grote ruimtelijke of zakelijke omvang aannemen. Er moet met andere woorden 'gebruik van enige betekenis van het grondrecht overblijven'. Zie W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1960, p. 389.

25 Als grond- of mensenrecht gewaarborgd in art. 7 GW, art. 10 EVRM en art. 19 BUPO.

ook onwelgevallig zijn en in het bijzonder om verspreiding van vertrouwelijke dan wel geheime bedrijfsinformatie.

5.1 Vertrouwelijke/geheime bedrijfsinformatie

Met het oog op vertrouwelijke en/of geheime bedrijfsinformatie biedt de wetgeving de werkgever enkele specifieke aanknopingspunten voor beperking van de uitingsvrijheid. Zo bestaan er expliciete geheimhoudingsplichten - waarvan de schending wordt bedreigd met de strafsanctie van artikel 272 Sr. - voor bijv. de registeraccountant[26] en de advocaat.[27] Als een afgeleide daarvan hebben ook de werknemers van deze beroepsbeoefenaren, bijv. administratief medewerkers, een geheimhoudingsplicht.[28] Daarnaast is bijv. een wettelijke geheimhoudingsplicht verbonden aan het lidmaatschap van de ondernemingsraad (art. 20 WOR).

Hoewel de wet geen *expliciete* geheimhoudingsplicht kent voor iedere werknemer, komt het belang van geheimhouding binnen het kader van de arbeidsovereenkomst in de wet duidelijk tot uitdrukking. Het bekend maken van 'bijzonderheden aangaande des werkgevers huishouding of bedrijf, die hij behoorde geheim te houden' kan namelijk een dringende reden opleveren voor ontslag op staande voet (art. 7A: 1639p lid 2 sub 9 BW). De bedoelde geheimhoudingsverplichting kan verschillende rechtsgronden hebben: een uitdrukkelijke overeenkomst tussen werkgever en arbeider, een eenzijdig door de werkgever opgelegde verplichting, of de open norm van het 'goed arbeiderschap' (art. 7A: 1639d BW). In de praktijk komt het veel voor dat aan een geheimhoudingsbeding in een schriftelijke overeenkomst of in een reglement een boetebeding is gekoppeld (art. 7A: 1637u en 7A: 1637j BW).[29] De hoogte van dit bedrag heeft in de regel een preventieve werking.

In het licht van het subsidiariteitsvereiste stelt zich de vraag hoever de werkgever mag gaan in het opleggen van een geheimhoudingsplicht. Het kan niet zo zijn dat de werkgever naar believen gegevens tot 'geheim' bestempelt en daarmee de uitingsvrijheid van de werknemer inperkt. Zoals Rood stelt: 'er moet iets geheim te houden zijn'.[30] De geheimhouding moet objectief gerechtvaardigd zijn; de werkgever moet een redelijk belang bij geheimhouding hebben.[31]

De concrete omstandigheden van het geval zullen bepalen hoever de geheimhoudingsplicht ex artikel 7A: 1639d BW strekt. Als algemene maatstaf kan ook hier worden gehanteerd de redelijkerwijs te veronderstellen wens van de werkgever om

---

26 Conform art. 10 Gedrags- en beroepsregels registeraccountants (1973).
27 Conform art. 2.3 van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap (1988).
28 HR 6 december 1955, NJ 1956, 52.
29 Zie Zakboek arbeidsrecht (losbl.), B - III 7.2.
30 M.G. Rood, a.w., p. 133.
31 Zie uitgebreider J. Taeger, Die Offenbarung van Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 68-80.

bepaalde informatie vertrouwelijk te houden. Het 'geheime' karakter van deze informatie zal een 'goed arbeider' duidelijk moeten zijn, ook zonder dat hij daar uitdrukkelijk op is gewezen.

Uit het arrest Meijer/De Schelde[32] volgt dat de geheimhoudingsplicht van de werknemer zich ook kan uitstrekken tot informatie die niet noodzakelijkerwijs geheim is. De Hoge Raad erkende dat Meijer ook als werknemer en ondernemingsraadslid vrijheid van meningsuiting heeft (ex art. 7 GW). De opvatting dat deze vrijheid slechts zou worden begrensd door zijn verplichtingen jegens De Schelde tot geheimhouding van *vertrouwelijke informatie*, kon volgens de Hoge Raad in haar algemeenheid echter niet als juist worden aanvaard. De rechtbank gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat (...) 'met het prijsgeven van geheimen mag worden *gelijkgesteld* het openbaar maken van een conclusie die wordt getrokken uit geheime gegevens en het daarbij vermelden dat die conclusie op een veelvoud van bewijzen is gebaseerd die niet aan het papier worden toevertrouwd omwille van het bedrijfsbelang'.

Met Rood meen ik dat in casu sprake was van een, zij het subtiele, schending van de geheimhoudingsplicht door de werknemer. Immers, op deze werknemer rustte een uitdrukkelijk in de wet verankerde geheimhoudingsplicht, die hij schond door indirect (in de vorm van een algemene conclusie) informatie waarvan hij kennisdroeg uit hoofde van zijn lidmaatschap van de ondernemingsraad naar buiten te brengen (en wel in een brief aan de minister, waarvan hij afschriften verzond aan enkele dagbladen). Een andere werknemer, niet-lid van de OR, had zich wellicht, met een beroep op het algemeen belang (aandacht voor de wijze waarop overheidssteun werd gebruikt) meer kunnen veroorloven; de zogenaamde 'whistle blower' verdient de bescherming van de uitingsvrijheid. Niet alleen wanneer de werknemer terecht de aandacht heeft gevestigd op onrechtmatig ondernemershandelen, bijv. de illegale lozing van milieugevaarlijke stoffen, maar ook als de werknemer in redelijkheid (na gedegen onderzoek) een vermoeden kon hebben van de onrechtmatigheid van dergelijk handelen, maar achteraf ongelijk bleek te hebben.[33] Ik zeg met opzet dat de 'whistle blower' de bescherming verdient, omdat ik er niet zeker van ben dat hij die onder alle omstandigheden zal krijgen. Het zou mij bijv. niet verbazen als de wijze waarop de werknemer de publiciteit zoekt en in het verlengde daarvan de wijze waarop de media vervolgens aandacht besteden aan de zaak, zal meewegen in een eventueel rechterlijk oordeel over de redelijkheid van enige arbeidsrechtelijke sanctie jegens de al dan niet 'goede arbeider' (art. 7A: 1639d BW). Rood stelt terecht dat de afweging van een grondrecht tegenover onrechtmatig gedrag niet kan plaatsvinden alsof het uitgangspunt zou kunnen zijn dat dat recht en die plicht in beginsel even veel wegen. 'Integendeel, naar mijn opvatting is het gewicht van het grondrecht in beginsel groter en moet dat het uitgangspunt van het afweegproces zijn. Maar het

32 HR 20 april 1990, NJ 1990, 702, m.nt. PAS.

33 Aldus ook M.G. Rood, a.w., pp. 134-135.

is ook weer niet zo dat een grondrecht van een werknemer hem een vrijbrief zou geven manifest onzorgvuldig jegens zijn werkgever en zijn collega's te handelen, a fortiori niet wanneer de gevolgen van de onzorgvuldigheid ernstig zijn.'[34]

Afgezien van ontslag op staande voet, kan de werknemer strafrechtelijk worden vervolgd wanneer hij 'opzettelijk aangaande een onderneming van handel, nijverheid of dienstverlening bij welke hij werkzaam is of geweest is, bijzonderheden waarvan hem geheimhouding is opgelegd, bekend maakt' (art. 273 Sr.). De geheimhoudingsplicht moet uitdrukkelijk zijn opgelegd: anders kan er van *opzettelijk* (willens en wetens) bekendmaken immers geen sprake zijn. Voldoende is dat de geheimhoudingsverplichting eenzijdig is opgelegd, de werknemer hoeft daarmee niet te hebben ingestemd.[35] Terecht is vanuit strafrechtelijke hoek de kritiek geuit dat onder het kleurloze begrip 'bijzonderheden' in artikel 273 Sr. veel meer informatie kan worden begrepen dan voor het functioneren of voortbestaan van een onderneming van betekenis is. Het formele criterium dat de geheimhouding moet zijn *opgelegd*, maakt bovendien de inhoudelijke toetsing door de rechter of bepaalde gegevens in het licht van achterliggende belangen wel bescherming verdienen, onmogelijk.[36] Zo beschouwd heeft de werkgever derhalve de mogelijkheid om naar believen gegevens tot geheim te bestempelen en daarmee de uitingsvrijheid van de werknemer in te perken. Het geheimhoudingsbeding kan zelfs doorwerken ná het einde van de overeenkomst en aldus de werking hebben van een concurrentiebeding zonder het rechterlijk matigingsrecht.[37]

5.2 Uitingen die de werkgever onwelgevallig zijn

De wet biedt de werkgever geen concrete aanknopingspunten om de vrijheid van meningsuiting van de werknemer in te perken om reden dat de uitingen de werkgever onwelgevallig zijn. Het belang van de werkgever is hier minder vanzelfsprekend dan bij de openbaarmaking van bedrijfsgeheimen. Onderzocht moet dan ook worden of aan de zijde van de werkgever sprake is van een 'pressing social need', die een inbreuk op het grondrecht onvermijdelijk maakt. Duidelijk lijkt me dat de werkgever niet hoeft te dulden dat een werknemer bij zijn meningsuiting de naam van de werkgever gebruikt en de werkgever aldus in zijn meningsuiting betrekt. Volgens het Kantongerecht Zaandam[38] mocht een werknemer wiens gedragingen 'verre uitgingen boven een gepaste vrije meningsuiting', op staande voet worden ontslagen. In casu had de werknemer tezamen met anderen een vredescomité opgericht, waaraan hij de naam van de werkgever had verbonden. Ondanks waarschuwingen van de

34 M.G. Rood, a.w, p. 135.
35 Zie HR 14 januari 1935, NJ 1935, p. 430.
36 Daarover uitgebreid H.W.K. Kaspersen, Strafbaarstelling van computermisbruik, dissertatie, Kluwer, Deventer, 1990, pp. 167-173.
37 Aldus G.A.I. Schuijt, dissertatie, p. 218.
38 Ktg. Zaandam 18 december 1952, NJ 1953, 428.

werkgever had hij zijn deelname aan het comité, dat duidelijk een politieke strekking had, voortgezet. De werkgever hoefde volgens de rechter niet te dulden dat de in zijn onderneming werkende arbeiders in het bedrijf politieke activiteiten ontplooiden en zeer zeker niet, indien aan een dergelijke actie de naam van het bedrijf van de werkgever werd verbonden. Een ontslag op staande voet zal dunkt me overigens in lang niet alle gevallen gerechtvaardigd zijn, maar bijv. afhangen van hoe extreem de uiting is, gelet op de identiteit van de werkgever.

In zijn dissertatie heeft Schuyt een te dezen bruikbare invulling gegeven aan de toetsingscriteria 'goed werkgever' en 'goed arbeider'. Van een goed arbeider wordt verwacht dat hij de identiteit, de 'signatuur' van de werkgever respecteert, dat wil zeggen dat hij bereid is zich te richten naar het belang van de onderneming of instelling van zijn werkgever en in redelijkheid wil meewerken aan de realisering van de doelstellingen en aan de identiteit geen afbreuk zal doen. De werknemer zal zich bijv. niet kunnen veroorloven om in het openbaar afstand te nemen van het beleid van de werkgever. Het gebod kan voor de werknemer zowel binnen dienstverband als daarbuiten bepaalde beperkingen van zijn uitingsvrijheid tot gevolg hebben.[39] Een arts-assistent in dienst van een ziekenhuis op RK-grondslag, kon zich bijv. niet veroorloven om een artikel over abortus te publiceren.[40] De ECRM overwoog dat rekening moet worden gehouden met de opvattingen van de werkgever en het recht van de kerk om interne zaken zelf te regelen. Een werkgever van dit type zou zijn uitingsvrijheid niet effectief kunnen uitoefenen zonder bepaalde loyaliteitseisen te stellen aan de werknemers. Volgens de Commissie waren in dit geval geen onredelijke loyaliteitseisen gesteld.

Schuyt scherpt de criteria in zoverre aan dat er sprake moet zijn van een duidelijk en direct gevaar voor de goede functievervulling door de werknemer of de goede functionering van de organisatie van de werkgever. Dat gevaar moet niet langs andere weg geweerd kunnen worden en de problemen met betrekking tot de functievervulling en het functioneren dienen niet primair te wijten te zijn aan mogelijk negatieve reacties van anderen. De problemen moeten redelijkerwijs de verdraagzaamheid van anderen te boven gaan.[41] Zoals gezegd mag de beperking van de meningsuiting niet verder gaan dan strikt nodig is om het belang van de werkgever te dienen. Wij raken bijv. aan de kern van het grondrecht, wanneer de werkgever gebiedt dat voorgenomen uitingen, zoals publikaties, aan hem worden voorgelegd, zodat hij deze eventueel kan tegenhouden. Niettemin kan een dergelijke beperking wel gerechtvaardigd zijn in de arbeidsovereenkomst van bepaalde 'beroeps-meningsuiters' zoals journalisten. Immers in dat geval is redactie van de stukken onvermijdelijk om de kwaliteit van bijv. de krant te waarborgen.[42]

---

39 Zie G.A.I. Schuijt, dissertatie, pp. 193-203 en 211-220.

40 ECRM 6 september 1989, Rommelfanger/Duitsland, 12242/86, Decisions & Reports 62, p. 151 e.v.

41 Zie G.A.I. Schuijt, dissertatie, pp. 219-220.

42 Zie ook G.A.I. Schuijt, dissertatie, pp. 198-199.

5.3 *Het belang van de vrijheid van meningsuiting in de werksituatie*

Het arbeidsrecht en het strafrecht bieden de werkgever alle ruimte om de uitingsvrijheid van de werknemer te beperken ten aanzien van geheime of vertrouwelijke bedrijfsinformatie. Zelfs eenzijdige beperkingen door de werkgever zijn geoorloofd, inclusief boetebeding, met nawerking na het einde van de overeenkomst. Het bezwaar dat een werkgever meer gegevens tot geheim kan bestempelen dan objectief gezien gerechtvaardigd is, klemt te meer omdat de dreiging van een financiële sanctie doorgaans effectief is. Daar komt bij dat de eenzijdige beperking van de uitingsvrijheid door de strafrechter niet getoetst kan worden. Van een goed arbeider wordt meer in het algemeen verwacht dat hij de identiteit van de werkgever respecteert, en daarvoor zelfs buiten dienstverband beperkingen op zijn uitingsvrijheid accepteert. Hier doemt een hellend vlak waar de rechter wel heel weinig houvast heeft aan de wettelijke normen. Het zal daarom afhangen van de procesvaardigheid van de betrokkenen of zij erin slagen om in het licht van de feitelijke omstandigheden het gewicht van de meningsuiting voldoende tot uitdrukking te brengen, en af te zetten tegen mogelijke wanprestatie door een 'goed arbeider'. Onder de geschetste omstandigheden kan mijns inziens het zwaarwegend belang van het recht op vrijheid van meningsuiting in de werksituatie onvoldoende tot uitdrukking komen, zodat hier aanleiding is voor een uitdrukkelijke erkenning van de vrijheid van meningsuiting van werknemers en het scherp stellen (in ieder geval toetsbaar maken) van de beperkingen door de werkgever.

6 Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

De persoonlijke levenssfeer van werknemers heeft zeer verschillende verschijningsvormen en kan uiteenlopende rechtsvragen oproepen: bijv. onder welke voorwaarden huisbezoek van een werkgever bij een thuiswerker geoorloofd is; welke grenzen gesteld worden aan het vraagrecht van de werkgever tijdens de sollicitatieprocedure; of visitatie van werknemers bij het verlaten van het bedrijfsterrein geoorloofd is; onder welke omstandigheden een gebod om van haardracht te veranderen redelijk kan zijn; in hoeverre controle en sancties in het kader van ziekte van de werknemer geoorloofd zijn; of alcohol & drugstests op het werk zijn toegestaan; onder welke voorwaarden het gebruik van personeelsinformatiesystemen en personeelsvolgsystemen geoorloofd is.[43] Een probleem bij de rechterlijke oordeelsvorming is dat het begrip 'privacy' of 'persoonlijke levenssfeer' door de grondwetgever niet scherp gedefinieerd is, maar slechts in algemene termen is omschreven.[44] De reikwijdte van het grondrecht

43 Zie J.H.J. Terstegge en H.H. de Vries, Privacy in arbeidsverhoudingen, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, april 1994.

44 Omschreven als het recht zijn eigen leven te leiden met zo weinig mogelijk inmenging van buitenaf. Zie TK 1975-1976, 13 872, nrs. 1-5, MvT, p. 40 e.v.

op privacy ligt evenmin vast.[45] In particuliere arbeidsverhoudingen komt daarbij dat de (mate van) horizontale werking van het privacygrondrecht niet vaststaat. In concreto zal de rechter de volgende vragen moeten beantwoorden: is de privacy in deze casus aan de orde?; maakt de betrokkene in dit geval aanspraak op privacybescherming?; is in dit geval sprake van een (niet gerechtvaardigde) inbreuk op de privacy? Vragen die niet altijd eenvoudig te beantwoorden zijn.

Tot op heden heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgesproken over de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in arbeidsverhoudingen; er is vooral veel lagere rechtspraak die soms in vergelijkbare rechtsgeschillen leidt tot (haast) tegenstrijdige uitkomsten.[46] Uit de jurisprudentie blijkt dat rechters soms kort door de bocht gaan en beslissen dat de privacy eenvoudigweg niet in het geding is. De rechter mijdt in veel gevallen het gebruik van termen als 'privacy' en 'persoonlijke levenssfeer' en spreekt slechts van het persoonlijk belang van de werknemer. Het is dan niet altijd duidelijk en moeilijk toetsbaar of het persoonlijk belang extra gewicht in de belangenafweging heeft gekregen, tegen de achtergrond van het grondrecht op privacy. De zwaarwegendheid van het privacybelang komt wel tot uitdrukking in het arrest Koma/Industriebond FNV. Het Hof Den Bosch oordeelde dat de videocamera's waarmee het gedrag en de prestaties van de werknemers werden gevolgd, moesten worden verwijderd. De werkgever kon de noodzaak van het gebruik daarvan namelijk niet aantonen (proportionaliteitstoets), terwijl de werknemers werden blootgesteld aan een langdurige en gerichte observatie 'die verre ten achter blijft bij wat uit een oogpunt van normale menselijke bejegening aanvaardbaar is' (subsidiariteitstoets).[47] Het Kantongerecht Hoofddorp daarentegen ging geheel voorbij aan de vraag of het vergaren van bewijsmateriaal voor diefstal door een werkneemster met behulp van een verborgen camera geoorloofd was.[48] Conform het verzoek ontbond de kantonrechter de arbeidsovereenkomst en wijdde geen enkele beschouwing aan de wijze waarop het bewijsmateriaal was vergaard. Opmerkelijk verschillend zijn ook twee arresten van het Hof Den Bosch: in 1991 vormde het inschakelen van een privé-detective een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.[49] Eind 1992 oordeelde hetzelfde hof dat het inschakelen van een privé-detective om de gangen van een zieke werknemer na te gaan geen inbreuk vormt op de persoonlijke levenssfeer. De werkgever had zich echter niet als een goed werkgever gedragen.[50] Wat de uitkomst zal zijn van

45 De bepalingen zijn niet scherp gedefinieerd. Zie art. 10, 11, 12 en 13 GW alsmede art. 8 EVRM, art. 17 BUPO.

46 Zie J.H.J. Terstegge en H.H. de Vries, a.w., de hoofdstukken 2, 3 en 4.

47 Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 1986, NJ 1987, 451.

48 Zie P.F. van der Heijden, 'De verborgen videocamera en de verborgen rechter', NJB 1992, pp. 329-330.

49 Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 1991, NJ 1991, 637.

50 Hof 's-Hertogenbosch 2 december 1992, JAR 1992, 147. Zie ook mijn noot 'Van een zieke werknemer en een privé-detective', Privacy & Registratie, 1993/1, pp. 27-30.

de vrije val van de rechterlijke interpretatie staat op voorhand niet vast; zoals De Jong het ooit samenvatte 'de feitelijkheid beheerst de norm'.[51]

Aan de restrictieve interpretatie van het privacybegrip in de rechtspraak zou een einde moeten komen na het arrest Niemietz/Duitsland van het Europees Hof voor de rechten van de mens.[52] Volgens het Hof strekt de privacybescherming zich ook uit tot beroeps- of bedrijfsmatige activiteiten en ruimten van een individu, onder meer omdat: een groot deel van het individuele leven zich afspeelt op het werk; het niet goed mogelijk is om een onderscheid te maken tussen zakelijke en privé-communicatie; zakelijke activiteiten zowel op een huisadres als op een kantooradres kunnen worden ontplooid. Echter, het Hof geeft met de ene hand en neemt met de andere: de beperkingen van het privacyrecht kunnen volgens het Hof namelijk verder reiken als zakelijke activiteiten en ruimten in het geding zijn. Het is de vraag hoe de jurisprudentie zich vanaf nu zal ontwikkelen; laat het arrest van het Hof voldoende ruimte om aan de privacy van werknemers zwaarwegend belang toe te kennen?

6.1 Informationele privacy

In het licht van het toenemend gebruik van personeelsinformatiesystemen en personeelsvolgsystemen[53] wijd ik graag nog enkele afzonderlijke beschouwingen aan recente ontwikkelingen op het terrein van de informationele privacy.[54] Op dit terrein bestaat een specifieke Wet persoonsregistraties (WPR) waaraan werknemers wier persoonsgegevens zijn vastgelegd in een zogenaamde 'persoonsregistratie' de nodige rechten kunnen ontlenen. Op het terrein van arbeidsverhoudingen moeten arbeidsrechtelijke normen en privacynormen veelal in onderlinge samenhang gelezen en nader geïnterpreteerd worden, waarbij een belangrijke taak is weggelegd voor de rechter. De vraag is of het zwaarwegend belang van de informationele privacy in arbeidsverhoudingen daarbij voldoende tot uitdrukking komt. Uit vergelijkend onderzoek van de Internationale Arbeidsorganisatie blijkt dat de Nederlandse stand van wet- en regelgeving mager afsteekt bij de wetgeving in enkele andere landen.[55]

---

51 E.P. de Jong, Bestaat er aanleiding de rechtspositionele verschillen tussen ambtenaren en civielrechtelijke werknemers te handhaven?, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1982, p. 43.

52 EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400, met noot E.J. Dommering.

53 In het voorjaar van 1994 stelde de Registratiekamer dat tegenwoordig vrijwel alle bedrijven en instellingen van enige omvang beschikken over een geautomatiseerd personeelsinformatiesysteem. Zie B.J.P. Hulsman en P.C. Ippel, Personeelsinformatiesystemen, de Wet persoonsregistraties toegepast, reeks Achtergrondstudies en Verkenningen I, Registratiekamer, juli 1994, p. 6.

54 Het recht op informationele privacy biedt waarborgen tegen 'administratieve beeldvorming': de verzameling, het gebruik en de verstrekking van persoonlijke gegevens.

55 Daarmee is niet gezegd dat rechters hier te lande niet tot dezelfde of een vergelijkbare uitkomst kunnen komen als in het buitenland, aan de hand van de wettelijke open normen. De situatie in de verschillende landen overziende, stelt de IAO in haar rapport dat zij vermoedt dat de bescherming in de meeste landen minder effectief is, dan deze schijnt te zijn. Zie ILO, Workers' privacy. Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, Conditions of Work Digest, Volume 12, Number 1 1993, International Labour Office, Geneva, p. 77.

Voorop gesteld moet worden dat de WPR een werkgever in particuliere arbeidsverhoudingen toestaat een persoonsregistratie aan te leggen voor een 'bepaald doel' waartoe zijn belang 'redelijkerwijs aanleiding geeft' (art. 4 WPR). Dit is een minder strenge toets dan de 'pressing social need' welke een inbreuk op een grondrecht onvermijdelijk maakt, zoals eerder als uitgangspunt geformuleerd. Daar komt bij dat de reikwijdte van de WPR beperkt is tot 'persoonsregistraties', een statisch begrip dat dateert uit de beginperiode van het automatiseringstijdperk. Een videobewakingssysteem bijv. valt niet alleen buiten de werkingssfeer van de wet, wanneer de beelden niet op band worden vastgelegd, maar ook als de beelden wel op band worden vastgelegd, maar niet 'systematisch toegankelijk' zijn.[56] Nu kan men natuurlijk stellen dat waar de WPR niet van toepassing is, de wettelijke normen voor zover mogelijk naar analogie door de werkgever moeten worden toegepast. De redenering kan dan zijn dat een 'goed werkgever' ook ten aanzien van systemen die buiten de reikwijdte van de WPR vallen, de WPR-normen behoort toe te passen. Zo kan men via een open norm in het arbeidsrecht, privacynormen uit de WPR binnenhalen. Het is echter niet altijd zo dat een open norm in het ene rechtsgebied kan worden ingevuld door een concrete norm in het andere gebied. Dit geldt bijv. in de fase van het verzamelen van persoonsgegevens. Op grond van art. 5 WPR moeten persoonsgegevens op 'rechtmatige wijze' worden verkregen. Slechts het Besluit beeldschermwerk (Stb. 1992, 677) biedt hier een concrete norm: het is de werkgever verboden om zonder medeweten van de werknemer gebruik te maken van een kwalitatief of kwantitatief controlemechanisme. Voor het overige is er de open norm van het 'goed werkgeverschap'. Maar, is het niet zo dat een goed werkgever op rechtmatige wijze persoonsgegevens zal vergaren en dat een werkgever die op rechtmatige wijze gegevens vergaard tevens de kwalificatie 'goed werkgever' verdient? Toegegeven: de beide open normen zijn niet gelijkluidend en hebben in de context van de wet als geheel ook een verschillende strekking; toch is niet goed duidelijk hoe de ene open norm de andere moet invullen. Uiteindelijk zal de rechter hier een oordeel moeten vellen, waarbij moet worden teruggevallen op de privacygrondrechten in de Grondwet en internationale verdragen of eventuele bepalingen in gedragscodes, cao's of bedrijfsregelingen. De pogingen van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om op dit terrein de zelfregulering te stimuleren hebben echter nauwelijks succes opgeleverd.[57]

De recente EU-Richtlijn betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens[58], die noodzaakt tot een spoedige wijziging van de WPR en uitvoeringsregelingen, komt voor een deel tegemoet aan de boven gesignaleerde knelpunten. De reikwijdte van de WPR zal moeten worden aangepast, omdat in de

56 Systematische toegankelijkheid zou bijv. gecreëerd kunnen worden door digitale opslag van de videobeelden.

57 Zie bijv. SER, Advies inzake personeelsvolgsystemen, 1993 en Stichting van de Arbeid, Kunt u mij volgen. Privacy op de werkplek, een leidraad voor ondernemingen, 27 juli 1994.

58 Vastgesteld op 24 juli 1995, PG EG L 281 van 23 november 1995.

plaats van het statische begrip 'persoonsregistratie' het dynamische begrip 'verwerking van persoonsgegevens' bepalend wordt voor de werkingssfeer van de wet. Dientengevolge zullen de materiële normen van de WPR onder meer van toepassing worden op het verzamelen van persoonsgegevens van werknemers, bijv. in een sollicitatiegesprek. Conform art. 7 sub b van de Richtlijn mag de verwerking van persoonsgegevens onder meer slechts geschieden indien deze noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of van precontractuele stappen die worden genomen naar aanleiding van een verzoek van betrokkene. In deze toets komt het zwaarwegend belang van het grondrecht van de werknemer beter tot uitdrukking dan nu in de WPR het geval is. Vermelding verdient dat reeds wordt gestudeerd op de noodzaak om een afzonderlijke richtlijn op te stellen voor de bescherming van persoonsgegevens in het kader van de arbeidsverhouding. Of die noodzaak bestaat zal onder meer afhangen van de wijze waarop de EU-lidstaten hun wetgeving zullen aanpassen en of daardoor zodanige verschillen in de regeling op het terrein van arbeidsverhoudingen zullen ontstaan dat nadere harmonisatie van de wetgeving geboden is.[59]

6.2 Het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in de werksituatie

Dat aan de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van werknemers in de werksituatie een zwaarwegend belang toekomt, komt noch in de WPR, noch in de jurisprudentie (consequent) tot uitdrukking. De ontwikkeling van de jurisprudentie tot nu toe en de lijn die mogelijk wordt ingezet na het arrest Niemietz/Duitsland, rechtvaardigen de conclusie dat het recht op privacy van werknemers een uitdrukkelijke wettelijke grondslag verdient. De rechtsgrond voor wettelijke verankering van het privacyrecht bestaat in de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Op dit moment is het afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de feiten die partijen in het geding naar voren brengen of het privacybelang door de rechter gewogen zal worden. De wettelijke verankering dwingt hem daartoe. Hoewel de recente EU-Richtlijn naar verwachting positief zal uitwerken op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in de werksituatie, kan niet met een wijziging van de WPR worden volstaan, omdat de werkingssfeer van deze wet beperkt is tot de informationele privacy.

7 Slot

Volgens het huidige grondrechtdenken komt aan de grondrechten in de werksituatie horizontale werking toe, vanwege het pseudo-verticale karakter van de arbeidsverhouding. Echter, de gezagsverhouding wordt door de werking van grondrechten niet ontkracht. Ook nu nog blijkt dat de werkgever soms zelfs eenzijdig op grond van zijn directierecht beperkingen aanbrengt in de uitoefening van grondrechten, bijv. geheimhouding aan de werknemers oplegt of de facto de privacy van de werknemers

59 De Recommendation of the Council of Europe No R(89)2 on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes, van 18 januari 1989 kan daarbij als inspiratiebron dienen.

beperkt. Beperkingen van grondrechten komen voor in overeenkomsten tussen werkgevers en werknemers, maar kunnen bovendien soms voortvloeien uit de open norm van 'goed arbeiderschap'. Zelfs de mondige 'nieuwe' werknemer kan zich hier niet aan onttrekken. Het zwaarwegend belang van de grondrechten komt in relevante wettelijke bepalingen en in de rechterlijke oordeelsvorming lang niet altijd tot uitdrukking. Nu eens geeft de rechter blijk van het vermogen om grondrechten ook in de werksituatie tot gelding te laten komen. Dan weer gaat de rechter 'kort door de bocht', en stelt aan de hand van de feitelijke omstandigheden vast dat een grondrecht niet in het geding is of vertaalt het grondrecht in een privaatrechtelijk belang dat in de afweging tegen andere belangen geen bijzonder gewicht toekomt. Alkema had ons hiervoor al gewaarschuwd en stelt dat de rechter bepaalde zaken - vanuit constitutioneel oogpunt gezien terecht - niet tot zijn rechtsvormende taak rekent. Waar horizontale werking tot teveel rechtsonzekerheid leidt en daar waar politieke knopen moeten worden doorgehakt, is ook volgens Alkema wetgeving geboden.[60]

60 E.A. Alkema, a.w., p. 126.

Groepskenmerken en leeftijdsgrenzen

A.M. GERRITSEN

De mens van 1946 is geheel anders dan de mens van 1996. Welk beeld heeft men van de werknemer van 1946? Men kan denken aan een gezagsgetrouwe, mannelijke, in voltijd werkende kostwinner. Vijftig jaar later zou de werknemer een vrije mens zijn die het leven zelf vorm wenst te geven, liefst ongehinderd door arbeidstijden en leeftijdsgrenzen. De werkgever verwelkomt en stimuleert zijn, of nu ook: haar, flexibiliteit.

Is de mens van 1946 inderdaad geheel anders dan de mens van 1996? Is niet de economische afhankelijkheid van de werknemer jegens de werkgever blijven bestaan? De veranderingen in het mensbeeld, de afgelopen vijftig jaar, hebben gemeen dat ze een vervaging van groepskenmerken inhouden, en dat levert de vraag op in hoeverre leeftijdsgrenzen bij toetreding tot (betaalde) arbeid en voor loondifferentiatie nog te rechtvaardigen zijn. Dat is het sub-thema dat het onderwerp vormt van mijn bijdrage.

De gestelde vraag roept op haar beurt vragen op. Ten eerste de vraag of het zo is dat groepskenmerken vervagen en mensen anno 1996 zo anders zijn dan vijftig jaar geleden. Ten tweede welke gevolgen deze eventueel optredende processen al dan niet behoren te hebben voor het gebruik van bepaalde normen, in casu leeftijdsgrenzen.

1 Vervaging van groepskenmerken

Begin ik met de groepskenmerken die van belang zouden kunnen zijn voor het stellen van leeftijdsgrenzen bij de toegang tot de arbeid. De toegang tot de arbeid wordt juridisch beperkt door het verbod van kinderarbeid. De motieven daarvoor zijn divers, maar bescherming is toch wel het belangrijkste. Kinderen zijn (nog) niet bestand tegen (volledige) arbeidsdeelname, en moeten bovendien de kans krijgen om naar school te gaan. Zijn jonge mensen tussen 1946 en nu minder beschermwaardig geworden? In grote lijnen niet, lijkt mij, al is wellicht hun fysieke gesteldheid erop vooruitgegaan, want in ieder geval heeft het nauw verwante argument van de onderwijsbevordering niets aan kracht ingeboet. Als gevolg van maatschappelijke

ontwikkelingen moeten jeugdige werknemers (in spe) misschien zelfs wel beter worden beschermd: 'in verband met het totale tegenwoordige leefpatroon' moest het tijdstip waarop jongeren met het bezorgen van kranten mogen beginnen maar niet op eerder dan 7 uur 's ochtends worden gesteld, meende minister van Sociale Zaken Boersma al in 1977.[1]

Feitelijk wordt de toegang tot de arbeid beperkt door leeftijdsgrenzen die bij de vervulling van vacatures worden gesteld. Is daar nog reden toe, als groepskenmerken vervagen? Ik wil voorop stellen dat het niet duidelijk is of groepskenmerken ooit de reden voor leeftijdsgrenzen bij werving en selectie zijn geweest. Gevraagd naar hun motieven om leeftijd als criterium te hanteren (want een grote meerderheid van de werkgevers vindt leeftijd belangrijk, zoals we ook telkens in personeelsadvertenties kunnen zien), heeft het merendeel van de werkgevers geen commentaar: die vinden dat kennelijk vanzelfsprekend.[2] Ook kunnen de leeftijdsopbouw van het personeel en het verschil in loonkosten meespelen - over dat laatste later meer. Maar gaan wij ervan uit dat fysieke veranderingen (met het voortschrijden van de leeftijd) een motief vormen om jong personeel te willen werven, zou die overweging dan moeten worden beïnvloed door een vervagen van groepskenmerken?

Een antwoord is dat van een vervagen van groepskenmerken niet of nauwelijks sprake kan zijn omdat fysieke kenmerken van verschillende leeftijdsgroepen altijd al vaag waren. Veroudering is een individueel proces, dat bovendien met het toenemen van de leeftijd nog steeds individueler wordt, waarschuwen gerontologen steevast. Zou er echter toch een categoriale verandering aan te wijzen zijn, dan zullen 'oudere' werknemers, dankzij toegenomen welvaart en verbeterde gezondheidszorg, sinds 1946 fysiek eerder sterker dan zwakker zijn geworden. De leeftijdsgrenzen zullen dan verhoogd of afgeschaft moeten worden.

Dan de groepskenmerken die leeftijdsgrenzen voor loondifferentiatie zouden moeten rechtvaardigen. Loon-naar-leeftijd is (in Nederland) weer zozeer een vanzelfsprekende zaak dat er zelden argumenten worden aangevoerd, maar wat erover wordt gezegd valt terug te voeren op de argumenten van prestatie, behoefte (die zouden dan moeten toenemen met de leeftijd) en beloning voor trouwe dienst. Prestatie is deels een kwestie van capaciteiten - hoe die met de jaren veranderen is de vraag die ik hierboven al aan de orde stelde, althans waar het gaat om fysieke capaciteiten. Verder kan het een kwestie van ervaring zijn en dus inderdaad met de leeftijd toenemen - als mensen tenminste hebben geleerd van hun ervaring. Tenslotte is het een kwestie van dóen - en dus wellicht deels een mentaliteitskwestie. Is het arbeidsethos of is de ervaring van oudere werknemers zodanig groter dat het hogere loon erdoor wordt gerechtvaardigd? Ik vraag het me af, al zou ik me kunnen voorstellen dat het arbeidsethos van werknemers sinds 1946 wat is ingezakt. (Of deze voorstelling juist is zal ik hieronder nagaan.)

---

1 Bijl. Hand. TK 1976-77, 13 547, nr. 9, p. 2; Wijziging van de Arbeidswet (Jongerenstatuut).

2 Commissie Ontwikkeling Bedrijven (COB/SER), Werving en selectie in de praktijk, 1988, p. 60.

Hoe staat het met het behoeftenpatroon van de werknemer uit 1946 en die uit 1996? Het standaardbeeld van de man met zijn vrouw thuis en zijn twee kinderen is niet meer in overeenstemming met de werkelijkheid, dat lijkt duidelijk. Bijvoorbeeld is 57 procent van de (echt)paren met minderjarige kinderen, tweeverdiener.[3] Maar de vraag waar het om gaat is of toenemende behoeften het principe van loon-naar-leeftijd rechtvaardigen, en of ze dat in 1946 wellicht meer deden dan nu. Een belangrijke bron van toenemende behoeften is het krijgen van kinderen. Voor onze mannelijke werknemer uit 1946 zal daaraan vaak vooraf zijn gegaan: trouwen, en in het levensonderhoud van zijn echtgenote moeten voorzien. Ook heden ten dage kan de werknemer, m/v, de financiële zorg hebben voor degene met wie hij of zij samenleeft, niet noodzakelijkerwijs al vanaf vóór dat er eventueel kinderen komen. Plaatsen wij genoemde fenomenen op een levenslijn, dan moet worden geconstateerd dat de betreffende zorgplichten weliswaar ergens (in de volwassenheid) beginnen, maar niet per se met de leeftijd lineair toenemen, en zelfs kunnen ophouden te bestaan. De kinderen kunnen gaan studeren tot hun vijfentwintigste, maar kunnen ook gaan werken als ze vijftien zijn; de vrouw of man van onze werknemer kan zelf inkomen gaan genereren of, de realiteit in tijden van seriële monogamie gebiedt ons dit onder ogen te zien, kan uit het beeld verdwijnen. En dan heb ik het al over de situatie dat iemand inderdaad een man of vrouw om het leven mee te delen, en/of kinderen, wil, en ook krijgt, en zij samen nog lang (en gelukkig) leven. In werkelijkheid zijn vele varianten mogelijk - het enige dat onwaarschijnlijk lijkt is dat de financiële zorgplicht in omvang steeds toeneemt. Een sterk argument voor loon-naar-leeftijd kan het toenemen van de behoeften dan ook niet zijn.

Blijft over het willen belonen van trouwe dienst, bij dezelfde werkgever, of meer in het algemeen, het geleverd hebben van een langdurige bijdrage aan 'Nederland BV'. Hoe groot of klein de kracht van dit argument ook zijn moge, in ieder geval lijkt het in 1946 sterker te hebben gegolden dan nu. De moderne flexibele werknemer wordt althans niet geacht het hele arbeidzame leven bij dezelfde baas te blijven. Hier kan zich in de achter ons liggende periode een verandering hebben voltrokken. Wel vraag ik me af of de situatie juist in 1946 zoveel minder flexibel was dan nu. Verlieten niet veel arbeiders, zoals ze toen nog heetten, in die tijd van arbeidstekort, gemakkelijk hun baas als hun iets niet beviel, om dezelfde dag nog bij de volgende te gaan werken?

Deels vervagen groepskenmerken dus, deels ook niet. Fysieke kenmerken van verschillende leeftijdsgroepen zijn niet vervaagd, en zelfs maar weinig *veranderd*. Een argument om de leeftijdsgrenzen bij de toetreding tot de arbeid te wijzigen kan hierin dus niet gevonden worden. Prestatie, behoeften en trouwe dienst zijn inderdaad minder uniform geworden. Kan dat wel aanleiding zijn om leeftijdsgrenzen, in dit geval voor loondifferentiatie, te herzien?

---

3 Persbericht Centraal Bureau voor de Statistiek 24 augustus 1995.

2 Feiten en normen

De beantwoording van de vraag of het vervaagd zijn van groepskenmerken ertoe leidt dat leeftijdsgrenzen niet langer gerechtvaardigd zijn, hangt ervan af hoeveel normatieve waarde men wil hechten aan het veranderd zijn van de feiten. Verbinden we aan het feitelijk gegeven dat groepskenmerken minder duidelijk zijn geworden, de normatieve conclusie dat leeftijdsgrenzen moeten veranderen?

Het geldt als een drogreden, 'naturalistic fallacy' geheten, om uit feiten normen af te leiden. 'Sein' en 'Sollen' moeten gescheiden blijven. Tegelijkertijd is het de ervaring van velen dat het gebruik van drogredenen zeer effectief kan zijn. Zo is het ook met het gebruik van de naturalistic fallacy. Een normatieve classificatie, zoals een leeftijdsgrens, staat in beginsel los van feitelijke gegevens. Maar classificatie werkt beter als ze wel aanknoopt bij de werkelijkheid, bij wat natuurlijk is.[4] Of bij het beeld dat van de werkelijkheid bestaat. Goed beschouwd doet het er dus niet eens zoveel toe, althans niet voor succesvolle classificatie, of het beeld dat van de feiten bestaat, met die feiten overeenkomt; zolang maar *geloofd wordt* dat het beeld van de feiten, dat de classificeerder het best uitkomt, met de feiten in overeenstemming is.

Over dit verschijnsel is al te lezen in Plato's 'Politeia' (De Staat). In de ideale staat worden mensen in drie groepen ingedeeld: de heersers, de hulplieden en de boeren of arbeiders. Deze indeling is overigens *gebaseerd op* natuurlijke gegevens: de volgens Plato per categorie afnemende capaciteiten. Het is hetzelfde gebrek aan capaciteiten dat met zich meebrengt dat de massa nooit zal begrijpen dat deze indeling de beste is. Daarom wordt hun een verhaal verteld, een 'prachtige mythe', waarin hun rol in de samenleving wordt gekoppeld aan feitelijke gegevens: ieder mens is geboren met goud, zilver of brons in zich. Wie goud in zich heeft is 'natuurlijk' geschikt om de hoogste positie in de maatschappij in te nemen. Zolang de massa *gelooft* dat zij 'met brons in zich' geboren is (of 'voor een dubbeltje', terwijl anderen 'met een gouden lepel in de mond' ter wereld kwamen) functioneert de classificatie.

3 Bescherming als reden voor leeftijdsgrenzen

Volgen de normen dus niet zonder meer uit de feiten, dan zullen er andere oorzaken of beter: *redenen* zijn voor leeftijdsgrenzen. De basisreden voor arbeidsrechtelijke regels is bescherming. De wetgever beschermt jongeren tegen deelname aan de arbeidsmarkt en volwassenen worden door middel van loon-naar-leeftijd beschermd tegen een gebrek aan perspectief op, althans financiële, verbetering van hun positie. Het loslaten van deze beschermende leeftijdsgrenzen zou een terugkeer naar vrije onderhandelingen tussen werknemer en werkgever impliceren en vanwege de doorgaans sterkere machtspositie van de werkgever is dit vanuit werknemersperspectief niet wenselijk.

---

4 Mary Douglas, How institutions think, Routledge & Kegan Paul, Londen 1987, p. 112.

Behalve een zekere bescherming tegen de macht van de werkgever geven leeftijdsgrenzen, vaste regels in het algemeen, zekerheid. Bescherming tegen onzekerheid, anders gezegd. Dit zijn voor de individuele werknemer voordelen van vaste (leeftijds)criteria. Algemene regels hebben twee kanten. Regels beperken de mogelijkheden van degenen die niet aan de voorwaarden voldoen maar beschermen ook tegen willekeur van degene die de beslissing moet nemen, overheid of werkgever. Indeling in leeftijdsgroepen betekent ongelijke behandeling en bescherming tegen discriminatie tegelijkertijd. Loon-naar-leeftijd betekent dat er niet (of minder) wordt onderhandeld over de beloning; dat is jammer voor wie jong is maar biedt de werknemer wel de zekerheid dat het loon omhoog zal gaan naarmate zijn leeftijd vordert, wat de werkgever daar ook van vindt, en wat ook het (al dan niet terechte, of door persoonlijke sympathie ingegeven) oordeel van de directe chef is.

Vaste classificaties en regels, eventueel zelfs uitmondend in een regelrechte bureaucratie, geven de werknemer onafhankelijkheid. Mensen organiseren het werk zo, en houden die organisatie in stand omdat 'they are trying to evade face-to-face relationships and situations of personal dependency whose authoritarian tone they cannot bear', zegt Crozier.[5] Voor wie bereid is zich eraan over te geven bieden regels bescherming, een redelijk goede combinatie van onafhankelijkheid en zekerheid. Binnen de door de regels afgebakende marges is er vrijheid.[6] Wordt het loon (voor een belangrijk deel) door de leeftijd van de werknemer bepaald dan beperkt dat de invloed van de beoordeling van de werkprestaties. Aanknopen bij leeftijd of dienstjaren 'insures complete equality among all production workers, whatever their mental or physical abilities'.[7]

Een reden om leeftijdsgrenzen te willen verminderen of opheffen zou derhalve het willen doorbreken van die bescherming kunnen zijn. En om een dergelijk betoog kracht bij te kunnen zetten is het goed een zodanig beeld van de werkelijkheid te geven, dat feitelijke veranderingen de voorgestelde normatieve wijzigingen zouden ondersteunen. Eén van die nieuwe beelden die werkgevers goed kunnen gebruiken om een versoepeling van leeftijdscriteria te bepleiten, is het beeld van de 'nieuwe', flexibele werknemer. De toename van flexibele arbeidsovereenkomsten, al dan niet voor bepaalde tijd, met part-timers, oproepkrachten en uitzendkrachten, kan met behulp van dat beeld worden gepresenteerd als een ontwikkeling die niet alleen voor het bedrijfsleven voordelig is, maar die ook in overeenstemming is met wat werknemers willen. Vindt dit beeld een basis in de werkelijkheid?

Een eerste twijfel aan het bestaan van deze nieuwe werknemer wordt opgeroepen door berichten over het verzet van werknemers in de detailhandel tegen verruiming van de openingstijden. Of men nu om zes uur met het gezin aan tafel wil zitten, 's avonds naar cursus wil of de concurrentie van scholieren vreest (een averechts effect van loon-naar-leeftijd), flexibel is het winkelpersoneel over het algemeen niet.

---

5 Michel Crozier, The bureaucratic phenomenon, Tavistock publications, Londen 1964, p. 54.
6 Crozier, The bureaucratic phenomenon, p. 206.
7 Crozier, The bureaucratic phenomenon, p. 71.

Een onderbouwing van deze twijfel leveren de resultaten van een onderzoek naar de nieuwe werknemer, omschreven als een vertegenwoordiger van een nieuwe groep op de arbeidsmarkt (herintredende vrouwen, allochtonen, minder-validen) of als een sterk individualistische, calculerende en onafhankelijke medewerker.[8] Zowel managers als medewerkers kennen de nieuwe werknemer wel uit de media, maar niet uit de eigen organisatie. De onderzoekers menen dat een ontwikkeling in de richting van de nieuwe werknemer wel kan worden waargenomen. Zij baseren die stelling op de wensen van werknemers, want dat is wat zij onderzochten. De toename van het aantal tweeverdieners, het willen combineren van werk en privé en de ontkoppeling van arbeids- en bedrijfstijden zijn dan factoren die een toename van 'nieuwe werknemers' doen vermoeden.

Kijken wij naar een reeds doorgevoerde flexibilisering dan blijkt deze in ieder geval voor werkgevers gunstig te zijn. De eerder vaste leeftijdsgrens van 65 jaar voor beëindiging van deelname aan het arbeidsproces is, als gevolg van gebruik van werkloosheidsregelingen, WAO en 'vrijwillig' vervroegde uittreding, als ijkpunt niet meer wat ze geweest is. We mogen er daarbij vanuit gaan dat de werkgever voor een groter deel dan de werknemer bepaalt wanneer de laatste 'met pensioen' gaat.[9] Dit is een voorbeeld van het wegvallen van een beschermende leeftijdsgrens waardoor de oorspronkelijke machtsverhouding tussen werknemer en werkgever herleeft.

4 Averechtse effecten

Of de feitelijke werkelijkheid is veranderd is voor de beantwoording van de vraag of leeftijdsgrenzen nog te rechtvaardigen zijn dus niet van doorslaggevend belang. Het is wel van indirect belang voor wie zich reeds een mening gevormd heeft en deze wil beargumenteren. Een duidelijk verband met de feiten geeft een beeld van de werkelijkheid meer kans van slagen, en wie een bepaald beeld van de werkelijkheid ingang kan doen vinden is al een eind op weg naar een daarmee overeenstemmende classificatie. Voor wie nog niet besloten is en zich nog afvraagt of leeftijdsgrenzen nog gerechtvaardigd zijn, zijn allereerst de redenen voor deze leeftijdsgrenzen interessant. Kunnen deze redenen de leeftijdsgrenzen (nog) rechtvaardigen, en kunnen eventuele redenen voor het afschaffen van leeftijdsgrenzen dat afschaffen rechtvaardigen?

Het willen beschermen van al te jonge aspirant-werknemers lijkt mij in 1996 nog een even sterk argument als in 1946 om hun de toegang tot de arbeidsmarkt voorlopig nog te ontzeggen. Hun fysieke gezondheid is misschien vooruitgegaan,

---

8 A.W. de Korte en J.F. Bolweg, De nieuwe werknemer?!, Een verkenning naar veranderingen in werknemerswensen en de managementconsequenties daarvan, Van Gorcum, Assen 1994.

9 Anne-Marie Guillemard en Herman van Gunsteren, 'Pathways and their prospects: a comparative interpretation of the meaning of early exit', in: Martin Kohli e.a. (red.), Time for retirement, Comparative studies of early exit from the labor force, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp. 362-387.

maar jongeren tussen de 6 en 24 jaar lijden massaal onder stress, zo is recent duidelijk geworden. Ze moeten van alles, en weliswaar vinden zij zelf ook dat hun opleiding op de eerste plaats komt, maar het kan waarschijnlijk geen kwaad om ze een beetje te helpen door de mogelijkheid van betaalde arbeid nog even uit te sluiten of te beperken.

De redenen voor de beperkte toegang tot de arbeidsmarkt van 'ouderen' door leeftijdsgrenzen bij werving en selectie hebben, ik sprak deze twijfel hierboven al uit, vermoedelijk niet zo heel veel te maken met feitelijke groepskenmerken. Een werkgever hanteert niet een leeftijdsgrens van 25 jaar voor bijvoorbeeld een verkoper omdat een 'ouder iemand' het werk niet aan zou kunnen. De belangrijkste reden lijkt mij hier niet een feitelijke maar een normatieve basis te hebben, en wel het idee dat wie ouder is meer zou moeten verdienen. Hier raken de twee classificaties elkaar en gaan een sluitend systeem vormen. Dè reden voor deze leeftijdsgrenzen bij de toegang tot de arbeid zijn precies de leeftijdsgrenzen die worden gehanteerd bij de beloning. Dat maakt het moeilijk te verteren dat de redenen voor loon-naar-leeftijd zo vaag en weinig overtuigend zijn.

Voor zover het ooit zo is geweest dat het behoeftenpatroon van werknemers voortdurend lineair toenam is dat nu niet meer zo. Meer werkervaring, in hetzelfde of ander werk, heeft nooit per se tot betere prestaties geleid, en naarmate meer werknemers van baan wisselen of de betaalde arbeid wel eens onderbreken wordt het verband tussen leeftijd en ervaring alleen maar geringer. Beloning voor trouwe dienst is een mooie gedachte, maar een 'oudere' werknemer heeft er niet altijd meer dienstjaren opzitten. En niet alleen zijn de argumenten voor loon-naar-leeftijd zwak, er zijn ook nog eens sterke argumenten om deze indeling af te schaffen.

Loon-naar-leeftijd is een illustratief voorbeeld van classificatie die beschermt èn beperkt. Vaste regels en indelingen beschermen tegen willekeur van bovengeschikten, maar dit weten-waar-je-aan-toe-bent betekent evenzeer: weten wat allemaal níet mogelijk is. De werknemers 'are delivered not only from fear, but also from hope'.[10] Wie werk heeft weet dat hij met het klimmen der jaren meer zal gaan verdienen, maar ook dat het steeds moeilijker zal worden om eventueel ander werk te vinden, en wie geen werk heeft wordt naarmate hij ouder is steeds duurder voor werkgevers en dus minder aantrekkelijk. Dat is een hoge prijs om te betalen voor de beperkte zekerheid die leeftijdsgrenzen bij loondifferentiatie bieden.

Deze argumentatie kan worden versterkt door aan te knopen bij het enige feitelijke kenmerk van werknemers dat overeind gebleven is: zij zijn nog steeds economisch afhankelijk van de werkgever. Uit deze omstandigheid kan worden afgeleid dat 'loonafhankelijken' (en anders dan vijftig jaar geleden zijn wij dat tegenwoordig zo ongeveer allemaal) bij hun pogingen om middels inkomen uit arbeid in hun bestaan te voorzien niet gehinderd zouden moeten worden door leeftijdscriteria die er niet toe doen.

---

10 Crozier, The bureaucratic phenomenon, p. 139.

Van onmondige arbeider tot calculerende burger

Het mensbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht 1946-1996

G.J.J. Heerma van Voss

1 Inleiding

Het terrein van de arbeidsomstandigheden, waartoe in het algemeen ook dat van de arbeidstijden wordt gerekend, vormt bij uitstek een voorbeeld van een gebied waar de wetgever anno 1996 uitgaat van een ander mensbeeld, dan het geval was in 1946, het jaar waarin de Vereniging voor Arbeidsrecht werd opgericht. Dat blijkt al uit de naamgeving van het rechtsgebied: wat toen nog 'arbeidsbeschermingsrecht' werd genoemd, heet nu 'arbeidsomstandighedenrecht'. Zelfregulering door werkgevers en werknemers staat op dit terrein in toenemende mate voorop, de overheid treedt terug uit zijn rol als beschermer van de 'onmondige arbeider'. In deze bijdrage wordt de vraag behandeld op welke wijze deze ontwikkeling vorm heeft gekregen en hoe dit moet worden beoordeeld.

2 Het mensbeeld in het arbeidsrecht

Wat bedoelen we, wanneer we spreken over een 'mensbeeld'? Van Dale definieert het als 'beeld, voorstelling van de mens als zodanig'.[1] Het gaat er dus in ons geval om, welk beeld de wetgever heeft van de mensen op wie een op te stellen wet betrekking heeft. Maar daarmee zijn we er nog niet. Volgens Kwant, die kans ziet een heel boek over het mensbeeld te schrijven zonder het begrip te definiëren, ligt het mensbeeld tussen de visuele voorstelling en het verstandelijke idee of begrip in.[2] Broekman, die vanuit een antropologisch gezichtspunt heeft geschreven over

1 G. Geerts/H. Heestermans e.a., Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse taal, twaalfde druk, Utrecht/Antwerpen 1992, p. 1805.

2 R.C. Kwant, Mensbeeld als referentiekader, Amersfoort/Leuven 1986, p. 9.

het mensbeeld van het recht, wijst er op dat door elke uitspraak die een jurist doet, een mensbeeld wordt bevestigd, in stand gehouden en nader geprofileerd. Het merkwaardige van dit feit acht hij dat het als vanzelfsprekend aanvaard en dus niet ter discussie wordt gesteld. Om in deze samenleving tot zijn recht te komen moet een burger zich in dat recht thuis voelen. Nu tegenwoordig velen het door het recht geschapen mensbeeld niet meer als vanzelfsprekende levensvorm kunnen aanvaarden, dient dit 'verborgen discours' in de openbaarheid te worden gebracht, om uiteindelijk de grondvraag te beantwoorden of wij het door het recht veronderstelde mensbeeld nog wel willen.[3]

In het algemeen is de aandacht voor het mensbeeld in het arbeidsrecht tot dusverre beperkt geweest. Wellicht is de oorzaak hiervan dat de term 'mensbeeld' lijkt te duiden op een *psychologische* benadering, terwijl het arbeidsrecht zich vooral richt op de *economische* positie van partijen. Een werknemer behoeft niet zozeer bescherming tegenover de werkgever omdat hij niet in staat zou zijn om zijn wil goed te bepalen, maar omdat de werkgever zijn andersluidende wil kan doorzetten, gezien de afhankelijke positie van de werknemer. Het arbeidsrecht zet zich af tegen het voluntaristische mensbeeld van het klassieke burgerlijk recht. Het civielrechtelijke leerstuk van de wilsovereenstemming moest worden bijgesteld als gevolg van de ontwikkeling van het arbeidsrecht. Zo wordt de werknemer bij ontslagneming beschermd, niet alleen als hij in een emotionele bui handelt of onvoldoende op de hoogte is van zijn rechtspositie, maar ook indien hij onder te zware druk wordt gezet door de werkgever. Ook de bepaling dat een concurrentiebeding slechts schriftelijk door een meerderjarige arbeider kan worden aangegaan, duidt op een onderliggend mensbeeld dat de arbeider hier zonder deze waarborgen niet in staat wordt geacht om zijn belangen goed te kunnen waarderen.

In de eerste fase van wetenschappelijke beoefening van het arbeidsrecht speelden vraagstukken van levensbeschouwing en ideologie een relatief belangrijker rol dan thans. Zo behandelt Molenaar in zijn handboek over het arbeidsrecht uit de jaren vijftig nog de socialistische, rooms-katholieke en liberale visies op het arbeidsrecht. Vervolgens geeft hij de opvattingen weer van 'de meest vooraanstaande geleerden op arbeidsrechtelijk gebied', waartoe hij (per stroming) rekent Levenbach, F. en J. van der Ven, resp. Van Esveld. Ook zijn eigen daaropvolgende opvatting is liberaal, de beschrijvingen van andere visies zijn daardoor ook duidelijk gekleurd.[4]

Na die tijd heeft het arbeidsrecht zich zozeer ontwikkeld tot een gevestigd deel van het recht, dat de arbeidsrechtwetenschap minder rechtstreeks door ideologische uitgangspunten wordt bepaald (al spelen deze op de achtergrond natuurlijk nog steeds

---

3 J.M. Broekman, Mens en mensbeeld van ons recht, over recht en antropologie, deel 1: Antropologie, Leuven 1979, pp. 4-8.

4 A.N. Molenaar, Arbeidsrecht, Eerste deel, Algemeen gedeelte, Zwolle 1953, pp. 325-374. Opvallend is het ontbreken van een protestants-christelijke visie in dit rijtje, in die tijd toch belangrijk gezien de rol van het CNV. Evenmin wordt de VU-hoogleraar De Gaay Fortman genoemd als een vooraanstaand geleerde op arbeidsrechtelijk gebied. Dit wordt ook niet verantwoord. Kennelijk achtte Molenaar deze visie minder belangwekkend of had hij een blinde vlek op dit punt.

een rol) en een zakelijker, meer juridisch-technisch karakter heeft gekregen. Daarmee is echter ook de belangstelling voor het achterliggende mensbeeld (dat immers nauw samenhangt met het gehuldigde maatschappijbeeld) wat op de achtergrond geraakt, hoewel het daar wel degelijk een rol speelt.[5]

3 De arbeidsomstandighedenwetgeving in 1946

In 1946 waren in Nederland publiekrechtelijk de werktijden met name geregeld in de Arbeidswet 1919 en de veiligheid in de Veiligheidswet van 1934. De werktijden werden civielrechtelijk verder beheerst door cao's, arbeidsreglementen en individuele arbeidsovereenkomsten. Schadevergoeding bij bedrijfsongevallen kon worden gevorderd op grond van de civielrechtelijke titel over de individuele arbeidsovereenkomst, art. 1638x BW. De Ongevallenwet[6] eiste echter tot 1967 voor toekenning van een uitkering dat afstand werd gedaan van civiele vorderingen, het zogeheten 'pacificatie-artikel', waardoor deze vorderingen zelden werden ingesteld.[7]

De publiekrechtelijke wetgeving was op gang gekomen tegen het einde van de negentiende eeuw, toen de opkomst van grootschalige industriële produktieprocessen onder het tot dan toe vrij ongeremde liberalisme had geleid tot erbarmelijke toestanden onder de arbeiders.[8] Eerst werd in 1874 de kinderarbeid tot 12 jaar verboden.[9] Interessant is dat deze Kinderwet een initiatief was van het kamerlid Van Houten, die nota bene liberaal was.[10] Als gevolg van de parlementaire enquête naar de toestanden in fabrieken en werkplaatsen van 1886-1887 werden de arbeidstijden van jongeren tot 16 jaar en van vrouwelijke arbeiders beperkt in de Arbeidswet 1889.[11] De wetgever had van de mannelijke volwassen arbeider het mensbeeld dat deze voldoende voor zichzelf op zou kunnen komen. De vrouwelijke en minderjarige arbeiders werden daarentegen geacht minder zwaar belast te kunnen worden en ook minder zelfstandig hun belangen te kunnen behartigen. Niet voor niets werden zij wel aangeduid als 'personae miserabiles'. Pas in de Veiligheidswet van 1895 verschoof dit mensbeeld dusdanig dat nu ook de mannelijke volwassen arbeider ten aanzien van de veiligheid in bepaalde fabrieken en werkplaatsen geacht werd bescherming nodig te hebben.[12]

---

5 Zie voor een uitzondering E.P. de Jong, Het mensbeeld in het sociaal recht, SMA 1988, pp. 88-107, die ook verwijst naar publikaties van J.J.M. van der Ven.

6 Zie voor de wat betreft het mensbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht ook interessante ontwikkeling van schuld naar risico-aansprakelijkheid, R.J.S. Schwitters, De risico's van de arbeid, Het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in historisch perspectief, diss. RU Utrecht, Groningen 1991.

7 Ongevallenwet van 2 januari 1901, Stb. 1.

8 Voor de volgende beschouwingen is mede gebruik gemaakt van A.N. Molenaar, Arbeidsrecht, Eerste deel Algemeen Gedeelte, Zwolle 1953, hoofdstuk III en IV; A.N. Molenaar, Arbeidsrecht, Tweede deel B Het Geldende recht (voortzetting), Zwolle 1958, hoofdstuk IV, en M.G. Levenbach, Nederlands Bestuursrecht, deel II, Afdeling I, Arbeid, Alphen aan den Rijn 1964, hoofdstuk I.

9 Wet van 19 september 1874, Stb. 130.

10 Zie over de diverse mogelijke motieven hierbij J. Mannoury, Honderd jaar na de Kinderwet van 1874, SMA 1974, pp. 353-369.

11 Wet van 5 mei 1889, Stb. 48.

12 Wet van 20 juli 1895, Stb. 137. Zie ook de Phosphorluciferswet van 28 mei 1901, Stb. 133.

In de kamerdebatten over deze wet werd de omslag gemarkeerd door de opmerking in het Voorlopig Verslag van enkele kamerleden dat het 'een uiting van ziekelijke philantropie is de volwassen mannelijke arbeiders te willen behoeden voor de gevaren, die hun arbeid noodzakelijk met zich brengt' en dat dergelijke maatregelen 'te kort doen aan de vrijheid van de arbeid, waarbij ten slotte de werklieden evenveel belang hebben als de industriëlen'. Volgens deze leden zou verreweg het grootste gedeelte van de ongelukken voortspruiten uit roekeloosheid en zorgeloosheid van de arbeiders.[13] Opvallend is dat de materie in een aparte wet werd geregeld, juist om te voorkomen dat deze als een begin zou kunnen worden gezien van een bemoeienis van de overheid met de arbeidsduur van volwassen mannen. Deze verdeling over twee wetten wordt bij de actuele herziening van de wetgeving nog steeds in stand gehouden, hoewel daarvoor thans een goede grond ontbreekt.[14]

Op het punt van de werktijden werd eerst de bescherming van de vrouwen en jonge mannen verder opgevoerd.[15] Tot 1919 kreeg de mannelijke volwassen arbeider slechts geleidelijk enige bescherming in wetten betreffende de veiligheid in enkele bijzondere sectoren.[16] Algemeen toepasselijk werd deze bescherming wat betreft de arbeidstijden pas in de Arbeidswet van 1919, met de invoering van de wettelijke achturige werkdag.[17] Bij de ontwikkeling van het mensbeeld achter de werktijdenwetgeving past dat de arbeiders boven een bepaald inkomen en in leidinggevende functies geacht werden wèl voldoende hun eigen belangen te kunnen behartigen en derhalve minder bescherming kregen.

De doelstelling van de Arbeidswet 1919 was overigens niet alleen de bescherming van de gezondheid van de arbeider, maar ook het scheppen van vrije tijd om de arbeider in de gelegenheid te stellen zich te wijden aan gezin en maatschappelijk leven. Het beeld dat de vrouwelijke arbeider meer bescherming behoefde dan de mannelijke bleef leven. Nachtarbeid bleef voor vrouwelijke arbeiders wel en voor mannelijke arbeiders niet verboden.

Voor zover de arbeider geacht werd bescherming nodig te hebben, werd deze in de genoemde wetgeving inhoud gegeven door een uitgebreide regeling door de overheid van de rechtspositie in de wet. De wet werd per sector geleidelijk en vaak moeizaam ingevoerd, waarbij de regeling tot in detail werd uitgewerkt in AMvB's,

---

13 Bijlage bij Handelingen TK 1894-1895, nr. 15, p. 2, geciteerd bij A.J.C.M. Geers, Recht en humanisering van de arbeid, diss. RU Limburg, Deventer 1988, pp. 44-45.

14 De argumenten, gegeven in SER, Advies Herziening Arbeidswet 1919, nr. 92/05, 's-Gravenhage 1992, p. 19 (complicaties voor de beleidsvoering door de werkgever en bij door de Arbeidsinspectie te hanteren instrumenten) kunnen moeilijk als dragend worden beschouwd.

15 Arbeidswet van 7 oktober 1911, Stb. 314, mede ter uitvoering van de Conventie van Bern inzake beperking van nachtarbeid van vrouwen in de industrie, zie Wet van 11 juli 1908, Stb. 225.

16 De Mijnwet van 1903 (Wet van 27 april 1904, Stb. 73) met het Mijnreglement (22 september 1906, Stb. 248), de Caissonwet (22 mei 1905, Stb. 143), de Steenhouwerswet (7 oktober 1911, Stb. 315) en de Stuwadoorswet (16 oktober 1914, Stb. 486).

17 Wet van 1 november 1919, Stb. 624; in verband met de teruglopende conjunctuur werd de maximale duur van de werkdag weer teruggebracht tot 8,5 uur bij wet van 20 mei 1922, Stb. 364. Vgl. Lex Heerma van Voss, De doodsklok voor den goeden ouden tijd, De achturendag in de jaren twintig, Amsterdam 1994.

de Werktijdenbesluiten.[18] De Veiligheidswet van 1934[19] had dezelfde opzet, waarbij de uitwerking plaatsvond in Veiligheidsbesluiten.[20] Deze wet had een ruimere werkingssfeer dan haar voorgangster. Zij omvatte nu ook de landbouwsector.[21]

Wat betreft het toezicht op de naleving voorzag de Kinderwet-van Houten wel in een strafsanctie, maar niet in specifieke controle. Mede op basis van de resultaten van de genoemde parlementaire enquête en onderzoeken werd dit in de latere wetgeving anders: vanaf 1889 bestond er een Arbeidsinspectie, die de naleving van de genoemde wetten in de fabrieken en werkplaatsen moest controleren en zo nodig proces-verbaal mocht opmaken, dat kon dienen bij een eventuele strafvervolging.[22] De Arbeidswet 1919 gaf de Arbeidsinspectie de bevoegdheid om overwerkvergunningen te verstrekken, waarmee zij een belangrijke greep kon houden op de werktijden van ondernemingen.

In de eerste jaren na 1946 was het mensbeeld dat de wetgever voor de oorlog had gehuldigd niet wezenlijk veranderd. Getracht werd de wetten te 'vervolmaken' door hun werkingssfeer tot de resterende sectoren uit te breiden en werktijdenbesluiten te moderniseren.[23]

---

18 Achtereenvolgens gebeurde dat voor fabrieken en werkplaatsen en voor broodbakkerijen (tegelijk met de invoering van de wet in 1920), voor jeugdige werknemers in kantoren (1922), voor verplegingsinrichtingen (1929), wat betreft de wekelijkse rustdag voor transport te land en toonkunstenaars in bioscopen (1930), voor winkels (1932, tegelijk met de Winkelsluitingswet), apotheken (1933), voor volwassenen in kantoren (1937) en in beperkte mate voor de horeca (1938). In 1936 werd het Werktijdenbesluit voor fabrieken en werkplaatsen herzien. In 1939 werden de arbeidstijden in de Stuwadoorswet aangepast aan de normen van de Arbeidswet 1919. In dit opstel blijven in de crisistijd overwogen maatregelen tot terugdringing van bepaalde vormen van vrouwenarbeid buiten beschouwing. Hoewel ook deze getuigen van een bepaald mensbeeld, hebben zij niet primair betrekking op de arbeidsomstandigheden. In 1941 werd nog een wekelijkse rustdag voor toonkunstenaars ingevoerd.

19 Wet van 2 juli 1934, Stb. 352.

20 Achtereenvolgens gebeurde dat voor fabrieken en werkplaatsen (1938), de landbouw (1950) en de binnenvaart (1963). Het Veiligheidsbesluit restgroepen kwam pas in 1990 onder de Arbowet tot stand. Specifieke onderwerpen werden geregeld in besluiten betreffende elektrotechnische veiligheid (1938), loodwit (1939), zandsteen (1951), ioniserende stralen (1963), zandstraal (1973), tankschepen (1974), propaansulton (1976), asbest (1977) en acetyleenontwikkelaars (1967).

21 Veiligheidswetgeving voor specifieke sectoren (met bijbehorende uitvoeringsbesluiten) kwam nog tot stand in de nieuwe Steenhouwerswet van 11 november 1921, Stb. 1167, de nieuwe Stuwadoorswet van 27 juli 1931, Stb. 331, de Huisarbeidswet van 17 november 1933, Stb. 597 en de Rijtijdenwet van 9 november 1936, Stb. 802 (mede met het oog op de verkeersveiligheid).

22 Zie J. van Drongelen, De ontwikkeling van de arbeidsinspectie in een veranderende wetgeving, diss. RU Limburg, Zoetermeer 1991.

23 Voor de werktijden gebeurde dit voor de landbouw en voor pakhuizen (1955), voor zweminrichtingen en restgroepen (1958). Voorts werden herziene besluiten vastgesteld voor de horeca (1949), voor de verpleging (1957), voor bioscopen (1958) en apotheken (1964). Recentelijk werden nog Werktijdenbesluiten ingevoerd voor verplegings- en verzorgingsinrichtingen en de jeugdhulpverlening, resp. geneeskundigen en verloskundigen (1992). De Winkelsluitingswet werd in 1951 vervangen door een nieuwe wet, die in 1959 en 1978 nog is gemoderniseerd. De Wet arbeid- en rusttijden zeescheepvaart regelde in 1973 de arbeidstijden op de koopvaardij. In 1978 werd het voor stuurhutpersoneel van burgervliegtuigen geregeld in de Luchtvaartwet. Ook de Spoorwegwet, de Loodsenwet en de Wet vaartijden en bemanningssterkte binnenvaart bevatten werk- en rusttijdregelingen.

4 Ontwikkeling van een nieuw mensbeeld

Het mensbeeld dat de onmondige arbeider bescherming behoeft van een sterke overheid, heeft na de oorlog geleidelijk aan kracht ingeboet, met name omdat de Nederlandse werknemers zich aanmerkelijk beter wisten te organiseren. Het reeds in de jaren twintig op gang gekomen stelsel van cao's werd na de oorlog dank zij de mogelijkheid van algemeen verbindend verklaren (ingevoerd in 1937) en het jarenlang gevoerde publiekrechtelijke loonbeleid krachtig ondersteund.[24] Vanaf de jaren zeventig kon het loonvormingsstelsel op eigen benen gaan staan en kon de vergaande overheidsbemoeienis - zij het niet zonder horten of stoten - worden teruggebracht. Het stelsel van cao's dekte intussen het overgrote deel van de Nederlandse arbeidsverhoudingen. De ontwikkeling van het stakingsrecht bracht een krachtig wapen tegen te grote macht van de werkgevers. Werknemers waren nu in staat om via hun vakbonden op gelijke voet met werkgevers te onderhandelen over redelijke arbeidsvoorwaarden.[25] Typerend voor deze ontwikkeling was dat in cao's de arbeidstijden na de oorlog geleidelijk werden teruggebracht van het wettelijke maximum van 8,5 uur per dag en 48 uur per week tot (in het algemeen) 8 uur per dag en 40 uur per week. Hierbij ging het in de eerste plaats om verlichting van de belasting van de werknemer. In de loop van de jaren tachtig werd in verband met de hoge werkloosheid de gemiddelde werkweek door arbeidstijdverkorting (ATV) nog teruggebracht tot 38 uur, meestal via zogenaamde roostervrije of 'ATV'-dagen, met als doel een betere verdeling van de werkgelegenheid. Vanaf de jaren zeventig is ook het aantal cao-bepalingen over de arbeidsomstandigheden beduidend toegenomen. Het in cao's ontwikkelde recht op vakantie werd in 1966 wettelijk geregeld.[26] Dit gebeurde echter niet, zoals in andere landen, in de publiekrechtelijke arbeidsbeschermende wetgeving, maar in het Burgerlijk Wetboek, zodat dit door betrokkenen zelf moet worden gehandhaafd.

Binnen de onderneming heeft het stelsel van ondernemingsraden zich geleidelijk ontwikkeld vanaf de eerste particuliere initiatieven rond de eeuwwisseling via de wettelijke verplichtstelling in de Wet op de Ondernemingsraden van 1950.[27] De positie van de ondernemingsraad (or) werd sterk verbeterd in de nieuwe WOR van 1971[28] en nog verder bij de wijziging van deze wet in 1979.[29] Dankzij het toen versterkte beroepsrecht heeft de werknemersvertegenwoordiging aan kracht gewonnen en is zij beter in staat gesteld om serieuze invloed te verkrijgen in de interne gang van zaken in de onderneming. In 1971 kreeg de OR instemmingsrecht met regelingen

---

24 W.J.P.M. Fase, Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, Terugblik en perspectief, diss. Tilburg, Alphen aan den Rijn 1980; T. van Peijpe, De ontwikkeling van het loonvormingsrecht, diss. Universiteit van Amsterdam, Nijmegen 1985.

25 A.T.J.M. Jacobs, Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief, diss. Tilburg, Alphen aan den Rijn 1986.

26 Wet van 14 juli 1966, Stb. 290. De duur van het vakantierecht werd bij Wet van 9 juni 1971, Stb. 379 verlengd van twee tot drie weken, bij Wet van 9 juni 1988, Stb. 281 tot vier weken.

27 Wet van 4 mei 1950, Stb. K 174.

28 Wet van 2 januari 1971, Stb. 54.

29 Wet van 5 juli 1979, Stb. 448.

op het gebied van de werktijden en de arbeidsomstandigheden. Qua mensbeeld vormt de WOR een 'uitnodiging' aan de werknemers om zich mondig en zelfbewust op te stellen binnen de onderneming.[30] Het idee van 'volwassenheid' komt ook tot uitdrukking in de recente ontwikkeling van de ondernemingsraad tot 'onderhandelingspartner van de ondernemer',[31] bevestigd in voorstellen om afspraken tussen ondernemer en OR een duidelijker wettelijke status te geven.[32]

De mogelijkheid voor werknemers om door middel van de vertegenwoordiging via de vakbond en OR op meer gelijke voet met werkgevers te onderhandelen, bood de overheid de kans om haar vergaande bemoeienis met de arbeidsomstandigheden te reduceren.

Een belangrijk keerpunt vormde de invoering van de Arbeidsomstandighedenwet van 1980 (Arbowet).[33] Deze wet brak met het systeem van de voordien geldende Veiligheidswet 1934. De werknemer kreeg als zodanig een plaats als betrokken partij bij de handhaving van de arbeidsomstandigheden in het bedrijf. Werkgevers en werknemers kregen de uitdrukkelijke opdracht om op dit gebied samen te werken. Vooral de OR moest zich namens de werknemers bezig houden met het door de werkgever te ontwikkelen arbeidsomstandighedenbeleid.[34] Hier was dus bij uitstek sprake van een nieuw mensbeeld: de arbeider is mondig, kan dat althans zijn via gekozen organen, waarvan de leden voorzien zijn van voldoende rechtsbescherming. Ook het mensbeeld van de werkgever veranderde: van iemand die de arbeider vooral als produktiefactor beschouwt en slechts veiligheidsmaatregelen neemt indien de overheid hem daartoe dwingt, tot iemand die zelf een *beleid* voert, gericht op goede arbeidsomstandigheden.[35] Bovendien werd de werkgever verplicht zich te voorzien van de deskundigheid van gezondheids- en veiligheidskundigen.[36] Dezen vormden weer een belangrijke ondersteuning voor het OR-werk. Het beeld van 'volwassen' werknemers komt ook fraai tot uitdrukking in artikel 38 van de Arbowet, dat hun

---

30 Grat van den Heuvel, Industrieel burgerschap als uitnodiging, diss. RU Utrecht, Deventer 1983.

31 Themanummer over de Wet op de Ondernemingsraden, SMA 1991, p. 689.

32 P.F. van der Heijden, De ondernemingsovereenkomst, NJB 1994, p. 765; zie ook de notitie met betrekking tot de herziening van de WOR van minister Melkert, TK 1994-1995, 24 132, nr. 1, pp. 20-21.

33 Wet van 8 november 1980, Stb. 664. De Wet verving de Veiligheidswet 1934, de Silicosewet, de Wet op werken onder overdruk en de Stuwadoorswet, met uitzondering van de bepalingen over arbeidstijden. Zij werd ook van toepassing op de overheid.

34 De Arbowet voorzag in art. 15 ook in speciale Arbocommissies voor dit doel. Dit deel van de wet werd echter nooit ingevoerd. Sinds 1981 was reeds volgens de WOR een OR verplicht vanaf 35 werknemers. In de praktijk droegen vele ondernemingsraden hun taken op dit punt over aan een OR-commissie als bedoeld in art. 15 WOR.

35 Voorlopers vormden de Silicosewet van 2 april 1951, Stb. 134 en de Wet Gevaarlijke Werktuigen van 5 maart 1952, Stb. 104, die voor het eerst een preventief beleid voorschreven. In 1977 werd in de Veiligheidswet 1934 de werkgever verplicht een veiligheidsrapport op te stellen, Wet van 23 november 1977, Stb. 689.

36 Voorloper daarvan vormt de in 1959 in de Veiligheidswet 1934 geïntroduceerde verplichting voor grote ondernemingen om een bedrijfsgeneeskundige dienst in stellen of zich bij een gezamenlijke dienst aan te sluiten, Wet van 19 februari 1959, Stb. 56.

de mogelijkheid biedt om bij onmiddellijk dreigend ernstig gevaar het werk op eigen gezag te onderbreken totdat de Arbeidsinspectie het gevaar heeft kunnen beoordelen, zonder dat de werknemer het risico loopt van ontslag of inhouding van loon. Voor zover de wet alleen de OR rechten biedt, kan de individuele werknemer overigens op basis van de bepaling over goed werkgeverschap in het BW zelf ook een schending van de arbeidsomstandigheden aanvechten.[37] De Arbeidsinspectie kreeg de rol van toezichthouder op afstand, meer als adviseur van partijen dan als controlerende instantie. Ingeval werknemers en werkgevers het in de onderneming niet eens werden, stimuleerde de Arbowet werknemers om zich zonodig collectief tot de Arbeidsinspectie te wenden met een verzoek om wetstoepassing. De Arbeidsinspectie moet verder de namen geheim houden van individuele werknemers die zich met een klacht tot haar richten.

De Arbowet heeft volgens de considerans mede als doelstelling 'de bevordering van menswaardige arbeid'. Hiertoe werd het nieuwe begrip 'welzijn in verband met de arbeid' geïntroduceerd, hetgeen de Memorie van Toelichting als volgt motiveerde: 'dat behalve aan economische welvaart in toenemende mate belang wordt gehecht aan het zich welbevinden van de werkende mens met betrekking tot zijn werk. Het zich welbevinden bij het werk moet geplaatst worden binnen het kader van het tijdsbestek en zal dan ook in overeenstemming moeten zijn met de heersende opvattingen onder de werknemers over de beleving van hun arbeid'.[38] In het humanistische mensbeeld van de jaren zeventig, dat hier duidelijk doorklinkt, is de werknemer dus niet meer alleen een 'homo economicus'. Zijn welbevinden wordt bovendien niet uitsluitend objectief 'gemeten', maar mede bepaald door de opvattingen van de werknemers zelf![39] Humanisering van de arbeid werd een nieuwe filosofie in het arbeidsrecht, die volgens Minister Boersma van Sociale Zaken niet alleen van toepassing was op de veiligheidswetgeving, maar ook op andere terreinen van de arbeidsbescherming.

Na de Arbeidsomstandighedenwet was dan ook de regeling van de arbeidstijden aan de beurt. De regering bracht in 1984 een discussienota uit over de herziening van de Arbeidswet 1919, welke nauw aansloot bij de Arbeidsomstandighedenwet. Hoofddoelstelling was het mogelijk maken van flexibilisering van de arbeidstijden in ondernemingen.[40] Zo was in het kader van de arbeidstijdverkorting hinderlijk gebleken, dat het zonder vergunning van de Arbeidsinspectie niet mogelijk was een vierdaagse werkweek van 9 uur per dag in te voeren. De concurrentiestrijd in de economisch moeilijke jaren tachtig bracht de regering ertoe om, zonder wettelijke grondslag, een algemene flexibilisering van het vergunnningenbeleid in te voeren.[41]

---

37 Vgl. A.J.C.M. Geers, Recht en humanisering van de arbeid, diss. RU Limburg. Deventer 1988.

38 TK 1976-1977, 14 497, nr. 3, p. 1.

39 Het door de werkgevers in dit opzicht meest gehate artikel 3 van de wet werd pas in de laatste invoeringsfase in 1990 van kracht.

40 Aansluitend bij de internationale tendens, vgl. R. Blanpain/E. Köhler (eds.), Legal and Contractual Limitations to Working-Time in the European Community Member-States, Deventer 1988.

41 TK 1987-1988, 19 993, nr. 5.

In 1995 kwam de Arbeidstijdenwet tot stand.[42] Ook in deze wet wordt veel meer aan partijen overgelaten.[43] Onderscheiden worden een standaard- en een collectieve regeling. De standaardregeling bevat de normen waar men in beginsel aan moet voldoen, bijvoorbeeld een maximale werkdag van 9 uur. Het is echter mogelijk langer te werken, indien een collectieve regeling (met vakbond of medezeggenschapsorgaan) hiertoe de mogelijkheid biedt, waarbij de maximale werkdag bijvoorbeeld tot 10 uur kan oplopen. De gedachte is dat de werknemersvertegenwoordigers slechts met een meer belastende regeling zullen instemmen, indien dit verantwoord is en eventueel door andere maatregelen wordt gecompenseerd. De regeling kan ook met de OR worden overeengekomen, in kleine ondernemingen met een personeelsvertegenwoordiging. Met name bij de vakbeweging leeft het beeld[44] dat de OR - en zeker een personeelsvertegenwoordiging in een kleine onderneming - niet in alle gevallen een even sterke onderhandelingspositie heeft. Bepaald is dan ook dat bij strijd tussen een collectieve regeling in de cao en één met de OR, de eerste voorgaat. Voorts is de mogelijkheid om met het medezeggenschapsorgaan een collectieve regeling te sluiten uitgesloten, in geval een cao van toepassing is, die niets over het desbetreffende cluster van onderwerpen regelt. De vakbonden omschrijven de rol van de cao in dit verband graag als die van een regisseur. Niet toevallig in verband met de terugtredende rol van de overheid is dat bij deze wet ook formeel de Arbeidsinspectie als afzonderlijke dienst na een ruim honderdjarig bestaan werd opgeheven. Zij was feitelijk reeds een jaar daarvoor geïntegreerd in een algemene 'Inspectiedienst SZW'. Het feit dat de nieuwe wet de nadruk meer legt op rusttijden dan op arbeidstijden vormt niet zozeer een teken van het feit dat onze 'arbeidscultuur' langzaam verandert in een 'vrijetijdscultuur'[45] (hoewel dit wel speelt), maar meer van het feit dat de overheid met deze wet flexibilisering van arbeidstijden wil bevorderen. Ook het bijbehorende Arbeidstijdenbesluit, dat nagenoeg alle sectoren omvat, heeft een eenvoudiger en globaler structuur dan de vroegere Werktijdenbesluiten.[46]

Het mensbeeld van de vrouwelijke arbeider maakte een soortgelijke omslag. De aanvankelijk verdergaande bescherming in allerlei opzichten, waaronder een verbod op nachtarbeid, is omgevormd tot een recht op gelijke behandeling, waarbij slechts een bijzondere regeling is voorzien voor de bescherming van de vrouw in verband

---

42 Wet van 23 november 1995, Stb. 598. De wet is op 1 januari 1996 in werking getreden en vervangt de Arbeidswet 1919, de Stuwadoorswet, de Rijtijdenwet 1936, De Wet arbeids- en rusttijden zeescheepvaart en de Wet van 13 juli 1951, Stb. 281 (wekelijkse rustdag voor toonkunstenaars).

43 Zie voor een overzicht A.J.C.M. Geers/G.J.J. Heerma van Voss, De overheid treedt terug: de nieuwe Arbeidstijdenwet, SR 1994, pp. 136-144 en het themanummer van SR 1994, nr. 9.

44 Bij een instituut als de ondernemingsraad kan men moeilijk spreken van een 'mensbeeld'. Toch ligt het voor de hand dat de wetgever ook van andere actoren dan individuen een bepaalde verwachting heeft over de rol die zal worden ingenomen.

45 Reeds gesignaleerd door J.J.M. van der Ven, Rechtssociologische aantekeningen bij de Arbeidswet 1919, SMA 1958, pp. 290-304, 302.

46 Besluit van 4 december 1995, Stb. 599. Over een ontwerp voor een apart Arbeidstijdenbesluit vervoer is op 11 juli 1995 advies gevraagd aan de Sociaal-Economische Raad. Zie ook het wetsvoorstel Winkeltijdenwet dat de toegestane openingstijden van winkels aanmerkelijk wil verruimen en waarover eind 1995 nog heftig werd gedebatteerd in de Tweede Kamer, TK 1994-1995, 24 226.

met zwangerschap en moederschap.[47] Het emancipatieproces heeft geleid tot een nieuwe verdeling van arbeids- en zorgtaken tussen mannen en vrouwen, reden waarom werknemers in toenemende mate behoefte hebben aan flexibiliteit in de arbeidstijden. De Arbeidstijdenwet beoogt, als gevolg van een uitbreiding van de doelstelling in de considerans en van de in art. 4:1 geregelde beleidsopdracht aan de werkgever gedurende de kamerbehandeling,[48] ook hieraan tegemoet te komen. Het is nu ook een wettelijke doelstelling van het arbeidsrecht dat de werknemer arbeid en zorgtaken kan combineren.[49]

De ontwikkeling van de arbeider als 'object' van bescherming tot zelfstandig drager van het recht op behoorlijke arbeidsomstandigheden is niet tot Nederland beperkt. In vele Europese landen kwamen medezeggenschapsbepalingen op dit gebied tot stand.[50] Ook in het internationaal recht is de ontwikkeling herkenbaar. Werd in de oudste regelgeving op dit gebied, de verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie, als regel nog uitgegaan van de arbeider als 'object' van zorg,[51] het recht op behoorlijke omstandigheden werd in modernere verdragen ook als sociaal grondrecht erkend (vgl. art. 3 ESH en art. 7 IVESCR). Sinds de invoering van de Arbowet is er ook een stroom aan EG-Richtlijnen tot stand gekomen op het gebied van de arbeidsomstandigheden, onder meer als gevolg van de sinds 1987 bestaande mogelijkheid dat de Raad hierover bij gekwalificeerde meerderheid kan besluiten (artikel 118a EG-Verdrag). Deze Richtlijnen sluiten ten dele aan bij het moderne mensbeeld van de Arbowet, waar zij bijvoorbeeld in medezeggenschap voorzien. Ten dele sluiten zij meer aan bij de oudere regelgeving, waar zij, soms zeer gedetailleerd, specifieke aspecten regelen.[52]

Inmiddels eisten economische problemen weer meer de aandacht op dan ten tijde van de totstandkoming van de Arbowet het geval was. De steeds stijgende kosten van het ziekteverzuim èn Europese regelgeving leidden in 1994 tot een aanpassing van de Arbowet, waarbij de verplichting voor de werkgever centraal stond om zich te voorzien van een deskundige Arbodienst.[53] Kosten van ziekteverzuim werden in toenemende mate weer direct voor rekening van werkgever en werknemer gebracht

47 In 1989 werd het verbod op nachtarbeid van vrouwen in de industrie afgeschaft ter uitvoering van EG-Richtlijn 76/207/EEG.

48 Zie de nota naar aanleiding van het Eindverslag en de Tweede nota van wijziging TK 1994-1995, 23 646, nr. 11, pp. 2 en 5-6, en nr. 12, pp. 1-2.

49 K. Wentholt, Arbeid en zorg, Amsterdam 1990.

50 J.K.M. Gevers, Zeggenschap van werknemers inzake gezondheid en veiligheid in bedrijven. De rechtsontwikkeling in de lidstaten van de Europese Gemeenschap, diss. Universiteit van Amsterdam Deventer 1982; E. Steyger, Medezeggenschap op ondernemingsniveau inzake veiligheids- en gezondheidsaangelegenheden in de Europese Gemeenschap, diss. RU Limburg, Deventer 1990.

51 Zie voor een overzicht van de IAO-verdragen waaraan Nederland op het gebied van de arbeidstijden is gebonden, TK 1993-1994, 23 646, nr. 3, p. 22.

52 Vgl. C.J. de Vos/H.G. de Gier, Europese en Nederlandse Arbo-regelgeving, Utrecht 1995; A.J.C.M. Geers/G.J.J. Heerma van Voss, Inleiding Europees arbeidsrecht, Deventer 1995, hoofdstuk 5.

53 Wet van 22 december 1993, Stb. 757; zie het themanummer over terugdringing van ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid, SR 1993, nr. 10/11.

door de praktisch volledige afschaffing van de Ziektewet[54] en bezuinigingen op de WAO.[55] Het mensbeeld dat hierbij voorop stond, lijkt veeleer te zijn, dat de werknemer zich - verwend door alle beschermende wetgeving en soms zelfs op instigatie van de werkgever - te gemakkelijk ziek meldt en slechts door prikkels ervan bewust zal worden dat dit geld kost. De werkgever op zijn beurt behoeft een prikkel om een preventief verzuimbeleid te voeren. De 'calculerende burger' is een in deze tijd veel gebruikt mensbeeld.

Dat het beeld van de homo economicus weer is teruggekeerd, blijkt ook uit het feit dat vrijwel vanaf de inwerkingtreding van de Arbowet diverse pogingen zijn gedaan om deze wet te dereguleren. De eerste poging van de commissie-Geelhoed begin jaren tachtig werd ontdaan van de meest ingrijpende onderdelen.[56] In het Integraal beleidsplan Arbeidsomstandigheden werd tien jaar later neergelegd dat de grens voor de verantwoordelijkheid van de overheid ligt bij de handhaving van 'basisnormen', waaronder normen worden verstaan die voortvloeien uit internationale verplichtingen en normen die een basisniveau van bescherming bieden tegen de belangrijkste arbeidsrisico's.[57] Daarop werd besloten tot 'opschoning' van de verschillende uitvoeringsbesluiten in een nieuw Arbobesluit.[58] 1200 bepalingen, verspreid over 38 besluiten worden teruggebracht tot 400 bepalingen in een nieuw, samenhangend besluit. 90% daarvan vloeit rechtstreeks voort uit EG-richtlijnen en IAO-verdragen.[59] Sinds 1994 is ook het 'paarse' kabinet - onder invloed van de euforie over de vrije markt na het einde van de koude oorlog - weer bezig met een operatie ter bevordering van de 'marktwerking', onder meer op het gebied van de arbeidsomstandigheden.[60]

5 Beoordeling van de huidige situatie

De wetgever van 1996 gaat uit van een veel mondiger werknemer dan die van 1946. Dat is gedeeltelijk winst. Het heeft voordelen dat werknemers via vakbonden en medezeggenschapsorganen zelf invloed kunnen uitoefenen op hun arbeidsomstandigheden. Zij zijn daardoor minder afhankelijk van de overheid, die bovendien haar

54 Zie de Wet Terugdringing Ziekteverzuim van 22 december 1993, Stb. 750 en het wetsvoorstel uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte, TK 1995-1996, 24 439.

55 Wet Terugdringing beroep op arbeidsongeschiktheidsregelingen van 7 juli 1993, Stb. 412; voor nieuwe voornemens W.J.P.M. Fase, De beoogde arbeidsongeschiktheidsverzekering van werknemers, SMA 1995, pp. 552-561.

56 Zie voor een beschrijving hiervan A.J.C.M. Geers, Recht en humanisering van de arbeid, diss. RU Limburg, Deventer 1988, pp. 105-111.

57 TK 1992-1993, 22 959, nr. 1.

58 Sinds de invoering van de Arbowet waren nog diverse specifieke besluiten tot stand gekomen in verband met de invoering in de overheidssectoren, alsmede de uitvoering van diverse EG-Richtlijnen.

59 Het voorstel voor dit besluit werd op 19 oktober 1995 naar het parlement gestuurd en zou halverwege 1996 van kracht moeten worden. Vgl. voor het ontwerp H. Rottier, Het ontwerp Arbeidsomstandighedenbesluit, van 38 regelingen naar 1 besluit, Deventer 1994 en Advies SER-Commissie Arbeidsomstandigheden, Ontwerp-Arbeidsomstandighedenbesluit delen I en II, nr. 95/31, 's-Gravenhage 1995.

60 Plan van Aanpak Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit van de ministers Wijers en Sorgdrager van 19 december 1994, TK 1994-1995, 24036, nr 1.

beschermende taak vanuit haar afstandelijke positie buiten de onderneming toch niet volledig kan realiseren. De gemiddelde werknemer zal heden ten dage door betere scholing inderdaad ook beter in staat zijn het eigen belang te overzien en zelf de nodige maatregelen te nemen tegen bovenmatige of ongezonde arbeid. Maar deze situatie draagt ook meer risico in zich. Juist de minst mondige werknemers, werkzaam bij de minder goed geleide ondernemingen, zijn in dit opzicht het meest kwetsbaar.

Wij bewegen ons door deze ontwikkeling in de richting van een risico-maatschappij, een samenleving die meer weg heeft van het Amerikaanse, dan van het 'Rijnlandse' model van arbeidsverhoudingen, zoals dat op het Europese continent en in Japan de afgelopen eeuw is ontwikkeld.[61] Dat Amerikaanse model (met minder wetgeving, overleg tussen sociale partners en algemene sociale voorzieningen) heeft als aantrekkingskracht dat werknemers zelf kunnen opkomen voor hun rechten, dat differentiatie mogelijk is en dat mondigheid wordt beloond.[62] De minder mondige werknemer (en daarmee de samenleving als geheel) betaalt daarvoor echter een hoge prijs. Voorkomen moet worden dat alleen de hoog opgeleide werknemer, met een sterke arbeidsmarktpositie in de moderne bedrijfstakken het mensbeeld bepaalt, terwijl de minder geschoolde arbeider, vaak werkzaam in een flexibele arbeidsrelatie, wordt vergeten.[63]

Gelukkig is de tendens in werkelijkheid niet alleen verontrustend. Het Rijnlandse model is tegenwoordig verankerd in de regelgeving van de Europese Unie, die niet snel zal worden teruggedraaid.[64]

De dereguleringsactiviteiten hebben zich tot nu toe met name gericht op het schrappen van oudere en overbodige bepalingen. Zo worden in het nieuwe Arbobesluit zaken als petroleumverlichting, het bezembinden, het verwerken van zeegras in dekens en het zwingelen van hennep niet meer geregeld. Substantieel zijn de rechten van werknemers op het gebied van de arbeidsomstandigheden (nog) niet afgebroken. Ook het recente ambtelijke rapport 'Maatwerk in bescherming', dat de basis moet vormen voor een afslanking van de Arbowet, doet dat niet.[65]

---

61 Michel Albert, Kapitalisme tegen kapitalisme, Amsterdam 1992.

62 Vgl. A.A.G. Peters, Recht als project, Ars Aequi 1979, p. 881.

63 Eenvoudige oplossingen zoals scheiding van het recht voor 'hoofd-' en 'handarbeiders' bieden daarvoor geen oplossing. Dit is bij ons hier en daar en in het buitenland op grotere schaal wel doorgevoerd, maar maakt het recht vooral onduidelijk en willekeurig. Ook een inkomensgrens, zoals in de Arbeidswet en die ook weer voorkomt in het nieuwe Arbeidstijdenbesluit, is te rigide. Ik deel dan ook niet de mening dat een opleidings- en/of inkomensgrens zou moeten worden ingevoerd voor de werkingssfeer van arbeidsrechtelijke regelingen in het algemeen, maar meen dat deze beperkt dienen te worden tot specifieke uitzonderingen. Anders: A.T.J.M. Jacobs, De arbeidsovereenkomst in het NBW, NJB 1994, pp. 1035-1044, 1041-1042.

64 Ook op Europees niveau is overigens sprake van het 'opschonen' van dergelijke bepalingen, zie bijv., hoofdstuk X, paragraaf 14 van het witboek Europees Sociaal Beleid- Toekomstige Acties voor de Unie, COM(94) 333 def.

65 Zie hierover het interview met staatssecretaris Robin Linschoten onder de kop 'De overheid zal niet terugtreden', OR-informatie van 15 november 1995, pp. 20-23.

Wel zien we een geleidelijke tendens om te komen tot minder gedetailleerde regels. In het Arbobesluit zullen bijvoorbeeld de bepalingen vervallen over de afmetingen van kledingbergplaatsen, trappen, ladders, leuningen en bedden die tot in centimeters waren geregeld.

De normstelling verandert van karakter, een tendens die geldt voor het gehele arbeidsrecht. Naarmate meer variatie en flexibiliteit wordt ingevoerd op ondernemingsniveau kan de wetgever niet alles meer centraal overzien. Hiermee hangt een ander type regel samen. De wettelijke bepaling regelt niet meer in detail de gewenste uitkomst, maar wel de beginselen die het uitgangspunt vormen bij te nemen beslissingen. Artikel 3 van de Arbowet, dat de algemene verplichtingen van de werkgever regelt, onder andere op het gebied van het welzijn, wordt in dit verband ten onrechte vaak aangeduid als 'te vaag'. Uit een dergelijk verwijt blijkt onvoldoende besef van het juist moderne karakter van deze bepaling. Zij sluit aan bij het huidige mensbeeld, waarbij werkgever en werknemers de term binnen de onderneming nader invullen. Zonodig kan ook de individuele werknemer zich er op beroepen.[66] Juist bij de bestrijding van nieuwe gezondheidsrisico's, zoals stress en werkdruk, bestaan minder harde criteria die in regelgeving kunnen worden neergelegd. Belangrijker is dan dat er procedures open staan, waarlangs werkgever en werknemers deze problemen aan kunnen pakken.[67]

Dat de wetgever meer met beginselbepalingen werkt, die nadere uitwerking in de onderneming behoeven, betekent overigens niet dat aan concrete normen geen behoefte meer bestaat. Tal van concrete normen over het gebruik van gevaarlijke stoffen, geluidsoverlast e.d. zullen op het technische gebied van de arbeidsomstandigheden ook in de toekomst nodig zijn. In toenemende mate worden bij de vaststelling van normen en het houden van toezicht in de vorm van certificering ook wetenschappelijke deskundigen en onafhankelijke instituten ingeschakeld. Dat is een goede zaak. Het kan een goede compensatie bieden voor een terugtredend overheidstoezicht, dat overigens ook voor noodsituaties altijd bevoegdheden tot bestuurs- en strafrechtelijk ingrijpen zal moeten houden.

In het arbeidsomstandighedenrecht komt men er ook in het algemeen niet met leuzen als dat de publiekrechtelijke normering maar moet worden geprivatiseerd.[68] Het nadeel daarvan is immers dat een objectieve bron van de stand van de normering wegvalt.[69] Ondernemingen, certificerende instellingen en uiteindelijk rechters moeten dan gaan zoeken naar de juiste 'stand van de wetenschap' of van de 'techniek',

---

66 Hiertoe wordt meestal art. 7A: 1638z ingeroepen. Vgl. het Agfa-arrest, waarin de Hoge Raad bepaalt dat bij dit artikel ook art. 3:12 BW in aanmerking moet worden genomen, dat verplicht tot het rekening houden met algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die in het gegeven geval betrokken zijn: HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, JAR 1994/94.

67 Een goed voorbeeld daarvan vormt Pres. Rb. Breda 9 december 1985, KG 1986, 28.

68 Zie het rapport van de werkgroep-De Ru, Van Keurslijf naar keurmerk. Wetgevingsbeleid voor veilig en gezond werk, 's-Gravenhage 1994.

69 Die objectieve bron neemt overigens nooit de eigen verantwoordelijkheid weg ten aanzien van voorkoming van gevaar.

waardoor een grote rechtsonzekerheid ontstaat.[70] In een tijd van toenemend beroep op het aansprakelijkheidsrecht en steeds hogere kosten van verzekeringen lijkt dat geen aanlokkelijk perspectief.

6 Conclusie

Het mensbeeld in het arbeidsomstandighedenrecht is tussen 1946 en 1996 zeer sterk en in verschillende opzichten geëvolueerd. De destijds als onmondig beschouwde arbeider wordt thans geacht te handelen als zelfbewuste werknemer, die via zijn vakbond en OR de arbeidsomstandigheden mede vormgeeft. Individueel wordt hij geacht mee te werken aan voorkoming van ziekteverzuim en zich zonodig zelf te verzekeren. De werkgever kan niet meer wachten tot de Arbeidsinspectie het bedrijf komt controleren, maar moet zelf met inschakeling van deskundigen de arbeidsomstandigheden actief waarborgen en een verzuimbeleid voeren.

Het zijn fraaie mensbeelden, maar een mensbeeld is (in juristentaal) een fictie. Het is een ideaalbeeld waaraan niemand helemaal voldoet. In het begin van dit opstel werd al vermeld dat het in het arbeidsrecht niet alleen gaat om de psychische, maar ook om de economische positie van partijen. In de komende jaren zullen wij dus met verhoogde waakzaamheid de gevolgen van de nieuwe wetgeving moeten volgen voor de minder mondige, maar vooral de meer afhankelijke werknemers. Het is de taak van de arbeidsrechtbeoefenaren te bestrijden dat werknemers tussen wal en schip vallen. Moge de Vereniging voor Arbeidsrecht dat ook in de komende vijftig jaar blijven nastreven.

70 M.G. Faure, Rechtseconomische kanttekeningen bij de deregulering van de arbeidsomstandighedenwetgeving, SR 1995, pp. 140-149.

Seksuele intimidatie en het mensbeeld in het arbeidsrecht

A.J.C.M. Geers

1 Inleiding

Enkele jaren na de oprichting van de Vereniging voor Arbeidsrecht schreef Levenbach in 1948 een artikel in 'Nederland tussen de natiën' over 'het Nederlandse in onze arbeidswetgeving'. Hij eindigde aldus: 'Ook ons arbeidsrecht is Nederlands van wezen en verschijning: niet briljant, doch bruikbaar, niet schitterend, doch solide, niet scherp, doch tolerant, in voortdurend streven naar evenwicht in verscheidenheid'.[1] Bruikbaar, solide, tolerant.

Kunnen deze kwalificaties nog steeds gebruikt worden als positief antwoord op de centrale vraagstelling van deze bundel: biedt het huidige positieve arbeidsrecht - gelet op zijn ontwikkeling sedert 1946 - een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid anno 1996? Me dunkt: niet altijd. Nu zijn de kwalificaties veeleer: marktwerking, deregulering, decentralisatie, flexibilisering en voor de werknemer gelden de epitetha mondig, geëmancipeerd, geïndividualiseerd, onderhandelend.[2] Maar is dat beeld niet te roze en incompleet? De vraag stellen is haar beantwoorden. In de eerste plaats zijn er grote verschillen in de kwaliteit van rechtspositie en arbeidsomstandigheden. Ik denk dan vooral aan buitenlanders en vrouwen en dan met name die in flexibele arbeidsverhoudingen werken. Voor wie denkt dat dat tegenwoordig allemaal wel meevalt, wordt aangeraden om het indringende verslag van Stella Braam te lezen over de omstandigheden aan de onderkant van de Nederlandse arbeidsmarkt, waar

1 Het artikel is opgenomen in: M.G. Levenbach, Arbeidsrecht, Een bundel opstellen, uitgegeven ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de eerste leerstoel in het arbeidsrecht in Nederland, Alphen a/d rijn, 1951, pp. 283-302.

2 Vgl. P.F. van der Heijden, Post-industrieel arbeidsrecht, NJB 1993, pp. 297-303.

nog altijd zo'n ettelijke honderdduizenden mensen werken.[3] In de tweede plaats is het arbeidsrecht steeds meer onzeker recht geworden. Dit geldt uiteraard met name op die terreinen waar de wetgever het arbeidsrecht geheel of gedeeltelijk overlaat aan de partners in bedrijfstak of onderneming of aan de (kanton)rechter.[4]

Een voorbeeld waar zowel afhankelijkheid, machtsverhoudingen en regulering vooral in de onderneming zelf, een grote rol spelen is seksuele intimidatie. Biedt het huidige arbeidsrecht een adequaat juridisch kader waarbinnen op dit punt recht wordt gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid?

2 Het juridische kader

In 1994 is in de Arbowet een zorgverplichting van de werkgever op het gebied van seksuele intimidatie opgenomen.[5] De aanleiding voor deze uitbreiding van de Arbowet wordt in de Memorie van Toelichting als volgt geformuleerd: 'Uitgangspunt voor het beleid van de overheid is dat vrouwen en mannen in arbeidssituaties op gelijkwaardige wijze moeten kunnen functioneren. Om er zorg voor te dragen dat de mogelijkheden van (vrouwelijke) werknemers niet systematisch beperkt worden dient seksuele intimidatie op de werkplek niet voor te komen. Indien dit desondanks wel gebeurt dienen er afdoende maatregelen genomen te worden om het ongewenste gedrag te doen stoppen. Het voorkomen en bestrijden van seksuele intimidatie is een onlosmakelijk onderdeel van het sociaal beleid in een arbeidsorganisatie en de werkgever is verantwoordelijk voor het te voeren/gevoerde sociaal beleid in zijn onderneming. De overheid dient zorg te dragen voor gelijke behandeling van mannen en vrouwen, voor voldoende rechtsbescherming voor zowel slachtoffers als dader en voor de bescherming van het recht op lichamelijke integriteit van haar burgers.'[6]

Deze hooggestemde opdracht hangt niet zo maar in de lucht. Uit onderzoek is gebleken dat tenminste één op de drie werkende vrouwen last heeft of last heeft gehad van seksuele intimidatie.[7] Het gaat overigens niet om een typisch Nederlands probleem. Uit een onderzoek verricht in opdracht van de Europese Commissie in 1987 werd al geconstateerd dat seksuele intimidatie een groot probleem vormt voor vele werkende vrouwen in de lidstaten en kennelijk een onvermijdelijk aspect is van het beroepsleven.[8] Dit resultaat was mede aanleiding voor de EG-Commissie om in 1991 een aanbeveling en gedragscode betreffende de bescherming van de waardigheid van vrouwen en

---

3 Stella Braam, De blinde vlek van Nederland, reportages over de onderkant van de arbeidsmarkt, Amsterdam, 1994.

4 Vgl. I.P. Asscher-Vonk, Eén sociaal recht, vele uitkomsten, oratie Nijmegen, 1995 en G.J.J. Heerma van Voss, P.F. van der Heijden, Kroniek van het sociaal recht, NJB, 1995, pp. 1145-1149.

5 Stb 1994, 586.

6 TK 1992-1993, 23 326, nr. 3, p. 4.

7 Vgl. R. van Amstel en H.J. Volkers, Seksuele intimidatie: voorkomen en beleid voeren, Den Haag, 1993 en, recent, R. van Amstel en G. Evers, Seksuele intimidatie en agressie en geweld onder de werkingssfeer van de Arbowet, Den Haag, 1995.

8 M. Rubinstein, The dignity of women at work: a report on the problem of sexual harassment in the member states of the European Communities, oktober 1987.

mannen op het werk aan te nemen.[9] De Raad van de Europese Gemeenschappen heeft op 19 december 1991 zijn steun uitgesproken voor de aanbeveling van de commissie.[10] In de aanbeveling wordt de lidstaten aangeraden om actie te ondernemen teneinde duidelijk te maken dat seksueel geaard gedrag de waardigheid van vrouwen en mannen aantast, dat dat zowel van superieuren als collega's onacceptabel is en dus in omstandigheden sprake is van strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Dit is met name het geval a) wanneer zulk gedrag ongewild, onzedelijk en beledigend is ten opzichte van degene tot wie het is gericht; b) wanneer verwerping van, of onderwerping aan zulk gedrag door de werkgevers of werknemers impliciet of expliciet wordt gebruikt als basis voor een beslissing over de toegang tot een baan, promotie en dergelijke en/of c) wanneer zulk een gedrag een intimiderende, vijandige of vernederende werkomgeving creëert voor degene die het betreft.

De gedragscode geeft vervolgens meerdere concrete handvatten ter bestrijding van seksuele intimidatie, vooral gericht op de verantwoordelijkheid van de werkgever. Deze Europese documenten hebben mede de inspiratiebron gevormd voor de regeling in de Arbowet. Daarnaast is de definitie van seksuele intimidatie in de wet goeddeels ontleend aan de definitie die in de Verenigde Staten is vastgesteld in de 'Guidelines on sexual harassment'.[11]

De regeling van de zorgverplichting voor de werkgever in art. 3 leden 2 en 3 Arbowet is, op de juridische vormgeving na, unaniem ondersteund door Emancipatieraad, SER en parlement en ziet er als volgt uit. De werkgever wordt de plicht opgelegd om, in het kader van de zorg voor een zo groot mogelijke veiligheid, een zo goed mogelijke bescherming van de gezondheid en het bevorderen van het welzijn in verband met de arbeid, ervoor te zorgen dat de werknemer zoveel mogelijk wordt beschermd tegen seksuele intimidatie en de nadelige gevolgen daarvan (lid 2). Volgens lid 3 gaat het bij seksuele intimidatie om ongewenste seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag van seksuele aard waarbij tevens sprake is van de volgende punten: toegeven aan dergelijk intimiderend gedrag wordt gehanteerd als voorwaarde voor tewerkstelling, de reactie op dergelijk gedrag wordt gebruikt als basis voor beslissingen die het werk van de persoon raken, een dergelijk gedrag heeft de bedoeling de persoon in het werk of in de werkomgeving te raken. In de Memorie van Toelichting wordt aanbevolen dat de werkgever een klachtenregeling instelt (formele behandeling) en een vertrouwenspersoon instelt (informele behandeling) om klachten over seksuele intimidatie goed op te vangen, te behandelen en af te doen.[12] In de wijzigingswet wordt bepaald dat binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling een verslag wordt gemaakt over de doeltreffendheid en de effecten van de nieuwe bepalingen in de praktijk.

---

9 Aanbeveling en gedragscode van 27 november 1991, Pb. EG 1991, C27/4.
10 Pb. EG 1991, C27/1.
11 TK 1992-1993, 23 326, B. p. 3.
12 MvT t.a.p. p. 7 en p. 16.

De inspectiedienst SZW (waarin de arbeidsinspectie is opgegaan) kan, gevraagd of ongevraagd, een aanwijzing geven waardoor een werkgever gedwongen wordt een beleid te voeren ter preventie en bestrijding van seksuele intimidatie. De ondernemingsraad heeft krachtens artikel 27 lid 1 onder e WOR instemmingsrecht over de invulling van het seksuele-intimidatiebeleid. Al eerder was verdedigd dat seksuele intimidatie, ook zonder expliciete bepaling, onder de Arbowet zou vallen.[13]

Met name sinds de wijziging van de Arbowet per 1 januari 1994 kent deze wet nog een aantal andere aanknopingspunten die van belang zijn in het kader van de bestrijding van seksuele intimidatie. Met name denk ik hierbij aan de verplichting voor elke werkgever om te beschikken over een schriftelijke risico-inventarisatie en -evaluatie van alle gevaren die de arbeid voor de veiligheid, de gezondheid en het welzijn van de werknemer met zich brengt. Deze risico-inventarisatie en -evaluatie dient de grondslag te vormen voor het te voeren arbeidsomstandighedenbeleid (inclusief dus van het beleid gericht op het tegengaan van seksuele intimidatie (artikel 4 lid 1 Arbowet). Een gecertificeerde arbodienst moet adviseren over en medewerking verlenen aan het verrichten en opstellen van zo'n risico-inventarisatie en -evaluatie (artikel 18 lid 1 onder c Arbowet). In ieder geval moet een arbodienst als deskundigen hebben een bedrijfsgezondheidsarts, een veiligheidskundige, een arbeidshygiënist en een arbeids- en organisatiedeskundige. Het is tevens hun taak om te adviseren aan en nauw samen te werken met de werknemers, de werkgever en de ondernemingsraad (artikel 18 lid 1 onder d). Artikel 19 Arbowet garandeert deskundigheid en de onafhankelijke positie van de deskundigen. Het zal duidelijk zijn dat deze deskundigen een belangrijke rol kunnen vervullen zowel bij het tegengaan van seksuele intimidatie, als bij het nemen van maatregelen wanneer seksueel geïntimideerd is.

Tot slot mag niet onvermeld blijven artikel 38 Arbowet dat het, zeer authentieke, recht regelt van elke werknemer om bij dreigend en onmiddellijk gevaar het werk neer te leggen, zonder dat zijn positie deswege in gevaar komt. De verplichting voor de werkgever òm seksuele intimidatie tegen te gaan, liefst geëxpliciteerd in een beleid terzake kan natuurlijk ook worden ontleend aan CAO-bepalingen, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de artikelen 7A: 1638x en 7A: 1638z respectievelijk bevattende de verplichting om de werknemer te beschermen tegen gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed en om zich als goed werkgever te gedragen. (Eenzelfde verplichting geldt voor de werknemer ex artikel 7A: 1639d; in dit geval de verplichting om zich van elke vorm van seksuele intimidatie te onthouden). Zeker nu de civielrechtelijke norm opgevuld kan worden met de publiekrechtelijke norm uit de Arbowet heeft een dergelijke vordering kans van slagen.

Omdat de regeling in de Arbowet aan de inspectiedienst SZW niet de mogelijkheid biedt om op te treden tegen werknemers en werkgevers die zich schuldig hebben gemaakt aan seksuele intimidatie moeten hier de civielrechtelijke en/of strafrechtelijke

13 Elies Steyger, Arbeidsrecht, ongewenste intimiteiten, medezeggenschap en het arbeidsomstandighedenrecht, Nemesis, 1987, p. 82-86; Marianne Ziekmeyer, Preventiemiddel bij uitstek, in: Ineke de Vries e.a., Ongewenste intimiteiten, gewenste rechten, Alphen a/d Rijn, 1990.

mogelijkheden soelaas bieden. Ik beperk me tot de civielrechtelijke.[14]

In de eerste plaats kan de werkgever disciplinaire maatregelen treffen die niet leiden tot het einde van de arbeidsovereenkomst: berisping, boete, schorsing, al dan niet behoud van salaris, overplaatsing, emolumentenvermindering e.d. In beginsel is de werkgever hierin vrij binnen, uiteraard, de perken van de CAO, de arbeidsovereenkomst en vooral het goed werkgeverschap. Daarnaast is de boete genormeerd in artikel 7A: 1637u BW en is schorsing zonder loon alleen mogelijk als artikel 7A: 1638d BW schriftelijk is uitgesloten. Verdedigd is dat de werkgever op basis van het goed werkgeverschap door de rechter ook gedwongen kan worden om disciplinaire maatregelen tegen een werknemer te nemen.[15] Ter onderbouwing van dit standpunt wordt dan een parallel getrokken met de arresten van de HR waarin wordt bepaald dat de verhuurder verplicht is om zijn huurder een rustig woongenot te verschaffen.[16] Een huurder die een medehuurder of omwonende onrechtmatig overlast bezorgt, schiet tevens te kort in de nakoming van zijn verbintenis met de verhuurder.[17]

Een tweede civielrechtelijke mogelijkheid is het einde van de arbeidsverhouding bewerkstelligen. Er is dan een aantal mogelijkheden. De getroffen werknemer kan zelf ontslag op staande voet nemen wegens een dwingende reden. Artikel 7A: 1639q lid 2 onder 1, 2 en 7 noemt een aantal van die dwingende redenen die in dit geval in aanmerking komen: grove beledigingen of mishandeling door de werkgever of gedogen dat ondergeschikten dat doen, het verleiden door de werkgever tot handelingen in strijd met de goede zeden of gedogen dat ondergeschikten dat doen en het grovelijk veronachtzamen door de werkgever van de plichten die de overeenkomst hem oplegt. Terecht is gesteld dat hoe groot de woede en de nood ook is, deze oplossing moet worden ontraden in verband met bewijsproblemen als het gaat om een schadeloosstelling en toepassing van een sanctie in het kader van een WW-uitkering.[18]

De werkgever kan ook een werknemer die zich schuldig heeft gemaakt aan seksuele intimidatie ontslaan wegens een dwingende reden. Globaal gaat het dan om dezelfde dwingende reden, nu begaan door de werknemer, die hierboven zijn genoemd (vgl. artikelen 1639p lid 2 onder 5 en 6).

Als laatste beëindigingsactie in dit verband noem ik de mogelijkheid die voor elk van de betrokken partijen bestaat om aan de rechter te vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van gewichtige redenen ex artikel 7A: 1639w BW.

---

14 Vgl. Ien Andringa, In plaats van ontslag en Yvonne Konijn, Bij gebrek aan uniforme wetgeving, beide in: Ineke de Vries e.a., Ongewenste intimiteiten, gewenste rechten, Alphen a/d Rijn, 1990.

15 A.Th. Bramer, Seksuele intimidatie, Disciplinaire maatregelen tegen de schuldige, desnoods op last van de rechter, Ars Aequi, 1991, p. 983.

16 HR 17 december 1982, NJ 1982, 511; HR 5 oktober 1990, NJ 1991, 275; HR 27 september 1991, NJ 1992, 131.

17 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 167.

18 Ien Andringa, t.a.p. p. 114.

3 Een jurisprudentieonderzoek

Hoe is het, in het licht van boven omschreven wettelijk kader (overigens niet volledig, de mogelijkheden van onrechtmatige daad en kort geding zijn bijvoorbeeld buiten beschouwing gelaten) gesteld met de jurisprudentie over seksuele intimidatie? Om daar een indicatie over te krijgen ben ik de jurisprudentie nagegaan zoals die de afgelopen vijf jaar is gepubliceerd in de tijdschriften Nemesis, Praktijkgids en Jurisprudentie Arbeidsrecht (JAR, dat echter pas sinds 1992 bestaat). In totaal heb ik 26 uitspraken geteld, waarvan slechts twee dubbel (in Nemesis en JAR).[19] Dat laatste gegeven is in elk geval interessant: over eenzelfde periode en over hetzelfde onderwerp maken of waarschijnlijk hebben moeten maken, de tijdschriften die op arbeidsrechtelijk gebied de uitspraken van de eerst aangewezen rechter publiceren over dit onderwerp een volstrekt andere selectie. Dit zegt waarschijnlijk ook iets over de relatieve betekenis van mijn onderzoekje. Maar toch, wat valt vervolgens op? Een aantal zaken.

1 Het gaat in alle gevallen om procedures die er niet op gericht zijn om de werkgever te dwingen een beleid te voeren gericht op het tegengaan van seksuele intimidatie. (Hieronder kom ik nog terug op de activiteiten die ontplooid zijn door de inspectiedienst SZW na de inwerkingtreding van artikel 3 leden 2 en 3 van de Arbowet). Met andere woorden, de rechter wordt te hulp geroepen als het kwaad is geschied.
2 Zoals verwacht gaan bijna alle procedures over het einde van de arbeidsverhouding: van de 25 zaken gingen er 20 over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (artikel 7A: 1639w BW), vier over een beroep op nietigheid na ontslag op staande voet door de werkgever (artikel 7A: 1639p BW) en één over het opheffen van een schorsing. Ontbindingsverzoeken werden elf maal gedaan door de werkgever en negen maal door een seksueel geïntimideerde werkneemster. In één geval was het verzoek van de werkgever gericht op ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een seksueel geïntimideerde werkneemster (hier kom ik afzonderlijk op terug), in de andere gevallen ging het om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst

19 Nemesis: Kantongerecht Hoorn 26 juni 1989, 1990, nr. 79; Centrale Raad van Beroep 21 maart 1991, 1991, nr. 209; Kantongerecht Utrecht 29 november 1994, 1995, nr. 486; Kantongerecht Amersfoort 15 december 1993 en 30 november 1994, 1995, nr. 487. Praktijkgids: Kantongerecht Rotterdam 28 september 1989, 1989, nr. 3264; Kantongerecht Utrecht 17januari 1991, 1991, nr. 3410; Kantongerecht Roermond 23 juli 1991 en 26 mei 1992, 1992, nr. 3782; Kantongerecht Utrecht 13 februari 1992, 1993, nr. 3798; Kantongerecht Rotterdam 22 mei 1993, 1993, nr. 3927; Kantongerecht Apeldoorn 29 juli 1992, 1993, nr. 3942; Kantongerecht Eindhoven 29 juli 1993, 1993, nr. 3998; Gerecht eerste aanleg Nederlandse Antillen 1 juli 1993, 1993, nr. 3996. Jurisprudentie Arbeidsrecht (JAR): Kantongerecht Rotterdam 18 juni 1991, 1992, 67; Kantongerecht Harderwijk 22 juni 1992, 1992, 119; Kantongerecht Rotterdam 25 maart 1993, 1993, 87; Rechtbank Amsterdam 31 maart 1993, 1993, 96; Kantongerecht Nijmegen 12 maart 1993, 1993, 181; Kantongerecht Utrecht 28 oktober 1993, 1994, 8; Kantongerecht Amsterdam 24 mei 1994, 1994, 126; Kantongerecht Amersfoort 15 december 1993 en 30 november 1994, 1995, 9; Kantongerecht Apeldoorn 31 januari 1995, 1995, 84; Kantongerecht Bergen op Zoom 19 april 1995, 1995, 104; Kantongerecht Amsterdam 12 mei 1995, 1995, 120; Kantongerecht Utrecht 4 september 1995, 1995, 221.

met een werknemer/dader. De verzoeken van getroffen werkneemsters werden alle toegewezen met - op één na - een vergoeding. De werkgeversverzoeken om ontbinding werden in vijf gevallen niet gehonoreerd. De redenen daarvoor waren in het algemeen dat een lichtere 'straf' eerder in aanmerking kwam, dat de gevolgde procedure (onderzoekscommissie, getuigenverhoor e.d.) als onvoldoende werd gekwalificeerd en dat (daarom) het bewijs van het plegen van seksuele intimidatie onvoldoende was. Het beroep op nietigheid door de werknemer/dader na ontslag op staande voet werd in twee gevallen afgewezen en in twee gevallen gehonoreerd. Bij de overwegingen werd vooral waarde toegekend aan de ernst van de sanctie in relatie tot de gebeurtenis, overtuigendheid van het bewijs (bijv. de weigering van de politie om een proces-verbaal op te maken) en de grondigheid van een ingesteld onderzoek. Het verzoek door de werknemer/dader om opheffing van de schorsing, rehabilitatie en schadevergoeding, werd, in hoger beroep bij de Rechtbank, en in navolging van de kantonrechter afgewezen. De Rechtbank oordeelde dat de werkgever had gehandeld conform de vigerende CAO door de schorsing te baseren op het vermoeden, gebaseerd op vijf getuigenverklaringen, dat er sprake was van een dwingende reden als bedoeld in artikel 7A: 1639p BW. Voorts was de procedure van de CAO in acht genomen door de eiser twee keer te horen.

3 Het feit dat ontbindingsverzoeken door werkneemsters in de door mij geanalyseerde jurisprudentie alle zijn toegewezen en verzoeken door werkgevers (niet daders) voor iets minder dan de helft niet, betekent niet dat alle rechters zouden overlopen van begrip voor de getroffen werkneemster. Waarschijnlijk ligt het er eerder aan dat de werkneemster nogal wat heeft te overwinnen voor zij de gang naar de rechter maakt; maar àls ze komt, zal ze ook zo goed mogelijk beslagen ten ijs komen. De kantonrechters echter variëren nogal bij hun overwegingen tussen aan de ene kant begrip voor de getroffene en duidelijk doorklinkende boosheid over de dader of degene die het heeft laten gebeuren en aan de andere kant een weinig blijkend invoelingsvermogen. Van beide enkele voorbeelden. De kantonrechter Hoorn merkt in niet mis te verstane bewoordingen onder meer op, nadat de werkgever heeft aangevoerd dat werkneemster toch ook had kunnen vertrekken als het haar zo hoog zat: 'Dit argument verwerpen wij. Immers, daardoor zou zij als ondergeschikte en afhankelijke partij de dupe worden van het ontoereikende besef en inzicht van de werkgever. Geen werknemer (m/v) hoeft te wijken voor ongewenste intimiteiten van de meerdere of collega's (m/v), hetzij door deze maar te accepteren, hetzij door ontslag te nemen.'[20] Of de kantonrechter Eindhoven: 'Ook al moge de directie van gerekwesteerde niet van de onderhavige kwestie op de hoogte zijn geweest, dan nog blijft zij verantwoordelijk voor de gedragingen van haar personeel. ... Het moge zo zijn dat de heren Y, ... en ... de reactie van verzoekster op deze wijze hebben beleefd, doch dit wil niet zeggen dat verzoekster van de gedragingen van ... en ... ook gediend was. ... Ook wordt het verweer van gerekwesteerde verworpen, dat het incident

20 Kantongerecht Hoorn 26 januari 1989, Nemesis 1990, nr. 79.

plaats vond tijdens een onverplichte borrel na werktijd. De relatie van chef–ondergeschikte verdwijnt in het algemeen niet, althans niet in de beleving van een ondergeschikte, na sluitingstijd.'[21] De kantonrechter Rotterdam echter, nadat door hem geconstateerd is op grond van door de werkgever overlegde verklaringen en restaurantrekeningen dat de werkneemster een meer dan vriendschappelijke relatie met de directeur heeft onderhouden: 'Wanneer dan vervolgens - zoals verzoekster stelt - Y een andere betekenis gaat hechten aan de relatie met verzoekster en hij haar op het werk gaat lastig vallen, nadat zij hem te kennen gegeven heeft dat de gevoelens van liefde niet wederzijds zijn, dan ligt het toch in de eerste plaats op de weg van verzoekster om de ongewenste intimiteiten en de daaruit voortvloeiende problemen in de werksfeer kenbaar te maken aan de president-directeur van verweerster.' De kantonrechter voegt eraan toe dat dat voor de verzoekster echter geen gemakkelijke opgave zou zijn.[22] Of de kantonrechter Harderwijk (hier was echter de werkgever verzoeker): 'Het feit echter dat ongewenste intimiteiten in hoge mate ongepast worden geacht mag er niet toe leiden dat met betrekking tot de bewijsvoering lichtere eisen zouden mogen worden gesteld dan bij andere misdragingen. Complicerende factor daarbij is dat het al dan niet ongewenst zijn van intimiteiten sterk subjectief wordt bepaald. ... Vaak is het eerst nodig dat expliciet duidelijk wordt gemaakt dat men van bepaalde gedragingen niet gediend is. Tegen deze achtergrond moet worden geconcludeerd dat hetgeen door de vermeende slachtoffers is verklaard en door V is ontkend niet is komen vast te staan en dat van de overige - wel erkende - gedragingen niet is komen vast te staan dat ze zijn te kwalificeren als ongewenste intimiteiten.'[23]

4 Het valt mij in deze jurisprudentie op dat er nauwelijks sprake is van enige rol van een bedrijfsarts, ondernemingsraad, klachtencommissie of vertrouwenspersoon. Kortom van een beroep op binnen de onderneming in aanmerking komende personen, organen of procedures. Anderzijds zou natuurlijk kunnen worden geredeneerd dat juist het gebruik maken van interne conflictoplossende voorzieningen de gang naar de rechter vaak overbodig zal maken (dit verklaart wellicht ook het geringe aantal procedures over disciplinaire straffen). Het in de meeste gevallen - op één na, zie hieronder - ontbreken van een beroep op de Arbowet òf in het verlengde daarvan de Arbeidsinspectie (nu: Inspectiedienst SWZ) is wellicht gekker. Weliswaar staat seksuele intimidatie pas sinds oktober 1994 met zoveel woorden in de wet, al vanaf eind jaren '80 begin jaren '90 is beargumenteerd aangevoerd dat het onderwerp wel degelijk onder de Arbowet thuis hoorde.[24]

---

21 Kantongerecht Eindhoven 29 juli 1993, Prg. 1993, nr. 3998.

22 Kantongerecht Rotterdam 25 maart 1993, JAR 1993, 87.

23 Kantongerecht Harderwijk 22 juni 1992, JAR 1992, 119.

24 Vgl. noot 13, maar ook: SER, Bestrijding van seksuele intimidatie op de werkplek, Den Haag, juli 1991. Voor een pleidooi om seksuele intimidatie expliciet in de Arbowet op te nemen: Emancipatieraad, Seksuele intimidatie: een rechtstreekse aanpak, Den Haag, februari 1991. In een brief van 18 mei 1987, aan de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid meende de toenmalige staatssecretaris echter dat weliswaar de Arbeidsinspectie een rol zou kunnen spelen bij het tegengaan

Wellicht heeft dat te maken met de in het algemeen terughoudende opstelling van de inspectiedienst en met de onkunde van veel civielrechtelijk georiënteerde rechters en rechtshulpverleners.

4 Een illustratie van de moeizame weg

Een illustratie van de moeizame en frustrerende weg die seksueel geïntimideerde werkneemsters (vaak?) moeten gaan vormt de uitspraak van de kantonrechter Utrecht, de meest recente uit mijn onderzoekje.[25] De werkgever vroeg ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een werkneemster omdat zij haar werk niet goed zou doen. De werkneemster, directiesecretaresse, stelde zich echter op het standpunt dat de èchte reden voor het verzoek was dat er namens haar een brief was geschreven aan de werkgever met de mededeling dat zij door haar directeur seksueel was geïntimideerd. Hierdoor was zij ziek geworden. De werkneemster heeft getracht een onderzoek te laten instellen, maar dat mislukte omdat de aangewezen vertrouwenspersoon, een bedrijfsarts, een 'dubbelfunctie' had en zijn collega bij de Arbodienst zich onbevoegd achtte om op te treden als vertrouwenspersoon omdat zij formeel niet als zodanig was aangesteld. Vervolgens wendde werkneemster zich met haar klachten tot het hoofd personeel en organisatie, de onderdirecteur en de voorzitter van de ondernemingsraad. Op haar verzoek om hulp werd afwijzend gereageerd. Volgens werkneemster houdt de werkgever zich niet aan de Arbowet omdat de werkgever geen beleid voert om seksuele intimidatie op het werk tegen te gaan en geen voorzieningen heeft getroffen om die klachten te reguleren en te behandelen. Als bewijs van seksuele intimidatie legt de werkneemster diverse correspondentie en verklaringen over. De kantonrechter acht het aannemelijk dat er enige seksuele intimidatie heeft plaatsgevonden. Gebleken is immers dat de werkneemster hierover in elk geval heeft gesproken met het hoofd p en o en de onderdirecteur. Bovendien is de bewuste directeur niet op de zitting verschenen om de beschuldigingen te weerleggen. Hoewel voor het overige het disfunctioneren van de werkneemster niet is komen vast te staan ontbindt de kantonrechter in verband met de verstoorde verhoudingen de arbeidsovereenkomst. Er is volgens hem wel reden om aan de werkneemster een hogere vergoeding dan normaal toe te kennen (bijna een half jaar salaris, 15 maanden in dienst), nu niet is uit te sluiten dat het ontbindingsverzoek is ingediend nadat de gemachtigde van de werkneemster de directie had verzocht om een onderzoek in te stellen zoals in de Arbowet is bepaald. Eind goed, al goed? Nauwelijks. Een aantal zaken is zoal niet verbijsterend dan toch in elk geval opvallend.

a Toe te juichen is het dat de kantonrechter de werkneemster ten minste het voordeel van de twijfel geeft. Hoewel het in elk geval opvallend is dat in deze procedure de Arbowet ten tonele wordt gevoerd mist het oordeel van de kantonrechter dat verzuimd is om een onderzoek in te stellen zoals dat bepaald is in de Arbowet

---

van seksuele intimidatie (toen nog: ongewenste intimiteiten), maar dat het in beginsel niet onder de Arbowet zou vallen.

25 Kantongerecht Utrecht 4 september 1995, JAR, 1995, 221.

strikt genomen een wettelijke basis. Nergens staat in de Arbowet dat er a) vertrouwenspersonen moeten zijn en b) dat die vervolgens een onderzoek zouden moeten instellen. (Wèl impliceert de Arbowet dat klachten over seksuele intimidatie natuurlijk in alle opzichten serieus moeten worden genomen). De inspectiedienst SWZ kan wèl een onderzoek instellen bijvoorbeeld naar aanleiding van een formeel verzoek door de ondernemingsraad of bij het ontbreken daarvan door een meerderheid van de belanghebbende werknemers of door de vakorganisatie; dan is zo'n onderzoek ook verplicht (artikel 32 lid 6 Arbowet). Maar van enige betrokkenheid van de inspectiedienst is in het verhaal geen sprake.

b Verantwoordelijke medewerkers laten het afweten. Ik doel nu op de onderdirecteur en het hoofd p en o. Met name van de laatste had uiteraard meer verwacht moeten worden. Beiden hebben zich schuldig gemaakt aan een verwijtbare tekortkoming; in elk geval hebben zij zich niet als een goed werknemer gedragen (artikel 7A: 1639d BW). Het ging hier bovendien niet om een marginaal bedrijfje waarvan dit gedrag wellicht eerder te verwachten was maar om een gerespecteerde uitgeverij, onderdeel van Wolters Kluwer.

c De ene volzin over de bedrijfsartsen is ronduit verbijsterend. Kennelijk was er een aangewezen vertrouwenspersoon. Een bedrijfsarts van de Arbodienst. Deze weigerde echter de zaak te (laten) onderzoeken omdat hij een 'dubbele functie' zou hebben, zoals wat cryptisch in de uitspraak valt te lezen. Het wordt niet duidelijk om welke functies het gaat, maar dat is ook niet zo belangrijk. Of het gaat om onverenigbare functies en dan had hij nooit vertrouwenspersoon mogen worden, òf dat is niet het geval en dan is hij volstrekt ongeschikt als vertrouwenspersoon. Het argument van zijn collega-bedrijfsarts bij de Arbodienst dat zij niet is benoemd tot vertrouwenspersoon en dus evenmin iets kan uitrichten snijdt ook absoluut geen hout. Het behoort juist tot de taak van de deskundigen van de Arbodienst die tot de onderneming behoort om werkneemsters - zeker met dergelijke klachten - bij te staan en te adviseren (vgl. artikel 18 lid 1 onder d Arbowet). Deze deskundigen moeten hun bijstand verlenen met behoud van hun zelfstandig oordeel op het gebied van hun deskundigheid en van hun onafhankelijkheid ten opzichte van de werkgever. Zij mogen uit hoofde van een juiste taakuitoefening dan ook niet worden benadeeld in hun positie (artikel 19 lid 2 Arbowet).

d Ook de voorzitter van de ondernemingsraad gaf kennelijk niet thuis. Ervan uitgaande dat hij in die functie is benaderd is dat eveneens onbegrijpelijk. In de eerste plaats is het arbeidsomstandighedenbeleid, inclusief het verplicht te voeren beleid tegen seksuele intimidatie onderwerp van het overlegrecht van de ondernemingsraad (artikel 4 lid 7 Arbowet). Over de uitvoering van het beleid heeft de ondernemingsraad in beginsel instemmingsrecht (artikel 27 lid 1 onder e WOR). In de boven aangehaalde zaak is kennelijk geen seksuele-intimidatie beleid - of het moest zijn de dubieuze aanwijzing van een vertrouwenspersoon. Dan kan de ondernemingsraad aangesproken worden op artikel 28 lid 1 WOR (het bevorderen van de naleving van de voor de onderneming geldende voorschriften op het gebied van de arbeidsvoorwaarden en de bescherming van de veiligheid en gezondheid voor de in de onderneming werkzame personen) en/of artikel 28 lid 3 WOR (het waken

tegen discriminatie en het bevorderen van gelijke behandeling van mannen en vrouwen). Voor de realisering van deze zgn. stimuleringstaken heeft de ondernemingsraad een aantal wettelijke bevoegdheden zoals het initiatiefrecht (artikel 23 WOR), het recht om deskundigen te raadplegen (artikel 18 lid 1 en artikel 16 leden 1 en 3 WOR) en het recht op adequate informatie (artikel 31 WOR en meer specifiek artikel 14 lid 1 Arbowet). Tot slot kan de ondernemingsraad wanneer er geen overeenstemming is over het te voeren beleid inzake seksuele intimidatie formeel aan de Arbeidsinspectie vragen om een aanwijzing te geven, het zgn. verzoek om wetstoepassing (artikel 35 lid 6 j° artikel 40 Arbowet). Hoewel het in principe niet tot de taak van de ondernemingsraad behoort om klachten van individuele werknemers te behandelen, moeten deze klachten wèl aanleiding zijn om de structurele oorzaken van de klachten aan te pakken en om tenminste de werkgever te bewerken om adequaat te reageren op de individuele klacht.

e Bij de kantonrechter is aangevoerd dat de werkgever zich niet houdt aan de Arbowet omdat hij 'geen beleid voert om seksuele intimidatie op het werk tegen te gaan en geen voorzieningen te treffen om die klachten te reguleren en te behandelen'. Terecht wordt hier het ontbreken van een klachtenregeling gelaakt - zeker nu het instituut vertrouwenspersoon niet blijkt te werken. Terecht ook dat mede daarom geconcludeerd wordt dat er in die onderneming geen Arbobeleid werd gevoerd. Dat was kennelijk bekend. Maar waarom dan de inspectiedienst SZW niet ingeschakeld? Bij de constatering dat in strijd met de Arbowet wordt gehandeld omdat geen seksuele-intimidatiebeleid wordt gevoerd ligt dat toch het meest voor de hand. Ook de kantonrechter besteedt aan dat aspect geen enkele aandacht.

Omdat ik benieuwd was naar het optreden van de inspectiedienst sinds de inwerkingtreding van artikel 3 leden 2 en 3 Arbowet per 1 oktober 1994 heb ik de zes regio's van de dienst en het centraal kantoor benaderd. Bij de laatste waren geen gegevens te verkrijgen. Uit de summiere gegevens die bij de regiokantoren beschikbaar zijn kan afgeleid worden dat er van oktober 1994 tot oktober 1995 zo'n twintig klachten zijn binnengekomen en dat dat in ongeveer de helft van de gevallen heeft geleid tot een formele aanwijzing inzake een te voeren seksuele-intimidatiebeleid.

5 Enkele slotopmerkingen

Het valt niet eenvoudig om de vraag die in het begin werd gesteld eenduidig positief of negatief te beantwoorden - maar dat was te verwachten. Het opnemen van seksuele intimidatie in de wet toont aan dat de wetgever in elk geval overtuigd is van déze maatschappelijke werkelijkheid. Het antwoord op de vraag of vervolgens met het geschetste juridische kader recht wordt gedaan aan de seksueel geïntimideerde werkende mens is ingewikkelder maar ik ben geneigd de vraag, ook met het verhaal uit de vorige paragraaf in het achterhoofd, ontkennend te beantwoorden. Ik heb het dan niet alleen over artikel 3 leden 2 en 3 Arbowet, hoewel de daarin neergelegde intentie èn de definitie van seksuele intimidatie waardevolle handvatten zijn. (Het nauwelijks beargumenteerde en potsierlijke voorstel van een ambtelijke werkgroep om de

bepalingen nu weer te schrappen uit de wet is inmiddels terecht door de verantwoordelijke staatssecretaris verworpen).[26] Mij gaat het ook om flankerende juridische instrumenten. En daar heeft de wetgever het toch vooral laten afweten. Waar benadrukt wordt dat het beleid ten aanzien van seksuele intimidatie een onderdeel is van het sociale beleid, of van het arbeidsomstandighedenbeleid, en dat dit beleid vooral in de onderneming zelf gestalte dient te krijgen, moet de wetgever zich niet alleen achter deze ideologie verschuilen maar ook juridische mogelijkheden bieden die een dergelijk beleid 'handen en voeten geven' zoals dat tegenwoordig geloof ik heet. Ik denk daarbij vooral aan het ontbreken van een wettelijke regeling van het klachtrecht in de onderneming. De noodzaak ervan is aangetoond, het ontbreken ervan in veel ondernemingen eveneens.[27] Een geïnstitutionaliseerde en kenbare procedure voor een onafhankelijke instantie zonder dat klager of helper wegens het klagen benadeeld wordt in zijn positie in de onderneming zou bijvoorbeeld in de bovenbedoelde casus uitkomst hebben kunnen bieden. Maar, gelijk bekend, nadat in 1990 na een uiterst moeizame en langdurige voorgeschiedenis eindelijk een wetsvoorstel werd ingediend ter regeling van een algemeen klachtrecht in de onderneming werd dit ontwerp in de Tweede Kamer eind 1992 verworpen.[28] Vervolgens heeft de wetgever naar mijn smaak verzuimd om een wettelijk klachtrecht te introduceren of eventueel een verplichte vertrouwenspersoon of vertrouwenscommissie, bij de opneming van seksuele intimidatie in de Arbowet. Zoals gebruikelijk werd verwezen naar de aanbevelingen van de Stichting van de Arbeid, waarmee naar mijn smaak de wetgever zich ten onrechte van zijn eigen verantwoordelijkheid afkeerde.

Inmiddels heeft de voorgestelde nieuwe regeling van het arbeidstuchtrecht een soortgelijk lot ondergaan als het klachtrecht. Nadat met kracht van argumenten was aangetoond dat een nieuwe regeling belangrijk was (technisch in verband met aanpassing aan het BW; meer ideologisch ter bescherming van de werknemer) deelde de minister op grond van de kritiek in de Tweede Kamer onlangs mee dat het wetsvoorstel werd ingetrokken.[29] Net als bij het klachtrecht werd ook hier weer gesuggereerd dat artikel 7A: 1638z BW (de goede werkgever) voldoende zou zijn. Dat is in elk geval uit de boven aangehaalde jurisprudentie niet gebleken. Kennelijk gaat de wetgever in zijn mensbeeld nog te veel uit van de werknemer die óók bestaat en die ik boven noemde: geëmancipeerd, onderhandelend, geïndividualiseerd. Hij gaat daarbij echter voorbij aan de werknemer die afhankelijk is, vaak machteloos en niet zonder meer kan of wil opkomen voor zijn rechten. Zij die seksueel geïntimideerd worden op het werk zullen vaak tot die groep behoren. Dáár is de wetgever dan voor.

---

26 Het gaat om het eindrapport van de MDW-werkgroep arbeidsomstandighedenwet 'Maatwerk in bescherming', Den Haag, juni 1995 (MDW = marktwerking, dereguleren en wetgevingskwaliteit). Het standpunt van staatssecretaris Linschoten is neergelegd in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 11 juli 1995.

27 Vgl. M.J.A. de Bruyn, Seksuele intimidatie en klachtenregelingen, Nijmegen 1991.

28 Wetsvoorstel TK 1989-1990, 21 514, nrs. 1-3; TK 28 september 1992, 101-6350; de stemverhouding die leidde tot verwerping was 62-57.

29 TK 1995-1996, 23 974, nr. 16.

In de inleiding beantwoordde ik al de vraag of de kwalificaties van Levenbach voor ons arbeidsrecht bruikbaar, solide en tolerant nog altijd gelden. In elk geval niet altijd, schreef ik. Veel op het werk seksueel geïntimideerden zullen het me denk ik nazeggen.

Het nieuwe gezicht van de loonpolitiek

T. VAN PEIJPE

1 Inleiding

Aan de overheidsbemoeienis met arbeidsvoorwaarden hebben uiteenlopende motieven ten grondslag gelegen. In het begin van de periode die in deze feestbundel in beschouwing wordt genomen was de loonpolitiek in de eerste plaats onderdeel van de conjunctuurpolitiek in het kader van het economisch beleid van de overheid. In de jaren zeventig trad het inkomenspolitieke aspect van de loonpolitiek meer op de voorgrond.[1] Nadien heeft de loonpolitiek een ander gezicht gekregen. De intensiteit van de overheidsbemoeienis is aanzienlijk verminderd, globale sturing ter beheersing van loonkosten is echter gebleven.

Daarnaast is een nieuw motief opgekomen: in het kielzog van arbeidsmarktpolitieke maatregelen voor moeilijk plaatsbare werklozen worden grenzen gesteld aan de loonvorming voor de beoogde groepen. Deze bemoeienis roept nieuwe juridische vragen op. De genoemde uiteenlopende motieven hebben in de loop van de periode 1946-1996 verschillende vormen van overheidsbemoeienis op de voorgrond geplaatst. Daarover, en over de juridische grenzen voor het optreden met name in de huidige tijd zal ik in de volgende paragrafen een uiteenzetting geven. Daarbij komt tevens de vraag aan de orde of er ook aan de terugtred van de overheid juridische grenzen gesteld zijn.

Als ingang tot het thema van deze bundel wil ik hier eerst nog een uiteraard subjectieve -maar hopelijk aansprekende- impressie weergeven van het verband tussen de te bespreken ontwikkelingen en een verandering in het 'mensbeeld', in het bijzonder in verband met de sociale politiek, in de onderhavige periode. Onder mensbeeld

---

1 M.G.Rood, Van loonpolitiek tot budgetpolitiek (Enkele gedachten over loonvorming en overheidssturing), in: M.A.P. Bovens en W.J. Witteveen (red.), Het Schip van Staat, beschouwingen over recht, staat en sturing, Zwolle 1985.

versta ik in dit verband de uit de sociale wetgeving en de sociale politiek af te leiden opvattingen over als normaal te beschouwen menselijke verhoudingen en gedragingen op sociaal-economisch gebied.

1.1 Mensbeeld 1946

De mensen op wie de sociale wetgeving van vijftig jaar geleden betrekking had zijn te verdelen in twee gescheiden groepen. De eerste groep, in overgrote meerderheid bestaand uit volwassen mannen, omvat degenen die als loonarbeider of als economisch zelfstandige behoorden te werken voor de kost. Werken wilde zeggen: werken in een volledige betrekking. Wie zich slechts in deeltijd beschikbaar wilde stellen kon niet in aanmerking komen voor een werkloosheidsuitkering.[2]

Werken in loondienst wilde in beginsel ook zeggen: een geheel arbeidzaam leven in hetzelfde beroep en langdurig bij dezelfde werkgever. Wie langdurig bij dezelfde werkgever had gewerkt verdiende extra bescherming. Dat spreekt bijvoorbeeld uit de in 1954 ingevoerde verlenging van de wettelijke opzeggingstermijn bij langdurig dienstverband. De veronderstelling dat werknemers duurzaam tot een bepaalde bedrijfstak behoren komt tot uitdrukking in verscheidene bedrijfstaksgewijze regelingen zoals leerlingenstelsels en pensioenregelingen.

De normale werkende mens was tevens gezinshoofd en kostwinner, zo valt af te leiden uit tal van regelingen, met name op het terrein van de sociale zekerheid, maar ook bijvoorbeeld uit de minimumloonregelingen in het kader van de geleide loonpolitiek. Vakbondslidmaatschap was weliswaar niet verplicht[3], maar de sociale wetgeving was sterk gericht op ondersteuning van de vakbonden en hun activiteiten op bedrijfstaks- en centraal niveau.[4] De rol van de vakorganisaties in de geleide loonpolitiek, de uitvoeringsorganisatie van de sociale zekerheid en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie doen blijken dat vakbondslidmaatschap in de ogen van de wetgever tot het normale patroon behoorde.

Dat patroon werd verder gekenmerkt door een grote mate van gezagsgetrouwheid en volgzaamheid van de werknemer. Medezeggenschapsrecht in de onderneming bestond nauwelijks. Wie trad buiten de wettelijk gesanctioneerde perken van het door verzuilde organisaties gedomineerde bestel, bijvoorbeeld door zich aan te sluiten bij een 'niet erkende' vakorganisatie of deel te nemen aan een 'wilde' collectieve actie vond daarbij geen bescherming in het sociaal recht.[5]

Uit de sociale zekerheidswetgeving, die in de naoorlogse jaren verder werd uitgebouwd, sprak de onderlinge solidariteit van de (gewezen-) beroepsbevolking als norm op het terrein van de inkomensverdeling. De solidariteitsgedachte vertaalde

---

2 Ook niet na de invoering van de Werkloosheidswet 1949.

3 Afgezien van verplicht lidmaatschap op grond van een cao, zoals in het grafisch bedrijf werd aangetroffen.

4 Vakbondswerk in de onderneming werd daarentegen niet door de wetgever gestimuleerd.

5 Door erkende vakbonden gesteunde collectieve acties genoten evenmin bescherming, maar kwamen in het begin van deze periode erg weinig voor; zie: Harry van den Berg, Pim Fortuyn, Teun Jaspers, De ontwikkeling van het stakingsrecht in Nederland, Nijmegen 1978.

zich op het terrein van de loonpolitiek met name in de jaren van sociaal-democratisch (mede-)bewind in inkomensnivellerende maatregelen.

Naast de beroepsbevolking stond een tweede groep, bestaande uit degenen die geacht werden niet te kunnen of te hoeven deelnemen aan de beroepsarbeid, met name bejaarden, weduwen, alleenstaande moeders en studerenden. Voor deze groeperingen voorzag de sociale wetgeving in inkomensvoorzieningen op minimumniveau.[6]

1.2 Mensbeeld 1996

De ontwikkeling van het sociaal recht in de huidige tijd vertoont op onderdelen een afwijking van het boven geschetste patroon. Een belangrijke tendens, die zich al sinds de jaren zestig manifesteert is de toenemende medezeggenschap van de werknemer in de onderneming. Mondigheid van de werknemer is inmiddels algemeen geaccepteerd en gewaardeerd.

De positie van de vakbeweging als legitieme vertegenwoordiger van werknemersbelangen is nog steeds erkend, maar wordt minder vanzelfsprekend aanvaard, blijkens de discussies over het systeem van arbeidsvoorwaardenvorming, de rol van de ondernemingsraad daarbij, en over wijzigingen in het stelsel van algemeen verbindendverklaring van cao-bepalingen.

De belangrijkste verandering in het mensbeeld van het sociaal recht vloeit voort uit de toegenomen deelname van vrouwen aan de betaalde beroepsarbeid. Mede hierdoor is naast de fulltime-werknemer in vaste dienst de flexibele arbeidskracht in vele varianten een normale verschijning geworden.

Een en ander heeft bovendien geleid tot een vervaging van het kostwinnersmodel. Ondersteund door internationaalrechtelijke normen voor gelijke behandeling van mannen en vrouwen heeft zich een ontwikkeling voorgedaan waarbij het kostwinnerschap als relevante factor in de sociale zekerheid geleidelijk verdwijnt.[7] Deelname van gehuwde vrouwen aan de beroepsarbeid is iets vanzelfsprekends geworden.

In het verlengde van deze ontwikkeling is ook de uit het kostwinnerstijdperk daterende norm voor de hoogte van het wettelijk minimumloon ter discussie komen te staan.[8]

Een andere belangrijke ontwikkeling is de toenemende aandacht in de sociale politiek voor de sterk gegroeide groep van langdurig werklozen. Voor hen en voor de eveneens omvangrijke groep van werkloze gehandicapten[9] worden maatregelen ontworpen die zich niet beperken tot inkomenscompensatie maar die vooral herintreding

---

6 Zie in dit verband met betrekking tot de achtergronden van de discussie over de vraag welke risico's door de sociale verzekering moeten worden gedekt: R. Holtmaat, Met zorg een recht? diss. Leiden 1992, Zwolle 1992, hoofdstuk IV.

7 Bijvoorbeeld de afschaffing van de WWV, aanpassingen in de AAW en de AOW, de vervanging van de AWW door de ANW en de '1990-generatie' in de Toeslagenwet.

8 SER advies 95/06 Dispensatie minimumloon.

9 Zie m.b.t. deze groep: J.J.M. Besseling: Werkloze arbeidsongeschikten, hoe normaal zijn ze?, SMA 1995, 50e jg. nr. 5, pp. 307-318.

in de betaalde arbeid ten doel hebben. Tezamen met de gegroeide participatie van vrouwen duidt dit op een verschuiving in het 'mensbeeld' waarin de groep van personen die geacht worden niet te kunnen of te hoeven werken aanzienlijk is geslonken.

2 Loonpolitiek als economische politiek en als inkomensbeleid

2.1 Permanent toezicht (1945-1970)

De overheidsbemoeienis met de arbeidsvoorwaardenvorming heeft van meet af aan voornamelijk in het teken gestaan van de economische politiek, zij het dat naderhand daarnaast inkomenspolitieke motieven meer gingen meespelen.[10] Intensieve bemoeienis met de loonvorming ontstond tijdens de Duitse bezetting. Daarna werd de loonpolitiek gebaseerd op het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Een centrale plaats in het systeem werd ingenomen door het College van Rijksbemiddelaars, dat met inachtneming van de aanwijzingen van de minister van Sociale Zaken richtlijnen vaststelde waaraan cao-partijen zich moesten houden.

De richtlijnen waren bedoeld om de loonontwikkeling te beheersen. Cao's behoefden de goedkeuring van het College om in werking te kunnen treden. De goedkeuring werd slechts verleend als de cao maxima voor de lonen vaststelde en als de arbeidsvoorwaarden overeenstemden met de richtlijnen.

Over de richtlijnen werd wel met de Stichting van de Arbeid overlegd, maar na 1949 konden werkgevers en werknemers het zelden meer eens worden.
Tot 1954 werden door het College verplichte algemene loonronden afgekondigd. De overheid streefde daarmee naar een nivellerende inkomenspolitiek, waarbij de cao dus als instrument van sociale politiek werd gebruikt.

In de loop van de jaren vijftig werd het in verband met het voltooide economisch herstel en krapte op de arbeidsmarkt steeds moeilijker de strakke loonbeheersing vol te houden. In 1959, toen liberalen de sociaal-democraten in de regeringscoalitie aflosten, werden de richtlijnen voor de loonvorming versoepeld. In het kader van de zogeheten gedifferentieerde loonvorming werden afwijkingen in de loonstijging per bedrijfstak toegestaan, gekoppeld aan de productiviteitsstijging. In feite had de overheid weinig greep meer op de ontwikkelingen, er werd op grote schaal met productiviteitscijfers gemanipuleerd om de gewenste loonstijgingen formeel binnen de richtlijnen te houden.

In een poging het loonpolitieke systeem te redden droeg de regering in 1963 de bevoegdheid tot het goedkeuren van cao's over aan de Stichting van de Arbeid. Ook de richtlijnen van het College van Rijksbemiddelaars zouden voortaan nog slechts met instemming van de Stichting kunnen worden vastgesteld. Formeel werden aldus de belangrijke loonpolitieke bevoegdheden in handen van het georganiseerde

10 Zie voor een beknopt overzicht van de Nederlandse loonpolitiek: H.L.Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, 12e dr., Deventer 1994, p. 182 e.v. Uitvoeriger: W.J.P.M. Fase, Vijfendertig jaar loonbeleid in Nederland, diss. Tilburg, Alphen a.d. Rijn 1980; T. van Peijpe, De ontwikkeling van het loonvormingsrecht, diss. Amsterdam, Nijmegen 1985.

bedrijfsleven gelegd. Toen de loonstijging ver uitging boven het door de regering toelaatbaar geachte niveau werd echter opnieuw ingegrepen. Daartoe werd een nooit eerder gehanteerde bevoegdheid uit de jaren dertig uit de kast gehaald, de onverbindendverklaring van bepalingen van reeds in werking getreden cao's. Het effect was voornamelijk dat de verhouding tussen regering en vakbeweging aanmerkelijk verslechterde.

Na een laatste stuiptrekking van het systeem in 1966/1967, toen het College weer tijdelijk met de toetsing van cao's werd belast, werden werknemers, werkgevers en regering het uiteindelijk eens over een systeem van vrije loonvorming. In afwachting van de totstandkoming van nieuwe wetgeving zou de Stichting voortaan de nieuwe cao's automatisch goedkeuren.

2.2 Loonmaatregelen (1970-1982)

In 1970 bracht de Wet op de loonvorming (WLV) een nieuw loonpolitiek regiem, waarbij vrij onderhandelen regel zou zijn en overheidsingrijpen uitzondering. In de volgende jaren wisselden perioden van vrije onderhandelingen en van loonpolitieke ingrepen elkaar af. Tot in 1982 werd niet minder dan zeven maal de onderhandelingsvrijheid voor enkele maanden aan banden gelegd door middel van algemene loonmaatregelen. Er kwam nu meer nadruk te liggen op het inkomensbeleid. Speciale wetgeving (de tijdelijke Machtigingswet 1974 en de wijziging van de WLV in 1980) maakte het mogelijk dat niet alleen de grenzen voor de loonvorming werden getrokken door de overheid, maar dat de minister van SZW ook zelf de inhoud van arbeidsvoorwaarden kon vaststellen.

Inmiddels was de Nederlandse loonpolitiek door de vakbeweging onder de aandacht gebracht van de Commissie van Deskundigen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO), die zich kritisch uitliet over de verenigbaarheid van deze praktijken met de vakverenigingsvrijheid, gewaarborgd in conventie 87. Mede naar aanleiding van de kritiek vanuit de IAO werd de WLV in 1987 gewijzigd, waarbij de mogelijkheid tot overheidsingrijpen werd teruggedrongen tot acute noodsituaties. Een vergelijkbare ontwikkeling deed zich voor met de speciale wetgeving voor de arbeidsvoorwaardenvorming in de collectieve sector, die na enkele aanpassingen tenslotte in 1995 geheel werd ingetrokken, eveneens naar aanleiding van kritiek uit de IAO.[11]

De politiek van door de overheid opgelegde algemene loonmaatregelen keerde na 1982 niet meer terug. De overheidsbemoeienis is sedertdien van karakter verander, maar niet verdwenen.[12]

---

11 Lammy Betten, International Labour Law, selected issues, Deventer/ Boston 1993, p. 98 e.v.; L. Betten, De regering gaat overstag na ILO missie, SMA 1984, jg. 39 nr. 7/8, p.489-495; H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, 12e dr., Deventer 1994, p. 190 e.v.

12 Vgl. de analyse van Rood in Van loonpolitiek tot budgetpolitiek, a.w.

2.3 *Globale sturing (sinds 1982)*

Globale beïnvloeding van de loonvorming uit economische beleidsmotieven is blijven bestaan. Daartoe worden met name de volgende drie instrumenten gehanteerd:

a. tripartiete overleg

Deze vorm van overheidsbemoeienis is altijd de spil geweest waar de loonpolitiek om draait. Het mislukken van de loonpolitiek in de jaren zestig is niet terug te voeren op een gebrek aan loonpolitieke bevoegdheden, maar aan het wegvallen van de basisovereenstemming in het centraal overleg.

Ook in de jaren negentig is dit nog een invloedrijk instrument. Voor succesvolle overheidsbemoeienis is het niet noodzakelijk dat het overleg tot volledige overeenstemming leidt, wel echter dat de doelstellingen van de overheid voldoende steun vinden bij het georganiseerde bedrijfsleven.

b. dreiging met ingrijpen

De geschiedenis van de loonpolitiek kent vele voorbeelden van succesvolle overheidsinvloed door middel van een dreiging met ingrijpen, al dan niet binnen het kader van tripartiete overleg.

Het in 1982 gesloten akkoord van Wassenaar, waarbij werkgevers en werknemers in de Stichting van de Arbeid uitgangspunten vastlegden voor een arbeidsvoorwaardenbeleid gericht op loonmatiging en bevordering van de arbeidsparticipatie, kwam tot stand na een dreigende overheidsingreep in de loonvorming. Dankzij het akkoord, dat een keerpunt in de loonpolitiek markeerde, werd van een loonmaatregel afgezien. Vergelijkbare akkoorden werden onder druk van de overheid gesloten voor het arbeidsvoorwaardenbeleid voor 1993 en 1994. Door het laatstgenoemde akkoord werd een loonbevriezing voor een heel jaar voorkomen.

c. bevriezing minimumloon

In de tijd van de geleide loonpolitiek had de overheid in het kader van het algemene loonbeleid ook greep op de ontwikkeling van de minimumlonen. In 1968, toen gewerkt werd aan de afschaffing van het algemene loonpolitieke regiem van het BBA, werd voor de minimumlonen een aparte voorziening getroffen in de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. De wet voorzag in een halfjaarlijkse aanpassing[13] van het minimumloon aan de algemene loonontwikkeling. In de praktijk is dikwijls van die aanpassing afgezien uit loonpolitieke overwegingen, onder meer omdat stijging van het minimumloon een opwaartse druk op de algemene loonontwikkeling uitoefent. Daarnaast speelde het effect op de aan het minimumloon gekoppelde sociale zekerheidsuitkeringen een rol.

13 De aanpassing, en de mogelijkheid daarvan af te zien in geval van een zekere 'bovenmatige loonontwikkeling', is thans geregeld in de Wet koppeling met afwijkingsmogelijkheden.

3 Loonpolitiek als sequeel van het arbeidsmarktbeleid

In de doelstellingen van de loonpolitieke bemoeienis van de overheid is intussen een nieuw element op de voorgrond getreden. Naast het oogmerk om uit economische beleidsoverwegingen de loonkosten te beheersen zijn arbeidsmarktpolitieke doelstellingen een grotere rol gaan spelen. Dit komt sinds 1991 onder meer tot uitdrukking in de voorwaarden waaronder volgens de Wet koppeling met afwijkingsmogelijkheid mag worden afgezien van de halfjaarlijkse koppeling van het minimumloon (en uitkeringen) aan de algemene loonontwikkeling. Die wet bepaalt dat afwijking van de koppeling is toegestaan onder meer indien sprake is van een zodanig bovenmatige loonontwikkeling, dat hiervan schade voor de werkgelegenheid kan worden verwacht.

De zorg voor de werkgelegenheid, in het bijzonder voor de groepen die het meest getroffen worden door langdurige werkloosheid, heeft ertoe geleid dat naast de in de vorige paragraaf onder *a.*, *b.*, *c.* genoemde vormen van bemoeienis de volgende nieuwe varianten zijn ingevoerd respectievelijk worden overwogen.

d. dispensatie minimumloon

Eind 1994 kwam de minister van SZW met twee loonpolitieke voorstellen gericht op een verbetering van de arbeidsmarktpositie van laaggekwalificeerde werklozen.

Het eerste voorstel voorzag in een tijdelijke dispensatie van het wettelijk minimumloon voor bepaalde groepen werkzoekenden, met name langdurig werklozen, migranten en jongeren. Dispensatie zou voor maximaal twee jaar verleend kunnen worden, en toepassing kunnen vinden op voorwaarde dat cao-partijen of de betrokken ondernemingsraad daarmee zouden instemmen. Hoewel de SER dat voorstel heeft afgewezen[14] heeft de minister in de sociale nota 1996 nieuwe voorstellen op dit punt aangekondigd.

e. (dreigen met) selectieve toepassing avv

Het tweede van de hierboven bedoelde voorstellen behelst een selectieve toepassing van het instrument van de algemeen verbindendverklaring (avv) van cao-bepalingen.[15] Om voor avv in aanmerking te kunnen komen zouden de loonbepalingen van cao's voortaan aan twee voorwaarden moeten voldoen. In de eerste plaats zou voor eenvoudige functies als aanvangsloon niet meer dan het wettelijk minimumloon mogen gelden. In de tweede plaats zou voor werknemers 'met een grote afstand tot de arbeidsmarkt' een tijdelijke dispensatie van de geldende cao-schalen mogelijk moeten zijn. Tot een daadwerkelijke toepassing van selectieve avv is het in 1995 nog niet gekomen, maar de minister heeft in het najaarsoverleg van dat jaar duidelijk laten merken de druk op de ketel te willen houden.

Het zou mijns inziens te ver gaan om niet algemeen verbindend verklaren als een

14 SER advies 95/06 Dispensatie minimumloon.

15 Zie voor de discussie hierover, waartoe al een jaar eerder een aanzet was gegeven: TK 23 532.

loonpolitieke ingreep te kwalificeren[16], maar het is wel een vorm van overheidsbemoeienis met arbeidsvoorwaardenvorming en dat geldt ook voor het enkele dreigen met een dergelijke 'maatregel'.

f. loonpolitieke aspecten van inschakeling werkzoekenden

Overheidsbemoeienis met de loonvorming kan ook voortkomen uit arbeidsmarktpolitieke maatregelen waarbij voor werklozen werkgelegenheid wordt gecreëerd. Dergelijke bemoeienis heeft zich in het verleden voorgedaan in de Werkverschaffing in de jaren dertig en bij de Dienst Uitvoering Werken (DUW) waarin vanaf 1944 werklozen werden tewerkgesteld. De DUW werd in 1954 afgeschaft. Wel bestaan nog speciale werkgelegenheidsprojecten voor een beperkte categorie van gehandicapte werkzoekenden, sinds 1967 gebaseerd op de Wet sociale werkvoorziening (WSW). In de jaren tachtig en negentig zijn nieuwe vormen geschapen van wat thans gesubsidieerde arbeid wordt genoemd. De minister van SZW heeft in een nota van augustus 1995 de voornemens van het kabinet uiteengezet om deze verschillende maatregelen te stroomlijnen.[17] De hoofdlijnen van die nota voorzover hier van belang behelzen het volgende.

Drie hoofdtypen van gesubsidieerde arbeid worden onderscheiden. In de eerste plaats het op de WSW gebaseerde type, waarbij de overheid bedrijven in stand houdt voor de werkgelegenheid van gehandicapten voor wie het werken onder gewone omstandigheden niet mogelijk is. In de tweede plaats de detachering van werknemers bij reguliere werkgevers in het kader van banenpools, de Jeugd werkgarantie wet (JWG) en ook in het kader van de WSW. Bij deze twee typen spelen de gemeenten (respectievelijk door de gemeenten in stand gehouden stichtingen en instellingen) een actieve rol in de plaatsing en begeleiding van de werknemers.

Bij de derde vorm van gesubsidieerde arbeid staat de overheid meer op afstand. Het gaat om arbeid bij reguliere werkgevers, waarbij de arbeidskosten worden verminderd door loonkostensubsidie of door korting op de afdracht van sociale verzekeringspremies. Voorbeelden zijn de Wet bevordering arbeidsinpassing (WBA, voorheen "Wet Vermeend-Moor") en de op de Arbeidsvoorzieningswet gebaseerde Kaderregeling arbeidsinpassing.

Het kabinet stelt voor de verschillende vormen van gesubsidieerde arbeid in één regeling samen te brengen, met uitzondering van de WSW, die in gewijzigde vorm met aangescherpte toelatingseisen zal blijven voortbestaan.

De voorgestelde regeling, voorlopig aangeduid als Wet inschakeling werkzoekenden (WIW), beoogt te voorzien in een gemeentelijk werkfonds, waaruit de diverse werkgelegenheids- en herinschakelingsmaatregelen voor de doelgroepen worden bekostigd. De maatregelen hebben betrekking op twee categorieën van werkzoekenden: de kansarme werkzoekenden die via een tijdelijk verblijf in een gesubsidieerde arbeidsplaats kunnen doorstromen naar reguliere arbeid op de arbeidsmarkt en degenen

16 anders: N. van Veen, Overheidsingrijpen in collectieve arbeidsovereenkomsten, diss. VU Amsterdam, Deventer 1976.

17 Nota Stroomlijning van gesubsidieerde arbeid, TK 1994/95, 24 347.

voor wie de afstand tot de arbeidsmarkt zo groot is dat ze geen concurrerend aanbod meer kunnen vormen, zodat ze duurzaam op gesubsidieerde arbeid zijn aangewezen. Volgens de nota zullen arbeidsovereenkomsten worden aangeboden voor een duur van in beginsel twee jaar, met een omvang van 32 uur per week tegen een evenredig deel van het minimumloon.

De reeds op grond van de WBA bestaande financiële voordelen voor werkgevers die een langdurig werkloze in dienst nemen blijven gehandhaafd in gewijzigde vorm. Daarbij geldt als voorwaarde dat de beloning niet meer bedraagt dan 130% van het wettelijk minimumloon.

Tenslotte voorziet de nota in de toekomst een mogelijke uitbreiding in het verlengde van de lopende experimenten met de inzet van uitkeringsgelden voor werkgelegenheid. Uit het oogpunt van overheidsbemoeienis met de arbeidsvoorwaardenvorming hebben de bestaande en de voorgenomen maatregelen met betrekking tot gesubsidieerde arbeid als gemeenschappelijk kenmerk dat aan de beloning een bovengrens is gesteld, gerelateerd aan het wettelijk minimumloon.

4 Juridische grenzen voor de hedendaagse loonpolitiek

De loonpolitiek die tot 1982 werd gevolgd kwam in botsing met juridische grenzen voortvloeiend uit internationale normen. Nu staat te bezien of de loonpolitiek anno 1996 volledig van een dergelijk conflict is gevrijwaard.
Geconstateerd is dat de hedendaagse loonpolitiek vooral gekenmerkt wordt door een terugtred van de overheid. Daarom zal eerst worden nagegaan of aan die terugtred juridische grenzen zijn gesteld. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de boven beschreven nieuwe vormen van overheidsbemoeienis een begrenzing zouden kunnen vinden in het recht op collectief onderhandelen.

4.1 Grenzen aan de terugtred

Op het eerste gezicht is de vrijheid van de overheid om terug te treden op het gebied van de arbeidsvoorwaardenvorming onbeperkt, zulks in tegenstelling tot de vrijheid om in te grijpen.

Vat men het begrip overheidsbemoeienis ruim op, zodat daaronder ook wordt begrepen het totstandbrengen en in stand houden van de regelingen en instellingen die het proces van arbeidsvoorwaardenonderhandeling en de juridische vormgeving van de resultaten ondersteunen, dan lijkt althans in theorie wel een juridische grens voor de terugtred aan te geven.

Nederland is op grond van diverse verdragen (ESH, IAO-conventies 154 en 98[18]) verplicht het collectief onderhandelen te bevorderen. Aan die verplichting is voldaan doordat tal van wettelijke maatregelen het proces van collectief onderhandelen ondersteunen en de uitkomsten van die onderhandelingen sanctioneren: wettelijke

18 Laatstgenoemde conventie, daterend van 1949, werd pas in 1994 door Nederland geratificeerd.

regeling van cao en avv, regeling voor georganiseerd overleg en advies en arbitrage in het ambtenarenrecht, toekenning van wettelijke taken en bevoegdheden aan de Stichting van de Arbeid, enzovoort. Als de Nederlandse wetgever het stelsel van collectief onderhandelen zou ondermijnen, bijvoorbeeld door iedere rechtswerking aan de cao te ontzeggen, zou dat mijns inziens strijd zijn met de hier bedoelde bevorderingsplicht. Genuanceerder ligt het echter indien de wetgever het onverstandige besluit zou nemen het stelsel te veranderen door daaruit een weliswaar belangrijk maar niet onmisbaar element als de avv weg te nemen. Enerzijds zou een dergelijke afkalving van het ter ondersteuning van de cao opgebouwde stelsel haaks staan op het bevorderen van collectief onderhandelen, zeker indien zulks abrupt en zonder compenserende maatregelen zou worden ingevoerd. Anderzijds stellen de desbetreffende verdragsbepalingen[19] het instrument van de avv geenszins verplicht. Indien voldoende voorwaarden zijn geschapen voor de ontwikkeling van een behoorlijk stelsel van vrije collectieve onderhandelingen, lijkt aan de verdragsverplichtingen te zijn voldaan. Een extensieve interpretatie van deze verdragsbepalingen draagt het gevaar in zich dat de daaraan gebonden staten te zeer worden beknot in de vrijheid het wettelijk kader voor hun nationale systeem van arbeidsverhoudingen naar eigen inzicht aan te passen aan veranderende omstandigheden en opvattingen. Instandhouding van het Nederlandse systeem van avv is mijns inziens gewenst, maar niet tegen elke prijs. Terugtred van de overheid zou ook op nog andere wijze op juridische grenzen kunnen stuiten, wat geïllustreerd kan worden aan de hand van de samenhang tussen sociale zekerheid en arbeidsvoorwaarden. De huidige tendens tot privatisering van de sociale zekerheid vertoont in dit verband een interessante paradox.[20]

Bepaalde risico's worden weliswaar geprivatiseerd, maar de overheid wil de gevolgen daarvan toch niet geheel overlaten aan het vrije spel van de markt. Zekere arbeidsrechtelijke garanties worden in het leven geroepen, die neerkomen op een wettelijke bemoeienis met de arbeidsvoorwaardenvorming. Bijvoorbeeld: het (stapsgewijs) terugdringen van de verplichte ziekengeldverzekering op grond van de Ziektewet gaat gepaard met uitbreiding van de arbeidsrechtelijke sociale zekerheid op grond van 7A: 1638c, 1638ca en 1638cb BW.

Aldus impliceert de terugtred van de overheid in de sociale zekerheid tegelijkertijd een opmars in de bemoeienis met arbeidsvoorwaarden. Het gat dat in de sociale zekerheid wordt geslagen door de terugtred van de overheid wordt zodoende gerepareerd. Nu gelden ook voor de sociale zekerheid bepaalde internationale minimumnormen die onder meer zijn vastgelegd in de Europese Code inzake de sociale zekerheid en IAO-conventie 102. Die normen worden thans binnen ons stelsel gegarandeerd door de sociale zekerheidswetgeving. Voortgaande privatisering op dit gebied zou er toe kunnen leiden dat de overheid zich moet bemoeien met de arbeidsvoorwaarden teneinde die minimumnormen te kunnen garanderen. In dat - vooralsnog zuiver theoretische-geval is het denkbaar dat terugtred in de bemoeienis

19 Met name artikel 6 ESH en artikel 4 IAO-conventie 98.

20 Vgl. P. F. van Loo, Evenwicht, SMA 1995, jg. 50, nr 7/8, p. 407-411; W.J.P.M. Fase, Wederzijds begrip, oratie Maastricht 1993, Deventer 1993.

met arbeidsvoorwaarden zou stuiten op de grenzen van een internationale minimumnorm.

4.2 Grenzen aan de hedendaagse bemoeienis met arbeidsvoorwaarden

In de vorige paragrafen is een zestal modaliteiten van hedendaagse overheidsbemoeienis met arbeidsvoorwaarden onderscheiden. Drie van die modaliteiten kunnen de toets aan de norm van het recht op collectief onderhandelen glansrijk doorstaan: het tripartiete overleg (a), de bevriezing van het minimumloon (c) en de dispensatie van het minimumloon (d). Geen van deze vormen van bemoeienis legt immers een beperking op aan de vaststelling van arbeidsvoorwaarden door collectief onderhandelen.

Dreiging met ingrijpen (b) lijkt mij op zich ook nog geen schending van de onderhandelingsvrijheid, tenzij het zou plaatsvinden in een context waarin daadwerkelijke ingrepen regelmatig voorkomen. In dat geval zou de ingreep waarmee gedreigd wordt getoetst moeten worden aan de door de Commissie van Deskundigen van de IAO opgestelde normen, die globaal hierop neerkomen, dat de maatregel uitzonderlijk, noodzakelijk en tijdelijk moet zijn en gepaard moet gaan met bescherming van de levensstandaard van de werknemers.[21]

Selectieve avv (e) bevindt zich uit een oogpunt van onderhandelingsvrijheid op een hellend vlak. Hantering van dit instrument impliceert dat de overheid vaststelt welke arbeidsvoorwaarden toelaatbaar zijn en welke niet. Of dit strijd met de onderhandelingsvrijheid zal opleveren is in abstracto niet te zeggen, maar het kan zich mijns inziens in een concreet geval voordoen. Indien dit instrument gebruikt zou worden om een door de overheid vastgestelde loonmatiging af te dwingen zou ik denken dat de onderhandelingsvrijheid wordt belemmerd in een mate die niet in overeenstemming is met de normen van IAO-conventies 87 en 98.
Tenslotte, de bemoeienis met arbeidsvoorwaarden die voortvloeit uit de maatregelen inzake gesubsidieerde arbeid (f).

Hier komt onwillekeurig de discussie in herinnering die in de jaren tachtig is gevoerd over de toelaatbaarheid van overheidsbemoeienis met arbeidsvoorwaarden in de gesubsidieerde sector. Die discussie mondde uit in het schrappen uit de Wet arbeidsvoorwaardenontwikkeling gepremieerde en gesubsidieerde sector (WAGGS) van de mogelijkheid overeengekomen arbeidsvoorwaarden te 'bevriezen'.[22] Het geeft dus te denken dat de overheid nu onbekommerd meent grenzen te kunnen stellen aan de beloning van gesubsidieerde arbeid. Dat hier problemen zullen rijzen ligt voor de hand. De Nederlandse Organisatie Sociale Werkvoorziening heeft al laten weten dat de WSW-werkgevers graag wat meer vrijheid in de beloningsnormen zouden behouden dan het kabinet wil toestaan, en de invoering van de 'Melkert banen' leidde eind 1994 al tot conflicten over de beloning van voormalige banenpool-werknemers bij de Amsterdamse tram, die nu tegen een lagere beloning zouden moeten doorstromen

21 ILO Committee of Experts, 1983 General Survey, p. 104.
22 W. Plessen, SER-advies WAGGS, WAGGS op de helling, SMA 1992, 47e jg. nr. 6, p. 331 e.v.

naar een 'Melkert baan'. Gesteld zou kunnen worden dat het recht op vrije collectieve onderhandelingen gerespecteerd moet worden, ook wanneer het gaat om gesubsidieerde arbeid.[23]

Daar kan tegenover gesteld worden dat werkgelegenheidsprojecten voor langdurig werklozen wezenlijk verschillen van arbeid van reguliere werknemers in de collectieve sector. Het verschil is gelegen in het feit dat laatstgenoemde werknemers een marktwaarde bezitten die zij door collectief onderhandelen eventueel ondersteund door collectieve acties kunnen realiseren. Voor langdurig werklozen gaat dat niet op. Door het gemis aan economische machtsmiddelen kunnen zij in collectieve onderhandelingen geen vuist maken. Bijgevolg valt er ook geen mogelijk onderhandelingsresultaat aan te wijzen waarop de overheidsbemoeienis inbreuk zou kunnen maken.

Dit tegenargument lijkt mij sterk, maar het kent zijn begrenzingen.
In beginsel vormt de vaststelling door de overheid van grenzen voor de beloning van dit type gesubsidieerde arbeid geen inbreuk op de onderhandelingsvrijheid.
Dat kan mijns inziens echter veranderen wanneer zich namens de gesubsidieerde werknemers een onderhandelingspartner zou aandienen die wel een vuist kan maken en in beginsel in staat is een beter resultaat af te dwingen dan de overheid zou willen toestaan. Zulks zou kunnen gebeuren indien gesubsidieerde werknemers tegen lagere arbeidskosten worden ingezet voor arbeid waarvoor zich ook werknemers op de vrije arbeidsmarkt aanbieden.[24] De logica van de arbeidsmarkt brengt mee dat in zo'n geval de vakbond van laatstgenoemden zich met de gesubsidieerde werknemers kan solidariseren en hogere arbeidsvoorwaarden bedingt dan de subsidieregeling toestaat. Gaan de desbetreffende werkgevers daarvoor door de knieën dan verspelen ze mogelijk de arbeidskostensubsidie (c.q. afdrachtkorting). Erkenning van het recht op collectief onderhandelen impliceert echter wel dat een dergelijk onderhandelingsresultaat -al dan niet in de vorm van een cao- door de overheid wordt gerespecteerd.

In vergelijking met vijftig jaar geleden is de overheid teruggetreden en wordt de loonvorming meer overgelaten aan de krachten van de markt. Onder internationale invloed heeft strakke regulering plaatsgemaakt voor globale sturing.
Inmiddels is ook in de doelstellingen van de overheidsbemoeienis een verschuiving opgetreden: rechtvaardige inkomensverdeling is naar de achtergrond gedrongen en bevordering van de arbeidsparticipatie is als nieuwe doelstelling opgekomen.
Deze gedaantewisseling van de loonpolitiek kan gezien worden als een weerspiegeling van de verandering in het sociaalrechtelijk mensbeeld van de afgelopen vijftig jaar.

---

23 Voor de banenpools werd invoering van cao's bepleit door A.J.C.M. Geers, Op de grenzen van arbeidsmarktbeleid, grondrechten, arbeidsrecht en sociale-zekerheidsrecht: de banenpool, in: Sociaal recht: de Grenzen verkend (De Leede bundel), Zwolle 1994.

24 Indien niet alleen de netto kosten (na verrekening van subsidie of afdrachtkorting) maar ook de aan de gesubsidieerde werknemers betaalde lonen lager uitvallen dat de reguliere lonen voor dezelfde arbeid, kan gesteld worden dat de werkgever niet 'als goed werkgever' handelt, dus in strijd met artikel 7A: 1638z BW. Vgl. HR 8 april 1994, m.n. I.P. Asscher-Vonk, SMA 1994, jg. 49, nr11/12, pp. 618-624.

Vakbond of ondernemingsraad?

M.M. OLBERS

1 Inleiding

Bij de eerste in 1949 gesloten CAO voor het verkopend en administratief personeel van Vroom & Dreesmann was als bijlage opgenomen een brief van de Directie aan de medewerk(st)ers. Daarin werd meegedeeld dat men gehoor heeft gegeven aan de wens van de georganiseerde werknemers om de arbeidsvoorwaarden vast te leggen in een met de vakorganisaties gesloten contract. De brief ging als volgt verder: 'Wij hebben daarmede de bedoeling gehad, U naarmate van de huidige mogelijkheden rechts- en bestaanszekerheid te verschaffen bij Uw arbeid in onze onderneming, in het vertrouwen, dat daardoor de band tussen personeel en directie versterkt moge worden tot zegen van onze onderneming en van allen die daarbij betrokken zijn. Ten zeerste betreuren wij het echter, dat er onder ons personeel nog zovelen zijn, die de betekenis van de vakorganisatie - niet alleen voor hun eigen positie, maar ook voor het gehele sociale bestel in ons vaderland - tot op heden miskend hebben en nog niet als lid zijn toegetreden. Wij willen van deze gelegenheid gebruikmaken, om U mede te delen, dat wij het op hoge prijs stellen, dat ons gehele personeel, van welke rang dan ook, lid is van een vakorganisatie die overeenkomt met het beroep en de levensbeschouwing van betrokkene'.

Deze brief van de Directie werd gevolgd door een schrijven van de samenwerkende organisaties voor handels- en kantoorbedienden, waarin de werknemers ook werden opgewekt zich als lid van één der bonden aan te melden. Om dit te vergemakkelijken was in de cao tevens een aanmeldingsformulier opgenomen. Men kon lid worden van de Nederlandse Katholieke Bond van Administratief, Verkopend en Verzekeringspersoneel 'St. Franciscus van Assisië', de Algemene Nederlandse Bond van Handels- en Kantoorbedienden en Handelsreizigers 'Mercurius' of de Nederlandse Vereniging van Christelijke Kantoor- en Handelsbedienden. 'S.v.p. doorhalen wat niet verlangd wordt'.

Drie zaken vallen op in dit stukje toch nog vrij recente arbeidsrechtelijke historie. Ten eerste het feit dat de vakbonden toen nog een organisatiestructuur naar het beroep van de werknemer kenden. Ten tweede de vanzelfsprekendheid van de keuze voor een bond, die overeenkwam met je levensbeschouwing. En tenslotte - en dit is in het kader van deze bijdrage het meest opmerkingswaardig - de uitdrukkelijke opwekking van de werknemers door hun werkgever om lid te worden van een vakorganisatie. Uit die oproep van de werkgever blijkt nog de vanzelfsprekendheid van de rol van de vakorganisaties bij de arbeidsvoorwaardenvorming. Nu is het klimaat aanzienlijk slechter voor de vakbonden. Vanwege het teruglopen van hun ledenaantallen wordt soms getwijfeld aan hun representativiteit bij de arbeidsvoorwaardenonderhandelingen. Als nu door een werkgever een oproep zou worden gedaan aan zijn werknemers om lid te worden van een vakbond, is dat veeleer om lid te worden van een alleen met zijn onderneming verbonden vakbond met wie de werkgever een cao wil sluiten om op die wijze aan de toepasselijkheid van een avv-cao geldend voor de gehele bedrijfstak te ontkomen. Overigens zij hierbij direct aangetekend dat de organisaties van werkgevers ook recent nog enkele malen hebben laten blijken de waarde van de cao als instrument van sociale ordening in de bedrijfstak te erkennen.[1] In verband met de behoefte tot decentralisering van en differentiatie in de arbeidsvoorwaardenvorming en de wens van werknemers tot meer keuzevrijheid met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, wordt echter gezocht naar andere methoden van regeling van arbeidsvoorwaarden. Uiteraard zou men dan kunnen wijzen op de individuele arbeidsovereenkomst als het daarvoor meest geëigende instrument. Werknemers zien echter het overleg over hun arbeidsvoorwaarden bij voorkeur op zo'n wijze plaatsvinden dat namens het collectief van werknemers wordt onderhandeld, waardoor in ieder geval meer sprake is van een machtsevenwicht in die onderhandelingen. Wordt namens het collectief van werknemers opgetreden bij onderhandelingen over arbeidsvoorwaarden, dan zal de uitkomst van die onderhandelingen ook noodzakelijkerwijs zijn neerslag moeten vinden in een collectieve regeling. Ook werkgevers zullen, ongeacht ontwikkelingen als decentralisering, differentiatie en behoefte aan maatwerk, voorkeur blijven houden voor collectieve regelingen. Die voorkeur kan zijn ingegeven door de wens of noodzaak van een uniforme regeling van een bepaalde arbeidsvoorwaarde, door een afkeer van het apart moeten onderhandelen met elke werknemer of simpelweg het gevolg zijn van het feit dat de gewenste regel slechts krachtens collectieve regeling rechtsgeldig tot stand kan komen. Bij dat laatste moet men dan denken aan dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen waarvan alleen bij collectieve regeling kan worden afgeweken. Een recent voorbeeld hiervan is de nieuwe Arbeidstijdenwet.

Uitgaande van de wens en soms ook de noodzaak van collectieve regeling van arbeidsvoorwaarden op het decentrale niveau van de onderneming dient zich vervolgens de vraag aan wie de regiefunctie aan werknemerszijde moet vervullen bij de totstandkoming van die collectieve regeling. Moet dat de vakbond blijven, zoals hij dit nu ook

---

1 Zie ondermeer hun stellingname in de SER-adviezen over algemeen verbindendverklaring (92/14) en over het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad (94/06).

als is indien sprake is van een ondernemings-cao of behoort de ondernemingsraad daar, gelet op de afnemende legitimatie van de vakbeweging, een eigen rol in te worden toegekend of dienen, zoals minister Melkert dat in zijn Voornemen tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden heeft aangegeven, ondernemingsraden en vakbonden ten opzichte van elkaar complementaire kanalen van werknemersvertegenwoordiging te zijn, ook waar het betreft de totstandkoming van collectieve regelingen van arbeidsvoorwaarden?[2] De vraag hoe de keuze moet worden bepaald dan wel zou moeten zijn, wordt hieronder beantwoord aan de hand van korte beschouwingen over de representativiteit van de vakbond en de ondernemingsraad als belangenbehartiger bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaardenregeling en over de internationale en nationale regelingen inzake de vertegenwoordiging van werknemers in het collectief overleg over arbeidsvoorwaarden.

2 Representativiteit van de vakbond

Vanwege een teruglopende organisatiegraad wordt wel getwijfeld aan de representativiteit of legitimiteit van de vakorganisaties in hun rol van onderhandelaars over arbeidsvoorwaarden. Voor een juiste waardering van deze twijfel is het goed zich allereerst te realiseren dat de wetgever zich vóór de totstandkoming van de Wet op de cao uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de vraag of er eisen omtrent ledentallen van vakbonden moesten worden gesteld om rechtsgeldig cao's te kunnen afsluiten. In de MvA wordt gezegd: 'Bepaalde eisen omtrent het ledental of het aantal bij de leden in dienst zijnde arbeiders, kan men zich denken in eene regeling nopens bindendverklaring. Doch er is geen reden zoodanige eischen te stellen aan overeenkomsten, waardoor alleen partijen en dezer leden zijn gebonden'.[3] Niet-leden zijn dus niet gebonden door het onderhandelingsresultaat, ook niet voor zover zij werkzaam zijn bij een wel door de cao gebonden werkgever (art. 14 Wet op de cao). De werknemers, die geen lid zijn van een cao-partij, kunnen verlangen dat de werkgever de met hen overeengekomen arbeidsvoorwaarden respecteert. Zelfs zouden zij met gebruikmaking van het stakingswapen kunnen pogen te voorkomen dat hun werkgever een voor hem geldende cao op hen toepast. Juist is dan ook de opmerking van Fase dat het in art. 14 Wet op de cao neergelegde systeem het onnodig maakt om aan vakorganisaties eisen van representativiteit op te leggen.[4] Elders is dezelfde auteur nog een stap verder gegaan. Werknemersorganisaties moeten het voor het bereiken van een goed onderhandelingsresultaat volgens hem niet hebben van hun legitimiteit, maar van hun kracht.[5] Ik sluit mij aan bij zijn visie. Primair moet het gaan om werknemersverenigingen die bereid en in staat zijn druk uit te oefenen in

2 TK 1994/1995, 24 132, nr. 1, p. 21.

3 TK 1926/1927, 166, nr. 4, p. 7.

4 W.J.P.M. Fase, Als het onderhandelingsfront breekt, Christen Democratische Verkenningen 6/86, p. 240.

5 W.J.P.M. Fase, Collectief arbeidsrecht na 50 jaar, in: Vijftig jaar sociaal recht in Leiden, Deventer, 1986, p. 36.

de onderhandelingen om zo voor hun leden het beste resultaat eruit te slepen. Stelt een organisatie zich niet antagonistisch op in het cao-overleg en is tevens sprake van een organisatie die geen of een zeer gering aantal leden telt onder de werknemers waarvoor de cao zal gaan gelden, dan zal dat feit mede het oordeel kunnen beïnvloeden of er wel een rechtsgeldige cao tot stand is gekomen. In het algemeen zal men er echter weinig behoefte aan hebben de rechter een oordeel over dit soort vragen te ontlokken. De door die organisatie overeengekomen cao bindt immers juridisch geen of een zeer gering aantal werknemers. De noodzaak een rechterlijk oordeel over de geldigheid van een cao-bepaling te vragen kan echter wel opkomen, als door die cao voor alle werknemers, werkzaam bij een werkgever die de cao is aangegaan, een ander wettelijk beschermingsniveau met betrekking tot de arbeid gaat gelden dan die in beginsel uit de wet voortvloeit. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen indien bij zo'n cao gebruik is gemaakt van de uiterste grenzen die de overlegregeling van de nieuwe Arbeidstijdenwet biedt. Maakt de werkgever feitelijk gebruik van deze door de cao geboden ruimte, dan is hij niet strafbaar noch is sprake van een nietige afwijking van de wettelijke standaardregeling inzake arbeidstijden. Dit gevolg kan werkgevers er mogelijk toe verleiden op zoek te gaan naar een cao-partij die bereid is hun verlangens op dit punt in te willigen. Dit is niet louter fictie. Eerder sloten werkgevers immers al met nieuw opgerichte aan de onderneming geparenteerde vakbonden onderneming-cao's af om aan de werkingssfeer van een avv-cao te ontkomen. Een ander voorbeeld is de werkgeversorganisatie van kleine uitzendbureaus (NBBU), die nog ergens in den lande een kleine obscure vakbond (OVB) vond, die bereid was met haar een cao overeen te komen. Nog een stapje verder zou zijn, als men een cao zou afsluiten met een buitenlandse vakbond, omdat er zich in Nederland geen cao-partij aan werknemerszijde aanbiedt. Dergelijke ontwikkelingen zijn, nu de wet geen eisen stelt terzake de representativiteit van vakverenigingen, alleen te keren door aan de rechter de vraag voor te leggen of in die gevallen sprake is van de totstandkoming van rechtsgeldige cao's.

Hoewel de Nederlandse wetgeving aan vakbondsorganisaties geen representativiteitseisen stelt om rechtsgeldig cao's te kunnen afsluiten, speelt uiteraard het aantal werknemers dat de organisatie vertegenwoordigt feitelijk wel een rol bij de vraag of zij als onderhandelingspartner bij het arbeidsvoorwaardenoverleg zal worden geaccepteerd en of er voor het mede door haar bereikte onderhandelingsresultaat een voldoende draagvlak zal zijn onder de werknemers. Sinds jaar en dag is de situatie zo dat de bij de drie grote vakcentrales FNV, CNV en MHP aangesloten bonden ongeacht hun ledental worden toegelaten tot het overleg. Andere organisaties worden veelal geweerd en kunnen alleen middels een rechterlijke uitspraak toegang tot dat overleg forceren op grond van het feit dat zij een representatieve organisatie zijn. Omdat ten aanzien van de eerstgenoemde organisaties geen representativiteitseisen worden gesteld en men voorts constateert dat de organisatiegraad van werknemers nu lager is dan vroeger, worden wel vraagtekens gezet bij de legitimiteit van de met de vakorganisaties overeengekomen arbeidsvoorwaardenregelingen. In het kader van dit opstel kan niet ingegaan worden op alle werkelijke dan wel vermeende oorzaken voor het afbrokkelen van het gezag van de vakbonden. Wel passen hier enkele

relativerende kanttekeningen. Zo was de organisatiegraad in 1909 11% en in 1930 nog maar 28% van het aantal personen in dienstbetrekking werkzaam,[6] zonder dat dit in die tijd leidde tot een discussie over de representativiteit van vakbonden bij het cao-overleg. Een ledental van 1,8 miljoen met een gemiddelde contributieverplichting van ca. *f* 250,-- per jaar steekt in deze tijd van zgn. individualisering niet ongunstig af tegen andere grote maar minder omstreden belangenbehartigers als de Consumentenbond, die slechts 650.000 leden telt en waarvan het lidmaatschapsgeld nog geen *f* 60,-- per jaar bedraagt. De teruggang van de organisatiegraad van werknemers van 40%[7] in de topjaren 1960 en 1961 naar ruim 26% nu is verhoudingsgewijs zeer gering indien men die vergelijkt met de daling van het percentage kiezers dat lid was van een politieke partij van 10% in de beginjaren zestig naar 3% nu.[8] Trekt men de vergelijking met de politieke partijen door, dan kan geconstateerd worden dat het aantal 'kiezers', niet-leden van een vakbond, zeer hoog is. Ongeorganiseerde werknemers incasseren met graagte de in het cao-overleg bereikte verbeteringen in de arbeidsvoorwaarden. Zelfs 71% van deze categorie werknemers vindt dat de vakbonden voor de collectieve belangen, zoals een cao, moeten zorgen.[9] Bijna tweederde van de niet-vakbondsleden vindt dat de vakbond een bestaansrecht heeft naast de ondernemingsraad.[10] Tenslotte wordt de kwaliteit van de representatie van de leden door hun vakbond op een deugdelijk niveau gehouden doordat voorafgaand aan het cao-overleg in ieder geval het kader van de vakbond op een zo ruim mogelijke wijze wordt betrokken bij het formuleren van het eisenpakket voor een nieuwe cao en doordat het resultaat van de onderhandelingen achteraf aan de leden van de vakbond ter goedkeuring wordt voorgelegd.

3 Representativiteit van de ondernemingsraad

Wordt aan de representativiteit van de vakbonden op het niveau van de onderneming getwijfeld, dan wijst men al gauw naar de ondernemingsraad als het orgaan dat dan maar namens de werknemers als overlegpartij moet optreden. Dit orgaan zou dichter staan bij de werknemers voor wie de regelingen inzake arbeidsvoorwaarden zouden moeten gaan gelden, het kent daardoor de standpunten van die werknemers beter en het wordt geacht die werknemers ook beter te representeren. Steun voor die laatste stelling kan men dan vinden in art. 2, lid 1 WOR, dat immers bepaalt dat een ondernemingsraad moet worden ingesteld 'ten behoeve van het overleg met de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen'. Voorts kan men in dit verband wijzen op het bepaalde in art. 9, lid 2 sub b dat mogelijk maakt

---

6 M.G. Levenbach, Maatschappelijke verhoudingen, Haarlem 1936, p. 363.

7 Na correctie van wie men tot de onzelfstandige beroepsbevolking rekent is het beter te spreken van 32% naar 26%. Zie hiervoor de teksten van het symposium 'De vakbeweging na de welvaartsstaat', publikatie van het Nationaal Vakbondsmuseum, 5 april 1995, p. 3.

8 R.A. Koole, De opkomst van de moderne kaderpartij, Utrecht, 1992, p. 177.

9 B. Klandermans en J. Visser (red.), De vakbeweging na de welvaartsstaat, Assen, 1995, p. 60.

10 Idem, p. 177.

dat werknemers niet alleen gerepresenteerd worden door OR-leden die gekozen zijn via vakbondslijsten, maar ook op grond van zgn. vrije lijsten. Tenslotte vereist art. 9, lid 4 WOR dan nog dat de ondernemingsraad zodanige voorzieningen treft dat de verschillende groepen van de in de onderneming werkzame personen zoveel mogelijk in de raad vertegenwoordigd zijn. De ondernemingsraad vertegenwoordigt als orgaan van de onderneming dus alle werknemers tegenover de ondernemingsleiding en behoort ook verantwoording af te leggen aan alle werknemers in de onderneming.

Het bovenstaande doet vermoeden dat de ondernemingsraad een panacee is voor een niet representatieve vakbeweging. De realiteit is echter anders. Voor representatie van het werknemersbelang krachtens de WOR is er immers een ondernemingsraad nodig en die is er lang niet altijd. In ondernemingen met minder dan 35 werknemers bestaan ze niet of nauwelijks. In ondernemingen met 35 tot 100 werknemers was er in 1992 in 56% van de gevallen een ondernemingsraad. Alleen in de grote ondernemingen (100 of meer werknemers) was er, gelet op de dekkingsgraad van 90%, sprake van een deugdelijke representatie van de werknemers door een ondernemingsraad.[11] Realiseert men zich dat de ondernemer krachtens art. 2, lid 1 WOR verplicht is tot de instelling van een ondernemingsraad en dat het personeel de naleving van die verplichting in rechte kan afdwingen, dan getuigt zeker het percentage van 56 niet van een alom aanwezige intense behoefte van werknemers om zich voor de behartiging van hun belangen gerepresenteerd te zien door een ondernemingsraad.

Is er wel een ondernemingsraad voor de onderneming ingesteld, dan blijkt de animo voor het lidmaatschap van die raad toch ook nog beperkt. In veel gevallen zijn er evenveel kandidaten als er plaatsen zijn. Voor ruim éénderde van de werknemers die bij de OR-verkiezingen van 1992/1993 niet stemden - in totaal betrof het aantal niet-stemmers 40% - vormde dit de belangrijkste reden om niet aan die verkiezingen mee te doen.[12] Voorts valt er op de kwaliteit van de representatie door die raad nog wel het nodige af te dingen. Zo is niet - zoals bij het lidmaatschap van een vakbond wel - sprake van een vrijwillige representatie door de ondernemingsraad. Ook als de werknemer zijn belangen niet door de raad behartigd wil zien, zal hij toch moeten dulden dat die raad ook mede namens hem een standpunt bepaalt ten opzichte van de werkgever.[13] Deze verplichte vertegenwoordiging wordt overigens weer wel gecorrigeerd in die zin dat de werknemer niet automatisch gebonden is aan de instemming van de ondernemingsraad met een door de werkgever voorgestelde arbeidsvoorwaardelijke regeling. Een ander manco met betrekking tot de representativiteit van de ondernemingsraad is, dat die raad weliswaar geacht wordt allen die in de onderneming werkzaam zijn te representeren, maar dat die raad slechts kan worden verkozen door en uit het personeel dat gedurende een bepaalde periode

11 Naleving van de Wet op de ondernemingsraden, Stand van zaken medio 1992, Ministerie van SZW, 1992.

12 De vakbeweging na de welvaartsstaat, pp. 166 en 167.

13 Van de niet-kiezers bij ondernemingsraadsverkiezingen vindt 12% dat de ondernemingsraad niets voorstelt, De vakbeweging na de welvaartsstaat, p. 167.

krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer in de onderneming werkzaam is. Daardoor wordt bijvoorbeeld de steeds groter wordende groep van tijdelijk in de onderneming tewerkgestelden (flex-werkers, uitzendkrachten e.d.) niet op een adequate wijze gerepresenteerd in de ondernemingsraad. Tenslotte bevat de wet geen speciale voorzieningen die bij kunnen dragen aan het vergroten van het draagvlak van besluiten van een ondernemingsraad. Zo bestaat er geen verplichting de werknemers vooraf te consulteren over voor hen belangrijke zaken. Ook wordt geen controlemogelijkheid achteraf gegeven, in die zin dat een 'onderhandelingsresultaat' aan het personeel ter goedkeuring moet worden voorgelegd. Zaken die wel gewoon zijn in het verkeer tussen vakbond en haar leden. Opmerkelijk is voorts dat de wet zelfs niet voor belangrijke besluiten besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid voorschrijft. Een voorziening die bijvoorbeeld wel voorkomt in art. 26, lid 2 j° 89, lid 2 Wet op de bedrijfsorganisatie met betrekking tot verordeningen over arbeidsvoorwaarden van produkt- of bedrijfsschappen. Ook besluiten over bijvoorbeeld een arbeidsvoorwaardenregeling in de onderneming kunnen dus door de ondernemingsraad bij volstrekte meerderheid worden genomen. Tot welke verstrekkende gevolgen dit kan leiden, wordt goed geïllustreerd door de Grabowsky-affaire. De ondernemingsraad ging daar akkoord (in een verhouding 4 voor en 3 tegen) met een krachtens art. 32 WOR vastgesteld arbeidsvoorwaardenconvenant. De scheidslijn die dit feit in het personeel heeft aangebracht, heeft er vervolgens toe geleid dat nadien geen ondernemingsraad meer is verkozen. Het personeel blijft echter wel - ook voor de toekomst - geconfronteerd worden met dit convenant.[14]

4 De verhouding tussen vakbond en OR

Zowel in internationaalrechtelijke regelingen als in onze nationale wetgeving is en wordt aandacht besteed aan de vraag aan wie ten behoeve van de behartiging van het werknemersbelang primair de regiefunctie moet toekomen met betrekking tot de totstandkoming van collectief vastgestelde arbeidsvoorwaarden. Zijn dat de vakorganisaties van werknemers of kan dat ook eventueel in de plaats van die organisaties een door de werknemers uit hun midden gekozen vertegenwoordiging zoals de ondernemingsraad zijn?

De ILO-verdragen betreffende de vakverenigingsvrijheid in onderlinge samenhang beschouwd kennen het primaat met betrekking tot de collectieve vaststelling van arbeidsvoorwaarden toe aan vakorganisaties van werknemers. 'De vrije uitoefening van het vakverenigingsrecht', waaronder moet worden begrepen het recht op vrije collectieve onderhandelingen (art. 11 ILO-Verdrag no. 87) en de verplichting 'de volledige ontwikkeling en het volledig gebruik aan te moedigen en te bevorderen van organen voor het vrijwillig onderhandelen tussen werkgevers of werkgeversorganisaties en arbeidersorganisaties, teneinde de arbeidsvoorwaarden door middel van collectieve arbeidsovereenkomsten te regelen' (art. 4 ILO-Verdrag no. 98)

14 Zie: Partner of spelbreker, Ondernemingsraad en arbeidsvoorwaardenvorming, FNV Centrum Ondernemingsraden, Amsterdam, 1993, Documentatie en Advies, nr. 16, p. 113 e.v.

impliceren dit primaat voor de vakorganisaties van werknemers. Expliciter komt dit echter tot uitdrukking in art. 3 van ILO-Verdrag no. 154, waarin is bepaald dat door een nationale wetgever kan worden bepaald dat onder collectief onderhandelen voor de toepassing van dat verdrag ook wordt verstaan onderhandelingen met de gekozen vertegenwoordiging van de werknemers in de onderneming. Heeft die gelijkstelling plaatsgevonden, dan dienen echter voorzieningen te worden getroffen 'ten einde te waarborgen dat van het feit dat zodanige vertegenwoordigers bestaan, niet gebruik gemaakt wordt om de positie van de betrokken werknemersorganisaties te verzwakken'. Voort is voor een gelijkstelling vereist dat het gekozen werknemersvertegenwoordigers betreft in de zin van art. 3, letter b van ILO-Verdrag no. 135. Daarin is bepaald dat de werkzaamheden van die gekozen vertegenwoordigers 'geen activiteiten mogen omvatten die in de betreffende landen zijn erkend als behorend tot de bijzondere voorrechten van de vakverenigingen'. Tevens bevat art. 4 van ILO-Verdrag no. 135 dan nog de regel dat in het geval er zowel vakverenigings- als gekozen vertegenwoordigers zijn, er in voorkomende gevallen bijzondere maatregelen getroffen moeten worden om te voorkomen dat de aanwezigheid van gekozen vertegenwoordigers de positie van de vakverenigingen en hun vertegenwoordigers zou kunnen schaden. De ILO-regelingen in onderling verband laten derhalve het volgende beeld zien. Dienen zich vakorganisaties van werknemers aan als onderhandelaar over bepaalde arbeidsvoorwaarden, dan komt aan die organisaties daarover primair het onderhandelingsrecht toe. Ook een gekozen vertegenwoordiging van werknemers, zoals in Nederland de ondernemingsraad, kan collectief onderhandelen. Is er echter tevens sprake van een vakorganisatie die over arbeidsvoorwaarden onderhandelt of wil onderhandelen, dan moet de wetgeving voorzieningen bevatten die tegengaan dat de ondernemingsraad zich als remplaçant van de vakorganisatie bij de arbeidsvoorwaardenonderhandelingen aanbiedt.

In onze nationale wetgeving is er ook aandacht voor de vraag wie het primaat in het arbeidsvoorwaardenoverleg toekomt. Dat gebeurt veelal impliciet en soms expliciet. Impliciet doordat de wet in bepaalde gevallen afwijking van haar bepalingen alleen toestaat bij overeenstemmende wil van partijen bij een cao en niet op andere wijze. Ik heb hier op het oog bepalingen van driekwart dwingend recht. Uit die keuze blijkt dat de wetgever regelingen die tot stand zijn gekomen in overleg met vakorganisaties, van hoger orde acht dan regelingen die tot stand zijn gekomen met instemming van de individuele werknemer of de hem representerende ondernemingsraad. Expliciet blijkt het primaat van vakorganisaties uit het bepaalde in art. 27 lid 3 en art. 32 lid 3 WOR. Daarin wordt aangegeven dat het instemmingsvereiste van de ondernemingsraad niet geldt 'voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst'. De wijze waarop de bevoegdheidsverdeling tussen vakbonden en ondernemingsraad in de Wet op de ondernemingsraden gestalte heeft gekregen, heeft zeker wat betreft het in art. 27 van die wet bepaalde niet tot wezenlijke problemen aanleiding gegeven. De vakbonden konden met de in dat artikel gegeven opsomming van arbeidsvoorwaarden, die niet tot de belangrijkste gerekend worden, wel leven. De aantasting van hun primaat bij de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming werd echter wel gevoeld

toen de reeds eerder genoemde ondernemer Grabowsky zijn ondernemingsraad krachtens art. 32 lid 2 WOR ook bevoegdheden toekende met betrekking tot de primaire arbeidsvoorwaarden. Toen werd door hen gewezen op strijd met internationale verdragen[15] en mijns inziens terecht, want i.c. werd immers de ondernemingsraad gebruikt om de positie van de werknemersorganisaties, die zich als cao-partij hadden aangediend, te verzwakken (art. 3 ILO-Verdrag no. 154) en ging die ondernemingsraad zich bewegen op een terrein dat - gelet op de bevoegdheidstoedeling aan de ondernemingsraad in art. 27 WOR en de daaraan voorafgaande parlementaire discussie - tot de bijzondere voorrechten van de vakverenigingen mocht worden beschouwd (art. 3, letter b ILO-Verdrag no. 135).

Dat de toepassing van art. 32 lid 2 WOR zou kunnen leiden tot een ondermijning van de positie van de vakbonden is niet geheel onvoorzien. Voorafgaande aan de invoering van dit artikellid in 1979 is door de PvdA-fractie gewezen op het misbruik dat de ondernemer hiervan ten detrimente van de vakbeweging zou kunnen maken.[16] De minister merkt daarover op dat een uitbreiding van de bevoegdheid van de ondernemingsraad geen inbreuk betekent op het werkterrein van de vakbeweging en dat zij vervalt, indien en voor zover het betrokken onderwerp in een cao is of wordt geregeld.[17] Eerder zegt de minister over het vraagstuk van de verhouding ondernemingsraad/vakbeweging in zijn algemeenheid, dat hij niet de illusie heeft dat welke regeling dan ook conflicten tussen ondernemingsraad en vakbeweging geheel zal kunnen voorkomen.[18] Later in de behandeling wordt van regeringszijde nog opgemerkt dat een ondernemer, die over een bepaald onderwerp geen overeenkomst met de vakbeweging wil sluiten, daar ook niet toe over zal gaan wanneer men de ondernemingsraad zou verbieden om zich met het betrokken onderwerp bezig te houden. Het effect van het verbod zou dus zijn dat dan geen enkele werknemersvertegenwoordiging bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden inspraak heeft.[19] De keuze van de wetgever in de Wet op de ondernemingsraden is dus niet geweest voor een onverkorte erkenning van 'de bijzondere voorrechten van de vakvereniging', maar voor een zo breed mogelijke collectieve belangenbehartiging onder erkenning van de bijzondere maar niet exclusieve rol die de vakbeweging daarin speelt. Daarmee heeft de wetgever een juiste keuze gemaakt. Bescherming van het belang van de werknemer door het bieden van een 'countervailing power' op collectief niveau behoort voorop te staan. Als onderhandelaar op collectief niveau zal primair de vakbond optreden. Dient die zich niet aan, dan zal de ondernemingsraad eventueel moeten kunnen inspringen.

15 Pres. Rb. Den Haag 19 mei 1992, JAR 1992/22 (Grabowsky).
16 TK 1976/1977, 13 954, nr. 5, p. 69.
17 13 954, nr. 6, p. 45.
18 13 954, nr. 6, p. 14.
19 13 954, nr. 12, p. 3.

5 Hoe verder?

Uit het SER-advies inzake het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad van 1994 blijkt dat sociale partners geen problemen meer hebben met een aan de ondernemingsraad toegekende rol inzake collectieve arbeidsvoorwaardenvaststelling,[20] zij het dat werkgevers- en werknemersorganisaties onderling verschillen over het antwoord op de vraag hoe de ondernemingsraad terzake beïnstrumenteerd moet worden. De werkgevers willen de regeling beperkt zien tot het erkennen van de mogelijkheid van de ondernemingsraad op te treden als contractspartij bij een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling. De werknemers pleiten daarentegen voor een wettelijk instemmingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van alle regelingen inzake arbeidsvoorwaarden[21] of sociaal beleid[22] binnen de onderneming.

Minister Melkert heeft in zijn Voornemen tot herziening van de Wet op de ondernemingsraden voor een andere oplossing gekozen.[23] Hij weet dat werkgevers behoefte hebben aan collectieve regelingen van arbeidsvoorwaarden in hun onderneming en dat de werkgever de inhoud van die collectieve regelingen krachtens het huidig recht slechts in de individuele arbeidsovereenkomsten van zijn werknemers kan laten doorwerken via het zgn. incorporatiebeding en eventuele wijzigingen in die regelingen door een wijzigingsbeding, waardoor de werknemer zich op voorhand akkoord verklaart met later door zijn werkgever aangebrachte wijzigingen in de in zijn individuele arbeidsovereenkomst geïncorporeerde regelingen. Het effect van de schakel van het eenzijdig wijzigingsbeding wil minister Melkert nu beperken in die zin dat het gebruik slechts is toegestaan indien de werkgever daarvoor zodanige zwaarwichtige belangen heeft dat de belangen van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zouden moeten wijken. Het belang van de werkgever wordt vermoed voldoende zwaarwegend te zijn indien de wijziging in de geïncorporeerde regeling voortvloeit uit een cao of is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.[24] Dit bewijsvermoeden zal dan volgens de minister een voldoende prikkel zijn om de ondernemingsraad bij het overleg over (wijzigingen van) collectieve regelingen te betrekken.

Naast deze in het algemeen werkende prikkel tot inschakeling van de ondernemingsraad wordt dan nog voorgesteld het instemmingsrecht van de ondernemingsraad, zoals geregeld in art. 27 WOR, uit te breiden met regelingen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van werknemers, onkostenregelingen en regelingen inzake disciplinaire straffen. Regelingen inzake de registratie van gegevens en het volgen van werknemers in hun gedrag en prestaties acht het kabinet van zo groot belang voor de werknemers, dat hun betrokkenheid bij de totstandkoming daarvan geboden is. Regelingen betreffende disciplinaire maatregelen en onkostenvergoedingen komen

20 SER-advies 94/06, p. 99 e.v.
21 FNV en MHP.
22 CNV.
23 TK 1994/1995, 24 132.
24 24 132, nr. 1, p. 19.

nu al voor in arbeidsreglementen in de zin van art. 1637j BW. Als het instemmingsrecht van de ondernemingsraad over het arbeidsreglement zal gaan vervallen, omdat de rechtsregeling van het reglement uit het BW zal verdwijnen, behoort dit volgens het kabinet niet tot gevolg te hebben dat de ondernemingsraad in de toekomst niets meer te zeggen zou moeten hebben over dit type regelingen.[25] Daarom wordt voorgesteld die nu uitdrukkelijk op te nemen in de opsomming van art. 27, eerste lid WOR. Tenslotte wordt een wettelijke regeling betreffende afspraken tussen de ondernemer en de ondernemingsraad voorgesteld. Afspraken die worden aangeduid als ondernemingsovereenkomsten of medezeggenschapsconvenanten. Die wettelijke regeling zal inhouden dat dergelijke afspraken niet alleen gemaakt kunnen worden over de wettelijke bevoegdheden van de ondernemingsraad, maar ook over de toepassing van andere wettelijke regels. Tevens is het de bedoeling te bepalen dat die afspraken schriftelijk moeten worden gemaakt en dat zij, tenzij anders is overeengekomen, zullen gelden voor onbepaalde tijd.[26]

Voorzien deze voorstellen nu enerzijds in de behoefte de werknemer via het collectief een deugdelijke bescherming te bieden en leiden zij anderzijds niet tot aantasting van het recht van vakorganisaties om primair over de arbeidsvoorwaarden te mogen onderhandelen? Wat het laatste aspect betreft, lijkt het of het kabinet niet genoeg het primaat van de cao kan benadrukken. Wel zes maal wordt dit in de notitie opgemerkt. Uiteraard ook daar waar het kabinet spreekt over de voorgestelde wettelijke regeling inzake de ondernemingsovereenkomst. Dit primaat wil het kabinet ook voor de toekomst tot uitdrukking laten komen op een wijze zoals nu in art. 27, lid 3 WOR is weergegeven, zodat de bevoegdheid van de ondernemingsraad op een bepaald terrein slechts wijkt voor een inhoudelijke regeling ervan bij cao. Eerder heeft de Stichting van de Arbeid op deze bevoegdheidsafbakening kritiek geuit en voorgesteld die te veranderen in die zin dat het instemmingsrecht van de ondernemingsraad niet geldt, indien partijen bij een cao over een regeling als bedoeld in art. 27 lid 1 WOR tot overeenstemming zijn gekomen en daarbij tevens in de cao hebben aangegeven dat de ondernemingsraad op andere wijze of in het geheel niet bij de uitwerking van die regeling wordt betrokken.[27] In 1994 is de unanimiteit van sociale partners op dit punt echter jammer genoeg weer verloren gegaan. In het SER-advies over het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad pleiten FNV en MHP nu voor een nog stringentere beperking van het instemmingsrecht in die zin, dat dit recht van de ondernemingsraad ook niet zou moeten bestaan indien een aangelegenheid pleegt te worden geregeld in een voor de onderneming geldende cao.[28] Door deze verdeeldheid in standpunten is het voor het kabinet makkelijker geworden te kiezen voor het continueren van de huidige regeling van bevoegdheidsafbakening tussen vakbond en ondernemingsraad zoals die in art. 27 lid 3 WOR is vastgelegd.

---

25 24 132, nr. 1, p. 11.

26 24 132, nr. 1, p. 14.

27 Overwegingen en Aanbevelingen inzake arbeidsverhoudingen en vakbondswerk in de onderneming, 3 januari 1990, p. 4.

28 SER-advies 94/06, p. 113.

Die regeling kan echter tot gevolg hebben dat er een inbreuk wordt gemaakt op het primaat dat de vakbonden krachtens de eerder genoemde verdragen toekomt in onderhandelingen over arbeidsvoorwaardenregelingen. Dat primaat wordt door het betreffende artikellid namelijk alleen gerespecteerd voor zover er sprake is van een uitputtende regeling van een bepaalde arbeidsvoorwaarde door cao-partijen, zodat er voor een nadere regeling door de werkgever, waarbij de ondernemingsraad betrokken moet worden, geen behoefte noch ruimte meer is. Beperken cao-partijen hun regeling echter tot hoofdlijnen, hetzij omdat alle partijen het wenselijk achten dat de werkgever een zekere eigen beslissingsbevoegdheid bij de toepassing van de regeling moet behouden hetzij omdat zonder die bevoegdheid van de werkgever cao-partijen niet tot een akkoord kunnen komen, dan heeft het bepaalde in art. 27 lid 3 WOR tot gevolg dat een ondernemingsraad die cao-regeling kan frustreren. Ter rechtvaardiging van het op dit punt doorbreken van het primaat van de cao kan niet ingebracht worden het argument dat anders geen enkele werknemersvertegenwoordiging bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden inspraak heeft. Cao-partijen zijn daar immers al bij betrokken geweest en de wijze waarop zij gemeend hebben het collectief belang op het gebied van arbeidsvoorwaarden te hebben moeten behartigen, zal door de wetgever en in zijn spoor de ondernemingsraad moeten worden gerespecteerd. In die gevallen waarin ook sprake is van toepassing van een cao zal de door cao-partijen gewenste bevoegdheidstoedeling aan de ondernemingsraad gerespecteerd moeten worden. Die toedeling impliceert overigens in vele gevallen niet alleen minder rechten dan uit de wet voortvloeien. Veelal is juist sprake van uitbreiding van bevoegdheden in die zin dat de ondernemingsraad betrokken moet worden bij per onderneming tot stand te brengen (van de cao afwijkende) regelingen.[29] Alleen de uitbreiding bij cao incasseren maar eventueel beperkende modificaties negeren doet, dunkt mij, geen recht aan de collectieve contractsvrijheid.

Tenslotte moet dan nog beantwoord worden de vraag of het kabinet met zijn voorstellen inzake de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming binnen de onderneming en de rol die de ondernemingsraad daarbij kan vervullen aan de individuele werknemer een passend beschermingsniveau biedt zoals in de notitie inzake het voornemen tot herziening van de WOR wordt verondersteld.[30] De beoogde bescherming bestaat hierin dat de werkgever van met de werknemer overeengekomen eenzijdige wijzigingsbedingen in de toekomst slechts gebruik zal mogen maken, indien hij daarvoor zodanige zwaarwichtige belangen heeft dat de belangen van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zouden moeten wijken. Het werkgeversbelang wordt dan vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn als de wijziging in de regeling van arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een toepasselijke cao of is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad. De beschermingsconstructie lijkt op het eerste gezicht op die welke de Hoge Raad in het IBM-arrest heeft geformuleerd.[31] Hij gaat echter verder in die zin dat waar de HR stelt dat

29 OR-bevoegdheden in CAO's, Den Haag, 1994.
30 24 132, nr. 1, pp. 18 en 19.
31 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335, m.n. PAS.

gebondenheid aan een wijziging door de werknemer kan worden betwist op grond van strijd met redelijkheid en billijkheid, het kabinetsvoorstel voor de rechtsgeldigheid van het gebruik van het eenzijdig wijzigingsbeding door de werkgever vereist, dat daarvoor zwaarwichtige belangen aanwezig zijn. Die zwaarwichtige belangen zullen dan, zo mag worden verondersteld, door de werkgever moeten worden gesteld en eventueel worden bewezen. Het voorstel versterkt derhalve op dit punt de positie van de werknemer. Fundamenteel zwak blijft die positie echter nog in die zin, dat het in beginsel aan de individuele werknemer wordt overgelaten om eventueel in rechte de rechtsgeldigheid van een door zijn werkgever krachtens een eenzijdig wijzigingsbeding aangebrachte wijziging in een arbeidsvoorwaardenregeling te betwisten. Zoals algemeen bekend mag worden verondersteld, durft bijna geen werknemer tijdens de duur van de dienstbetrekking zijn werkgever in rechte te betrekken. Durft hij dit wel, dan zal hij voorts nog het procesrisico en de proceskosten moeten afwegen tegen het voordeel van een eventuele winst in een procedure. Die afweging zal hem dan wellicht toch nog ervan weerhouden om te pogen zijn gelijk in rechte te halen. Uiteraard is mogelijk dat vakbonden ter bescherming van het belang van hun leden in dit soort geschillen optreden. De mogelijkheden daartoe zijn verruimd sinds de Wet van 6 april 1994, Stb. 1994, 269, die collectief belang-acties formeel mogelijk maakt. Een dergelijk actierecht op grond van die wet komt de ondernemingsraad echter niet toe. Ook de WOR biedt de ondernemingsraad niet de mogelijkheid om buiten het kader van die wet als belangenbehartiger van het personeel in rechte op te treden. Dat is in dit geval vreemd omdat aan het gebruik door de werkgever van het eenzijdig wijzigingsbeding met de instemming van de ondernemingsraad wel de consequentie wordt verbonden van het rechtsvermoeden van het bestaan van zwaarwichtige belangen die tot het gebruik noopten. Waarom wordt dan niet aan de ondernemingsraad ook het recht toegekend om namens het personeel de rechtsgeldigheid van het gebruik van een eenzijdig wijzigingsbeding te bestrijden in het geval er voor die wijziging geen instemming van de raad is gevraagd of verkregen en er tegens geen zwaarwichtige belangen tot dat gebruik dwongen? Pas dan zal de ondernemingsraad een werkelijk complementair kanaal voor werknemersvertegenwoordiging zijn ten opzichte van de vakbond.

Flexibilisering versus internationale verplichtingen: Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming in de Geneefse tang?

L. BETTEN

1 Inleiding

Tegen het einde van de 20ste eeuw kijken landen die gewoonlijk worden voorzien van etiketten als 'industrieel', 'ontwikkeld', 'Westers', 'rijk' aan tegen een sociaal-economische situatie, waarvan het hoge niveau van (deels structurele) werkloosheid een van de kernproblemen (zo niet het kernprobleem) is. Hoewel de meningen verschillen over de wijze waarop dit probleem bevochten moet worden, komt in de discussies telkens een aantal sleutelwoorden terug: globalisering van de economie en de daaruit voortvloeiende behoefte aan flexibilisering, deregulering, decentralisatie.

Een belangrijke rol in deze discussie speelt het argument dat in het kader van een toenemende concurrentie op de wereldmarkt, vooral veroorzaakt door landen die lage lonen koppelen aan een toenemend gebruik van nieuwe technologische mogelijkheden ('high tech'), de noodzaak steeds prangender wordt dat in Westerse landen, kampend met een hoge mate van bescherming van werknemers, een veel grotere mate van flexibiliteit op de arbeidsmarkt wordt gecreëerd. Met andere woorden, in plaats van overheidsregulering van de arbeidsmarkt, dient deze veel meer te worden overgelaten aan de krachten van de markt zelf (de marktmechanismen).

Ook in ons land voeren werkgevers een constant gevecht voor minder overheidsregulering en meer marktwerking op het gebied van arbeidsverhoudingen. De strijd richt zich vooral op flexibilisering van het ontslagrecht, het afschaffen van het wettelijk minimumloon en toenemende mogelijkheden om gebruik te maken van

'a-typische' arbeidscontracten.[1] Tegenover de vraag van werkgevers naar 'meer markt' staat het pleidooi van de vakbonden, die de nadruk blijven leggen op het belang van bescherming van werknemers. Dat wil niet zeggen dat werknemers per definitie dwars voor alle vormen van flexibilisering gaan liggen. Ook werknemers zien het belang van enige vorm van flexibilisering, alleen wensen zij niet zover te gaan als de werkgevers. Het uitgangspunt is niet dat bescherming van werknemers slechts te realiseren valt in de context van het vigerende stelsel. Waar echter werknemers de nadruk blijven leggen op het belang van de rol van de wetgever, menen werkgevers dat de werking van het marktmechanisme vanzelf zal leiden tot handhaving van bepaalde vormen van bescherming. Alle partijen lijken het erover eens te zijn dat een goed sociaal beleid geen hindernis, maar juist een bouwsteen is voor economische welvaart. Daarentegen lopen de meningen echter ver uiteen waar het gaat om de vraag naar de wijze waarop en de mate waarin deze bescherming gerealiseerd wordt dan wel gehandhaafd dient te blijven.

In internationale context dringt zich een omgekeerde parallel met de situatie van een eeuw geleden op: toentertijd werd de internationalisering van de handel gebruikt als argument voor de noodzaak voor internationale afspraken m.b.t. *verbetering* van de arbeidsvoorwaarden. Nu deze in de ogen van de werkgevers uit oogpunt van concurrentie op een te hoog peil verkeert, wordt de globalisering van de economie gebruikt als argument voor nationale afspraken om de kosten van arbeidsvoorwaarden te drukken en de voorwaarden zelf te flexibiliseren. Niet alleen de nationale, maar ook de internationale 'overheid' moet in deze visie een stapje terugdoen.

Er zijn dan ook significante verschillen tussen de internationalisering van de handel in de 19e eeuw en de zogenaamde globalisering van de economie in de 20e eeuw. Zonder daarop al te ver in te gaan, zijn twee verschillen duidelijk: de stand van zaken m.b.t. de technologische mogelijkheden en het feit dat in de 19e eeuw vooral de Westerse kapitalistische landen de internationale handel in handen hadden, terwijl de veronderstelde dreiging nu uitgaat van vooral Aziatische landen, die lage loonkosten koppelen aan een toenemend gebruik van moderne technologieën.[2]

De vraag die ik in deze bijdrage zal behandelen is in hoeverre bestaande internationale regelingen m.b.t. de arbeidsvoorwaardenvorming een hindernis zijn voor deregulering en flexibilisering in de nationale context. Mijn leidraad daarbij is dat, waar in de 19e eeuw ook onder werkgevers het inzicht bestond dat internationale, bindende, afspraken gemaakt dienden te worden, teneinde een tweeledig doel te dienen (goede arbeidsvoorwaarden- en omstandigheden met behoud van de concurrentiepositie van ondernemingen), zich nu een ontwikkeling lijkt af te tekenen waarbij werkgevers niet alleen af willen van nationale regelgeving, maar evenzeer van internationale

1 De term 'a-typische' arbeidscontracten kan in de toekomst uit gebruik raken. Daarmee worden bedoeld alle arbeidscontracten die niet, zoals het 'raditionele' arbeidscontract worden gesloten voor onbepaalde tijd en de volle werktijd. Het toenemende gebruik van 'a-typische' arbeidscontracten kan er immers toe leiden dat niet full-time arbeidscontracten voor bepaalde tijd in de toekomst 'typisch' worden, terwijl het full-time, voor onbepaalde tijd gesloten arbeidscontract 'a-typisch' zou kunnen worden.

2 Van een werkelijke globalisering is n.m.m. nauwelijks sprake: het Afrikaanse en Zuid-Amerikaanse contingent, evenals grote delen van Azië, hebben nauwelijks baat bij deze 'vooruitgang', integendeel.

regelgeving op het gebied van de arbeidsvoorwaardenvorming. Hoewel vooral de positie van de IAO daarbij op het spel staat (die bescherming van arbeidsvoorwaarden immers als enige missie heeft), is er ook sprake van een groeiende weerstand tegen bemoeienissen op dit gebied van de Europese Gemeenschap.

Het is niet de bedoeling in deze bijdrage op te sommen welke veranderingen op nationaal niveau (deels) het resultaat zijn van internationale regelgeving. Dat is buitengewoon moeilijk aan te geven, omdat er vaak sprake is (geweest) van een nationale en internationale interactie. Internationale regelgeving is zelden uit de lucht komen vallen.

Na een meer algemene beschouwing over internationale regelgeving met betrekking tot arbeidsvoorwaarden en het effect daarvan op de nationale rechtsorde, wil ik mij concentreren op de vraag of deze normen een hindernis blijken te zijn in de pogingen op nationaal niveau over te gaan tot flexibilisering en deregulering. Ik beperk mij daarbij tot twee voorbeelden: de pogingen tot flexibilisering van de minimumloonbepalingen en de deregulering van uitzendwerk. Het zou voor de hand liggen ook de pogingen tot flexibilisering van het ontslagrecht te behandelen; dat zal echter niet gebeuren omdat hierover internationaal weinig is geregeld en de vraag zich derhalve minder opdringt. Slechts m.b.t. een aantal specifieke situaties (insolventie van de werkgever, overgang onderneming) zijn internationale normen voorhanden.

2 Internationale Regulering van Arbeidsvoorwaarden: de Internationale Arbeidsorganisatie en de Europese Gemeenschap

In haar nu 76-jarig bestaan zijn in het kader van de Internationale Arbeidsorganisatie niet minder dan 176 Verdragen en 183 Aanbevelingen[3] aangenomen die grotendeels betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden. Van de 176 Verdragen zijn er 94 door Nederland geratificeerd, waarmee ons land tot de landen met de meeste ratificaties behoort. Daarmee wordt overigens niet gesuggereerd dat er een directe relatie is tussen een groot aantal ratificaties en een goed arbeidsklimaat.

Niet alle Verdragen zijn even zwaar van gewicht. Sommige bevatten fundamentele werknemersrechten, andere regelen een praktisch detail. Dat betekent overigens niet dat de detailverdragen in bepaalde gevallen niet zeer belangrijk kunnen zijn voor een bepaalde categorie werknemers. Zo mag het Verdrag inzake de repatriëring van zeelieden (Verdrag Nr. 23 uit 1926) geen fundamentele betekenis hebben voor het geheel van de beroepsbevolking, voor zeelieden die met repatriëring worden geconfronteerd, kan het Verdrag van grote betekenis zijn. In algemene termen kunnen de verdragen worden onderverdeeld in een aantal categorieën, die betrekking hebben op

- fundamentele rechten van werknemers
- arbeidsvoorwaarden
- arbeidsomstandigheden

3 Stand per 1 juli 1995.

- sociale zekerheid
- bepaalde categorieën werknemers (zeelieden, verpleegsters, horeca, etc.)

Wie de moeite zou nemen alle Verdragen en Aanbevelingen door zou lezen (een slordige 1500 pagina's) moet tot de conclusie komen dat deze 'International Labour Code' in feite vrijwel alle aspecten van het arbeidsleven beslaat. Gezien het grote aantal door Nederland geratificeerde Verdragen en de ernst waarmee de Nederlandse regering in het algemeen geneigd is haar internationale verplichtingen op te vatten, moet de invloed van deze Verdragen niet onderschat worden. Dat geldt vooral in gevallen waarin wordt getracht de betreffende nationale regelingen te versoepelen. Daarover meer in paragraaf 3 van deze bijdrage.

De 'European Labour Code' is aanzienlijk dunner dan die van de IAO. Hoewel de Europese regelgeving onmiskenbaar op een aantal specifieke vlakken grote invloed heeft gehad op de Nederlandse arbeidsrechtvorming (denk aan de Richtlijnen gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke werknemers), is het aantal onderwerpen dat vanuit Brussel wordt bestreken, nog steeds zeer gering. Zelfs als men de instrumenten meetelt m.b.t. de positie van werknemers uit andere Lidstaten o.g.v. de bepalingen inzake vrij verkeer van werknemers/personen, die niet onder het sociale hoofdstuk vallen, dan komt het aantal instrumenten inzake arbeidsvoorwaarden afkomstig uit Brussel niet in de buurt van het aantal IAO-verdragen. Gezien de huidige tijdgeest valt ook niet te verwachten dat hierin spoedig verandering zal komen. De angst voor een te sterke Brusselse invloed op de nationale arbeidsvoorwaardenvorming die vooral aan de Britse regering wordt toegeschreven, maar waarvoor ook andere 'Europeanen' (bijvoorbeeld de Nederlandse werkgevers) niet immuun zijn, lijkt dan ook sterk overdreven. Van de belangrijkste sociale Richtlijnen hebben slechts enkele wezenlijke betekenis gehad voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen. De eerder genoemde Gelijke Behandelingsrichtlijnen hebben de diepste sporen nagelaten en ook de Richtlijn bescherming rechten werknemers bij overgang van de onderneming heeft ingrijpende veranderingen ten gevolge gehad. Zo is er nog een enkele Richtlijn te noemen die aanpassing van de wetgeving heeft veroorzaakt (bijv. Wet Melding Collectief Ontslag, delen van de ARBO Wet), maar men kan nauwelijks van ingrijpende veranderingen spreken op de meeste gebieden. Dat geldt zeker voor de arbeidsvoorwaardenvorming, waarover men in de Maastrichtse Overeenkomst inzake Sociale Politiek (MASP) van 1991 nog maar weer eens heeft benadrukt dat het niet de bedoeling is dat hierover veel uit de Uniekoker zal komen.

De betrekkelijkheid van de communautaire invloed op de arbeidsvoorwaarden en sociaal beleid ligt geheel opgesloten in de Verdragen. Het sociale hoofdstuk van het EG-Verdrag behoort tot de zwakste van alle hoofdstukken, zeker waar het gaat om de instrumenten die hiervoor gebruikt kunnen worden. De pogingen in 1991 dit hoofdstuk te versterken zijn uitgemond in de MASP, direct resultaat van de Britse weerstand tegen alles wat te maken heeft met Europees sociaal beleid. Vooralsnog valt niet te overzien welke rol de MASP in de toekomst gaat spelen. In meer algemene termen lijkt de Commissie, gezien haar meest recente Actieprogramma, voor de

nabije toekomst te mikken op consolidatie meer dan uitbreiding van Europese interventies in de arbeidsvoorwaardenvorming. Het nu in het Verdrag neergelegde subsidiariteitsprincipe wordt ook hierin krachtig omhelsd.

Dat doet de vraag rijzen, waarom sociale partners en regeringen er wel in geslaagd zijn in het kader van de IAO zulke veelomvattende verplichtingen vast te leggen, waar dat in een geografisch veel beperkter bestel op zoveel weerstand stuit. Zou het niet logischer zijn te veronderstellen dat het in Europees regionaal verband veel eenvoudiger is gemeenschappelijke arbeidsvoorwaarden te formuleren dan in mondiaal verband? Het kan toch niet worden ontkend dat de sociaal-economische omstandigheden van de EU Lidstaten dichter bij elkaar liggen dan van landen als Nederland, Burundi en Noord Korea?

Het antwoord op die vraag ligt niet in de inhoud van de normen. Men zou kunnen veronderstellen dat de IAO-normen dermate minimaal zijn dat ze als motor voor verandering verwaarloosd kunnen worden. In vergelijking met communautaire normen inzake het arbeidsrecht is dat zeker niet het geval. Een andere hypothese zou kunnen zijn dat in de tripartiete structuur van de IAO de sociale partners en regeringen op voet van gelijkheid onderhandelen en besluiten nemen over de vast te stellen normen, waar dat in de Europese Gemeenschap nog niet het geval is. De rol van sociale partners in het bestel van de IAO is zeker van belang voor het relatieve succes van het werk van deze Organisatie. Hoewel de rol van de sociale partners in de vorming van Europees sociaal beleid met de MASP drastisch is vergroot, blijft de uiteindelijke besluitvorming bij de Raad liggen en kan alleen al om die reden niet van gelijkwaardige rollen worden gesproken.

Het wezenlijke verschil in effect tussen IAO-normen en EG-normen zit echter in de afdwingbaarheid. Een IAO-Verdrag dat is aangenomen door de Internationale Arbeidsconferentie (waarin regeringen, werknemers en werkgevers deelnemen in een verhouding van 2:1:1) heeft niet onmiddellijk effect in de nationale rechtssfeer. Hoewel er sprake is van enige statutaire druk op regeringen van IAO-Lidstaten om die Verdragen dan ook te bekrachtigen[4], beslissen de Lidstaten uiteindelijk zelf of zij het Verdrag ratificeren. Het effect van een communautaire (Verordening of) Richtlijn gaat onmiddellijk in, met dien verstande dat in de Richtlijn zelf (en derhalve niet op grond van nationale wetgeving) wordt bepaald binnen welke periode deze inhoudelijk moet zijn geïncorporeerd in het nationale recht. Indien een Lidstaat in gebreke blijft, kan deze worden geconfronteerd met een zogenaamde infractieprocedure, dat wil zeggen dat sprake is van schending van het Verdrag, dat immers het effect van de Richtlijn bepaalt. De Verordening en ook de Richtlijn kunnen bovendien direct rechten en plichten creëren in de nationale rechtsorde; de nationale wetgever komt daar, derhalve, in het geheel niet aan te pas. Met andere woorden, de effecten van communautaire vormgeving zijn veel directer en dwingender dan van IAO-normen. Daar komt nog bij dat de jurisprudentie van het EG-Hof van Justitie soms onverwachte

4 Art. 19, lid 5 van het Statuut van de IAO verplicht Lidstaten de ratificatieprocedure binnen 18 maanden af te ronden en, indien en voorzolang dit niet tot ratificatie leidt, te rapporteren over de redenen hiervan.

uitbreiding kan geven aan de normen door een liberale interpretatie in het kader van prejudiciële procedures. De veelomvattende jurisprudentie van het Hof inzake de gelijke behandeling biedt hiervan mooie voorbeelden, hoewel ook voorbeelden zijn te noemen van een zeer veel minder 'royale' houding van het Hof.[5]

Neem hierbij nog mede in de beschouwing dat de Europese Economische Gemeenschap[6] is opgericht als een organisatie voor economische integratie en dat invloedrijke groeperingen menen dat Europa zich ook bij 'de markt' moet houden en zich niet moet bemoeien met andere, zoals sociale, aspecten en de weerstand tegen regulering van arbeidsvoorwaarden vanuit Brussel is begrijpelijk. Deze groeperingen beschouwen specifieke actie op het gebied van arbeidsvoorwaarden en sociaal beleid als een hindernis voor het functioneren van de markt, terwijl zij volhouden dat uit een optimaal functionerende markt vanzelf goede sociale voorwaarden rollen. Tegenwoordig wordt daarbij nog met niet aflatende energie gewezen op de dreiging van buiten Europa die in deze visie alleen maar groter wordt, naarmate er meer sociale 'hindernissen' op de markt worden geworpen. Daar kan uiteraard tegenover worden gesteld dat er adequate argumenten zijn om aan te nemen dat ook op de Europese markt goede sociale voorwaarden een garantie zijn voor economische welvaart op de lange termijn[7], maar het lijkt erop dat werkgevers ervan overtuigd zijn dat de huidige sociale voorwaarden goed genoeg zijn.

Dit alles leidt tot het wat merkwaardige effect dat in de discussies over deregulering en flexibilisering binnen het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de SER de door Nederland geratificeerde Verdragen van de IAO een grotere rol spelen dan de op het eerste gezicht dichter bij ons bed liggende Europese normen. Het Europees Sociaal Handvest (1961)[8], laat ik buiten beschouwing. Hoewel ook het Handvest zo nu en dan figureert in de discussies, lijken niet alleen werkgevers, maar ook werknemers weinig aandacht te besteden aan de in dit Verdrag opgenomen normen, die bovendien weinig houvast geven m.b.t. tot de beide hierboven genoemde voorbeelden.

3 De Rol van Internationale Normen in Deregulering en Flexibilisering

Zoals beloofd zullen de beschouwingen hierboven worden getoetst aan een aantal actuele ontwikkelingen waarin de nationale wetgever wilde of is overgegaan tot

5 Ik verwijs bijvoorbeeld naar de recente uitspraak in de Kalanke-zaak, waarin een zeer brede uitleg van positieve discriminatie niet in overeenstemming met Richtlijn 76/207/EEG werd geacht. Zaak C-450/93 Richard Kalanke tegen Bremen, 17 oktober 1995).

6 Bij het Verdrag van Maastricht veranderd in de Europese Gemeenschap.

7 Zie hierover bijvoorbeeld Simon Deakin & Frank Wilkinson, Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards, Industrial Law Journal, Vol. 23, December 1994, pp. 289 - 310.

8 Niet te verwarren met het Gemeenschapshandvest inzake Fundamentele Sociale Rechten van de Werkenden (1989).

deregulering of flexibilisering. Ik beperk mij tot een tweetal casus die betrekking hebben op pogingen tot flexibilisering van de arbeidsmarkt: het voorstel tot dispensatie van het minimumloon voor het aannemen van langdurig werklozen (3.1) en de afschaffing van de vergunningenstelsels terzake van arbeidsbemiddeling en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten (3.2). Ik stoel de bespreking hiervan grotendeels op de SER-adviezen, om de eenvoudige redenen dat er nog geen Kamerstukken voorhanden zijn op het moment van schrijven van deze bijdrage. Na de adviesronde, heeft de Minister in beide gevallen de kwesties voorlopig in de ijskast gezet, hoewel het voorstel voor dispensatie van het minimumloon recentelijk is ontdooid (zie par. 3.1).

3.1 Flexibilisering van het Minimumloon

Op 14 december 1994 zond Minister Melkert van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een adviesaanvrage naar de SER met het verzoek zich te buigen over zijn voorstel dispensatie van het minimumloon mogelijk te maken met betrekking tot tewerkstelling van langdurig werklozen en onvoldoende ingeburgerde allochtonen, ook al zijn de laatsten pas kort werkzoekend. Jongeren boven de 21 jaar komen ook in aanmerking.[9] Het gedispenseerde loon zou minimaal 70% van het geldende minimumloon moeten bedragen en een en ander zou gelden voor een maximale periode van twee jaar. De op deze wijze ingehuurde werknemers zouden een contract voor onbepaalde tijd moeten krijgen aangeboden. Eventuele dispensaties zouden niet in strijd mogen komen met afspraken neergelegd in CAO dan wel overeengekomen met de OR. Voor werknemers voor wie noch CAO, noch OR-afspraken gelden, zou toestemming van de Directeur RBA zijn vereist.

Dat de voorgestelde maatregel een valkuil vol slangen was, bleek al snel in de discussie in de SER. Voor werkgevers zowel als werknemers was een centraal punt de relatie tussen CAO c.q. OR en de door de voorgestelde wet geboden mogelijkheid tot dispensatie. Voor de werkgevers was een - begrijpelijke - grote hindernis dat de op deze wijze aangenomen werknemers een arbeidscontract voor onbepaalde tijd zou moeten worden aangeboden.

De werknemers in de SER die niet principieel afkerig stonden tegenover het voorstel, bonden eventuele dispensatie aan de voorwaarden dat hierover expliciet afspraken in de CAO c.q. met de OR moesten worden gemaakt. De werkgevers stelden zich op het standpunt dat dispensatie mogelijk moest zijn indien de CAO daartoe impliciete mogelijkheden zou bieden en indien hierover geen afspraken waren gemaakt met de OR. Ook met betrekking tot de toetsingscriteria die het RBA zou moeten hanteren bestond verschil van mening: de werknemers wensten het voorstel van de Minister te volgen in dier voege dat het RBA zijn toestemming afhankelijk zou moeten maken van de mate van verdringing ten gevolge van de dispensatie. De

9 Voor jongeren beneden de 21 jaar geldt al een minimumloon dat lager is dan 70% van het minimumloon voor volwassen werknemers. Voor deze categorie werklozen heeft de maatregel derhalve weinig nuttig effect.

werkgevers meenden dat de toetsing zich zou moeten beperken tot de vraag of de betrokken werknemers tot de doelgroep behoorden.

Hoewel de standpunten m.b.t. de rol van de CAO en afspraken met de OR op het eerste gezicht veel op elkaar lijken, schuilt daarin een wezenlijk verschil, dat doet denken aan de ontwikkelingen in de doctrine van het stakingsrecht, waarbij het ging van de Panhonlibco doctrine van 'nee, tenzij'[10] naar het 'ja, mits' in de RSV-uitspraak.[11] In de werknemersvisie is dispensatie niet toegestaan, tenzij daarover overeenstemming is bereikt, in de werkgeversvisie is dispensatie toegestaan, mits daarover geen beperkende afspraken zijn gemaakt.

Daarnaast schuilt er nog een addertje onder het gras: hoewel de wetgever onder condities dispensatie van het wettelijk minimumloon kan toestaan (IAO-Verdrag Nr. 131 biedt hiertoe mogelijkheden), kan dezelfde wetgever zich niet bemoeien met CAO-afspraken inzake lonen. Met andere woorden: zelfs als zou de werkgever dispensatie kunnen krijgen van het wettelijk minimumloon, zou dit geen effect kunnen hebben, indien de CAO-lonen op het niveau van het (volledige) minimumloon of hoger zou liggen. M.a.w. indien de dispensatie een werknemer zou betreffen die op grond van de CAO een hoger loon zou moeten krijgen, zou de loonbepaling in zijn arbeidsvoorwaarden daarmee in strijd of zelfs nietig zijn. Een en ander hangt uiteraard af van de wijze van gebondenheid (direct dan wel door algemeen verbindendverklaring) aan de CAO.

Indien er geen sprake is van gebondenheid aan de CAO, wordt de situatie, althans in theorie, voor de werkgever iets eenvoudiger en hangt de uitkomst inderdaad af van de vraag waar de Minister uiteindelijk voor kiest: de voorwaarde van een expliciete afspraak dan wel de afwezigheid van daartoe strekkende afspraken. Het incongruente aspect van deze laatste situatie is dat, waar werkgevers die geen OR in hun onderneming hebben, toestemming nodig hebben van het RBA, dit niet zou gelden voor werkgevers die wel een OR hebben, maar waarmee geen afspraken zijn gemaakt. Met andere woorden: in deze optie zou de dispensatiemogelijkheid vrij benut kunnen worden door ondernemingen met een OR die niet zijn gebonden aan de CAO.

---

10 De Hoge Raad besliste in de Panhonlibco uitspraak dat organiseren van c.q. deelnemen aan een staking een onrechtmatige daad van vakbonden c.q. wanprestatie van werknemers was, tenzij naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid de bedongen arbeidsprestatie niet van de werknemer kon worden gevergd. HR 15 januari 1960, NJ 1960, 84.

11 het Hof Amsterdam besliste in de zaak Industriebond tegen Rijn-Schelde Verolme dat het organiseren van een staking in principe niet onrechtmatig was, mits bijkomende omstandigheden de stakingsoproep alsnog onrechtmatig maakten. Hof Amsterdam, 13 april 1972, NJ 1972, 192.

Nog afgezien van de verwachte beperkte economische effectiviteit van de dispensatiemogelijkheid op basis van globale schattingen[12], moet ook worden afgewacht welk effect CAO-afspraken zouden kunnen hebben op de uiteindelijke resultaten. Het aantal niet door (AVV)CAO gebonden werkgevers is immers gering. De daaraan gekoppelde vraag die moet worden gesteld is in hoeverre deze voorgestelde wet effect zou kunnen hebben op de CAO-onderhandelingen in het algemeen. Het al dan niet opnemen van de dispensatiemogelijkheid is immers weer een toegevoegd stukje grond waarop strijd over gebiedsbepaling niet uitgesloten is.

Het probleem met dit soort specifieke maatregelen waarmee wordt getracht de werkloosheid te reduceren is in vrijwel alle gevallen dat de kosten zeer hoog zijn en de opbrengsten buitengewoon klein. Bovendien bereikt men meestal niet dat de situatie voor ongeschoolden aan de onderkant van de arbeidsmarkt aanzienlijk beter wordt. Ook de Kaderregeling Arbeidsinpassing heeft niet tot effect gehad dat het aantal ongeschoolde langdurig werklozen minder werd.[13]

Zou dat met deze maatregel anders kunnen zijn? Ook deze maatregel lijkt op het eerste gezicht vooral aantrekkelijk voor geschoolden. Op de korte termijn gaat de potentiële werknemer er immers financieel niets op vooruit ten opzichte van zijn of haar uitkering. Uiteraard schuilt het grote belang van de regeling in de toekomstperspectieven van langdurig werkloze: hoewel de aldus verworven arbeidsplaats op de korte termijn geen financiële voordelen oplevert is dat voor de lange termijn mogelijk wel het geval. Dit effect is voor geschoolden veel groter dan voor ongeschoolden die immers niet snel ver boven het peil van het minimumloon zullen komen. Uiteraard is het verwerven van een arbeidsplaats en, derhalve, participatie op de arbeidsmarkt als zodanig voor de werklozen van eminent psychologisch belang, maar de vraag is of men dergelijke effecten kan generaliseren.

Tijdens de discussies in de SER kwam aan de orde of de door de Minister voorgestelde regeling niet in strijd zou komen met de IAO-Verdragen waarin het recht op vrije collectieve onderhandelingen is opgenomen. Daarbij gaat het vooral om Verdragen Nr. 87 inzake de vakverenigingsvrijheid en Nr. 98 inzake het recht op organisatie en vrije collectieve onderhandelingen. De door de Minister in tweede instantie toegevoegde conditie dat aan CAO-gebonden werkgevers slechts van de mogelijkheid

12 Volgens ramingen van het CPB zou een verlaging van het minimumloon, waarmee de dispensatiemogelijkheid kan worden vergeleken, op de middellange termijn de werkloosheid doen afnemen met 3 duizend personen, op de lange termijn met 11 duizend personen. CPB, Macro-economische Verkenning 1995, Den Haag 1994, op p. 131 e.v.

13 De Kaderregeling heeft ten doel de plaatsingsmogelijkheden voor langdurig werklozen te verruimen, door een tegemoetkoming aan werkgevers in de kosten van training en begeleiding (op basis van de Artt. 6 en 7 van de Wet Vermeend-Moor). Het aantal geschoolde langdurig werklozen daalde in dezelfde tijd met 10 procent. Zie J. de Koning en anderen, Met subsidie aan het werk, samenvattend eindrapport evaluatie KRA, Rotterdam, 1993. In het SER Advies Sociaal Economisch Beleid 1994-1998 wordt terecht gewezen op de 'afromende' effecten van deze maatregel. Advies 94/03, Deel I, Den Haag 1994, p. 51 e.v.

van dispensatie gebruik konden maken, indien hierover expliciete overeenstemming bestaat met de vakbonden-CAO-partners, maakt dit probleem aanzienlijk minder zwaarwegend. Echter, ook in het geval die voorwaarde niet zo uitdrukkelijk was toegevoegd, zou er naar mijn mening nauwelijks sprake zijn van een beperking van de onderhandelingsvrijheid. Immers, zoals hierboven reeds aangegeven, dispensatie is slechts mogelijk in die gevallen waarin de CAO - het resultaat van vrije onderhandeling - daartoe ruimte biedt.

De vraag die tijdens de discussies in de SER dan ook logischerwijze werd opgeroepen was of de Minister de regeling zodanig zou kunnen wijzigen dat het CAO-recht een grotere effectiviteit niet meer in de weg zou staan. Dat zou uiteraard het geval kunnen zijn, indien de Minister een algemene regeling zou creëren waarin categorisch is opgenomen dat voor bepaalde categorieën werknemers het wettelijk minimumloon geldt van 70% van het wettelijk minimumloon voor anderen. Dat zou werkgevers een grotere mogelijkheid bieden in CAO-onderhandelingen lonen te bieden die niet alleen tussen het traject tussen de laagste loonschalen in CAO's en het wettelijk minimumloon liggen, maar ook schalen die daaronder liggen (voor de aangeduide categorieën werknemers). De kwestie is of deze situatie wezenlijk anders is dan in het voorstel dat ter discussie stond. Immers, zolang werknemers niets voelen voor dispensatie van het minimumloon zullen de CAO's in die zin op grote schaal niet worden aangepast (hetgeen iets anders is dan te veronderstellen dat zulke CAO's per se niet zullen worden gesloten).

Nog een andere mogelijkheid om de effectiviteit van een dergelijke maatregel te verhogen zou zijn via de algemeen verbindend verklaring (AVV). De Minister zou aan AVV de voorwaarde kunnen binnen dat hierin dergelijke loonafspraken zijn opgenomen, in het kader van het algemeen belang. Dat de Minister daarvan ook in het onderhavige voorstel heeft afgezien, lijkt mij verstandig, omdat de hierboven aangegeven voorwaarde voor AVV tot het resultaat zou kunnen leiden dat een overigens prima CAO waarin geen gedispenseerde minimumloonafspraken zijn opgenomen, niet AVV zou kunnen worden verklaard. De vraag is of dat in het 'algemeen belang' zou zijn en tevens of dan niet sprake zou zijn van een te zwaarwegende interventie van de Minister in het recht op vrije collectieve onderhandelingen en, derhalve, strijd met de betreffende IAO-Verdragen.

Een ander relevant Verdrag is Nr. 131 inzake de minimumloonbepalingen. Ook dit Verdrag vormt echter geen belemmering om onder condities daarvan af te wijken. Aan die condities wordt in Nederland ruim voldaan: elke afwijking moet gelden voor speciale categorieën, bij wet worden vastgelegd na overleg met sociale partners.

De problematiek zou anders komen te liggen, indien de regering zou toegeven aan de druk van werkgevers het minimumloon af te schaffen. Dat kan niet, zolang ons land gebonden blijft aan Verdrag Nr. 131. Opzegging van het Verdrag kan slechts eenmaal in de 10 jaar; voor ons land zou dat pas zijn in 2002. Dat zal mogelijk veranderen als de beweging in de IAO zelf om het Minimumloonverdrag te herzien tot resultaten leidt. Zelfs al zou dat het geval zijn, dan zou ook dat - gezien de te volgen procedure - niet veel eerder dan rond de eeuwwisseling voltooid kunnen zijn.

Een bezwaar dat pas in een laat stadium van de discussies in de SER aan gewicht won - maar dat toch van cruciaal belang kan zijn - is dat dispensatie van het minimumloon t.a.v. bepaalde werknemers in strijd zo kunnen zijn met gelijke behandeling, c.q. gelijke beloning van werknemers, neergelegd niet alleen in tal van internationale verdragen, maar ook nationale wetten. Het gaat hier niet alleen om gelijke behandeling van mannen en vrouwen, maar om gelijke behandeling in het algemeen. Het is vooral het aspect van indirecte discriminatie dat hier een rol speelt. De vraag is of hiervoor een objectieve rechtvaardigingsgrond zou zijn aan te voeren. Dat zou het geval kunnen zijn als de werkgever aantoont, bijvoorbeeld, dat hij vooral gedispenseerde werknemers aanneemt om een feitelijke achterstandsituatie op te heffen (bijv. van vrouwen of allochtonen).

Ondanks de bedenkingen in de SER m.b.t. het dispensatievoorstel, heeft het kabinet op 13 oktober 1995 ingestemd met het wetsvoorstel Tijdelijke Dispensatie Minimumloon van Minister Melkert en het voorstel voor een Algemene Maatregel van bestuur om het voorstel ook te laten gelden voor thuiswerkers. Het voorstel is in oktober naar de Raad van State gestuurd.

3.2 *Flexibilisering van de Arbeidsvoorzieningswet (AB) en de Wet Beschikbaarstelling Arbeidskrachten (TBA) en IAO Verdrag Nr. 96*

De door de toenmalige Minister van Sociale Zaken De Vries voorgestelde flexibilisering beschikbaarstelling arbeidskrachten betrof de afschaffing van de vergunningenstelsels in de AB en de TBA. De voorstellen waren reeds aangekondigd in de Sociale Nota 1994 en op 19 november 1993 vroeg de Minister de SER en het Centraal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening (CBA) om advies dienaangaande.[14]

In de buitengewoon complexe adviesaanvrage, gaf de Minister te kennen dat het kabinet drie redenen had om de vergunningenstelsels af te schaffen: de confrontatie hiervan met de 'strategische heroriëntatie' van het kabinet; de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt en de uitvoerbaarheid van de vergunningenstelsels. Het eerste zou kunnen worden aangeduid met een behoefte aan decentralisatie; het tweede met een behoefte aan flexibiliteit en het derde met het onvermogen om de controlefunctie naar behoren uit te oefenen. De SER adviseerde unaniem dat het vergunningenstelsel m.b.t arbeidsbemiddeling kon worden afgeschaft; m.b.t. TBA kwam hij niet tot een eensluidend oordeel: van werknemerszijde werd geoordeeld dat het stelsel in aangepaste vorm diende te blijven bestaan, terwijl de werkgevers ook hier voor afschaffing waren.[15] Ik ga hier alleen in op die onderdelen van het advies die betrekking hadden op de gebondenheid aan IAO-Verdrag Nr. 96, waaraan ons land tenminste tot aan het jaar 2001 is gebonden en dat ten aanzien van arbeidsbemiddeling met winstoogmerk een vergunningenstelsel onder publiekrechtelijk toezicht voorschrijft. Ook de adviesaanvrage ging in op dit probleem. De Minister erkende dat het voornemen tot afschaffing van het vergunningenstelsel m.b.t. arbeidsbemiddeling pas per 2001

14 SER Advies 94/07 Arbeidsbemiddeling en TBA.

15 SER, Advies 94/07, Arbeidsbemiddeling en TBA.

volledig zou kunnen worden geratificeerd. Daar voegde hij aan toe dat men ook binnen de IAO niet meer gelukkig is met het Verdrag. De discussie over de herziening van dit Verdrag staat dan ook voor 1997 op de agenda van de Internationale Arbeidsconferentie.

De problemen rond het IAO-Verdrag concentreerden zich op de AB. De TBA werd geacht niet onder de reikwijdte van het Verdrag te vallen. Volgens uit een 1965 daterend memorandum van het IAO-Bureau vallen uitzendbureaus onder het Verdrag; daartegen is Nederland evenals een aantal andere landen deze mening niet toegedaan. In dit geval wordt derhalve de mening van het IAO-Bureau niet gezaghebbend geacht. Ik zou eerlijk gezegd niet weten waarom uitzendbureaus (onder TBA vallend) niet onder het Verdrag vallen. Gaat het bij een uitzendbureau niet om een 'persoon, maatschappij, instituut, agentschap of andere organisatie, welke als tussenpersoon optreedt met het doel arbeidsgelegenheid te verschaffen aan een arbeider of aan een werkgever een arbeider te verschaffen met het oogmerk, hetzij direct of indirect, enig geldelijk of materieel voordeel te verkrijgen van de werkgever of de arbeider' (Art. 1 IAO Verdrag Nr. 96)? Als uitzendbureaus dat niet doen, wat doen zij dan wel?

Hoe dat ook zij, de Minister ging daar verder niet op in, concentreerde zich op de AB en voorzag enkele mogelijkheden om alvast tot deregulering van de AB over te gaan, zonder in strijd te komen met het Verdrag.

Allereerst moet worden opgemerkt dat Verdrag Nr. 96 de lid-Staten twee mogelijkheden biedt: ofwel het afschaffen (deel II), ofwel het reguleren (deel III) van vergoedingen vragende arbeidsbemiddelaars. Nederland is gebonden aan deel III van het Verdrag en is op grond daarvan verplicht een aantal voorwaarden te verbinden aan arbeidsbemiddeling met winstoogmerk. De belangrijkste voorwaarden zijn dat arbeidsbemiddelaars met winstoogmerk onderworpen zijn aan toezicht door het bevoegd gezag; het hanteren van een vergunningenstelsel, waarbij vergunningen jaarlijks worden *vernieuwd* en op grond waarvan een vergoedingensysteem wordt vastgesteld of gecontroleerd door het bevoegd gezag (Art. 10 Verdrag Nr. 96). Daarnaast moet worden voorzien in een adequaat systeem van straffen, indien de voorgeschreven regels worden overtroffen (Art. 13).

Het voorstel van de Minister was:

a) het CBA zou gebruik kunnen maken van de in de AB voorziene bevoegdheid, om categorieën van arbeidsbemiddeling aan te wijzen waarvoor slechts een meldingsplicht zou gelden;
b) van werkzoekenden zou een reële kostenvergoeding kunnen worden geëist en
c) de reikwijdte van het vergunningenstelsel zou kunnen worden beperkt tot tweezijdige bemiddeling.

Het laatste bleek, nadat het ministerie hierover informatie uit Genève had gewonnen, geen reële optie.

De eerste optie zou in strijd zijn met de letter van het IAO-Verdrag, dat jaarlijkse vernieuwing van de vergunning vereist. In de praktijk blijkt hier al een ruime

interpretatie te worden gegeven, in die zin dat jaarlijks gegevens moeten worden verstrekt die door het CBA worden gecontroleerd, op grond waarvan de vergunning kan worden *ingetrokken*. Bovendien kan volgens de huidige Arbeidsvoorzieningswet al vrijstelling worden verleend van de vergunningsplicht voor daarvoor aan te wijzen categorieën, waarbij er vanuit wordt gegaan dat dit slechts kan gelden voor arbeidsbemiddeling zonder winstoogmerk. De Raad wees op de preventieve werking van het vergunningensysteem, dat er immers op gericht is malafide bedrijven van de markt te weren. Hoewel werd erkend dat andersoortige instrumenten hetzelfde effect zouden kunnen bereiken, meende de Raad dat het invoeren van een meldingsplicht met een openbaar register, waarbij minimale controle wordt uitgevoerd om niet bonafide arbeidsbemiddeling tegen te gaan nog binnen een weliswaar ruime interpretatie van Verdrag Nr. 96 zou kunnen vallen, mits aangevuld met een vorm van publiek toezicht om arbeidsbemiddelaars die de norm overtreden uit het register te kunnen schrappen.

Het vragen van een kostenvergoeding van werkzoekenden is niet in strijd met het Verdrag. De Raad wees erop dat het vragen van vergoedingen hoger dan de werkelijk gemaakte kosten weliswaar zou kunnen leiden tot actiever gedrag van arbeidsbemiddelaars en derhalve tot verhoging van de kansen van werkzoekenden, maar dat tegelijkertijd het gevaar bestaat dat dit tot ongelijkheid van kansen van werkzoekenden op toegang tot de arbeidsmarkt zou kunnen leiden en dat dit vooral ten koste zou kunnen gaan van de intredingskansen aan de onderkant van de arbeidsmarkt.

De huidige Arbeidsvoorzieningswet verbiedt vergoedingen die hoger zijn dan de werkelijk gemaakte kosten (Art. 85, lid 1 a). De Raad adviseerde dit verbod te laten bestaan, met de mogelijkheid van het algemene verbod ontheffing te verlenen voor daarvoor in aanmerking komende deelmarkten.

4 Samenvatting

Uit bovengaande blijkt dat er nogal wat bedenkingen zijn aangevoerd tegen de beide behandelde flexibiliseringsvoorstellen. Dat heeft niet alleen te maken met de problemen die de regering, bij doorvoering van dergelijke regelingen, zou krijgen met haar verplichtingen onder - *inter alia* - IAO Verdragen. Het voorstel dispensatie minimumloon kreeg in de SER veel kritiek te verduren vanwege de problemen met het geldende CAO- en medezeggenschapsrecht. In het laatste stadium kwamen daar nog bij de mogelijke aspecten van (indirecte) ongelijke behandeling. Hoewel het principe van gelijke behandeling inmiddels ferm verankerd is in ons nationale recht, valt een grote internationale invloed (denk aan de EEG-Richtlijnen en Art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burger en Politieke Rechten (BUPO)) niet te ontkennen.

Het voorstel m.b.t. de flexibilisering arbeidsbemiddeling sneuvelde gedeeltelijk min of meer direct ten gevolge van de gebondenheid aan IAO-Verdrag Nr. 96, maar ook daar speelden vele andere elementen een rol.

De conclusie moet zijn dat waar het betreft wetgeving in arbeidszaken, gebondenheid aan internationale verdragen wel degelijk een rol speelt in de discussies. Bovengenoemde gevallen betroffen pogingen van de regering tot flexibilisering van arbeidswetgeving. Ook een andere wens tot flexibilisering van de zijde van de

werkgevers, te weten het loslaten van het minimumloon, zal vooralsnog sneuvelen indien de regering ook daar haar IAO-verplichtingen serieus neemt.

In de adviesaanvragen geven de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid meestal te kennen dat zij er zich van bewust zijn dat problemen kunnen rijzen met verplichtingen op grond van, vooral, IAO Verdragen, ook in de discussies in de SER wordt hiermee rekening gehouden. Het zou uiteraard ook zeer hypocriet zijn dat niet te doen, omdat zowel de regering, als de werkgevers en de werknemers nauw betrokken zijn bij de opstelling en aanvaarding van die Verdragen. Dat is op zichzelf geen garantie dat deze vervolgens op nationaal niveau niet genegeerd kunnen worden, dat gebeurt in vele landen. De Nederlandse relatie met het internationale recht is echter altijd een bijzondere geweest en het past geheel in deze traditie om aangegane verplichtingen serieus te nemen.

Dat die verplichtingen inderdaad struikelblokken kunnen zijn m.b.t. pogingen tot flexibilisering van arbeidsvoorwaarden, is juist, maar lijkt me nauwelijks reden die normen dan ook maar af te schaffen. In het kader van de dynamiek van arbeidsverhoudingen, kan het zeker noodzakelijk zijn bepaalde normen aan te passen aan de eisen des tijds, zolang daarbij niet uit het oog wordt verloren dat de relatie tussen bescherming van werknemers en economische vooruitgang op de lange termijn complementair en derhalve niet contrair is.

Is het collectief conflictenrecht klaar voor de volgende eeuw?

L.A.J. SCHUT

1 Inleiding

Toen een van de juridische grootmeesters van deze eeuw, E.M. Meijers, in Leiden in 1903 promoveerde, luidde stelling 3 bij zijn proefschrift:
'Een strafbaar stellen van werkstakingen dient steeds gepaard te gaan met de invoering van arbitrage met bindende kracht.'[1] Deze bijna honderd jaar oude stelling is goed plaatsbaar in de context van het toenmalige tijdsgewricht, waarin de spoorwegstakingen van 1903 hebben geleid tot een strafrechtelijk gesanctioneerd stakingsverbod voor ambtenaren en spoorwegpersoneel (dat pas in 1980 uit het Wetboek van Strafrecht werd geschrapt in verband met de goedkeuring van het Europees Sociaal Handvest). De stelling zelve mag gedateerd zijn, de gedachte daarachter is dat mijns inziens niet. Het ging en gaat er in het arbeidsrecht nog steeds om noodzakelijk tegenwicht te bieden in een situatie waarin de werkgever de macht heeft.[2] Bij gebrek aan het stakingsrecht zou verplichte onafhankelijke arbitrage in ieder geval een werkgeversdictaat met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden voorkomen. 'Beter iets dan niets', heeft Meijers misschien gedacht.

Deze opmerking uit 'de oude doos' dient slechts als aanloopje op mijn bijdrage die zal gaan over het stakingsmiddel anno 1996, maar ook over de alternatieven. Staken is tenslotte één methode om uit de impasse te komen naast andere, vreedzame mogelijkheden tot conflictbeslechting, waarbij te denken valt aan arbitrage, maar ook aan advies en bemiddeling. De centrale vraag in deze bijdrage laat zich als volgt formuleren: 'Beschikt het rechtsgebied van de collectieve conflictbeslechting - gelet op zijn

1 E.M. Meijers, Dogmatische rechtswetenschap, (diss.) Leiden 1903.

2 Het ambtenarenrecht is zoals bekend als onderdeel van het arbeidsrecht te beschouwen. Zie o.a. T. van Peijpe en J. Riphagen, Schets van het Nederlands ambtenarenrecht, Deventer 1994, p. 13.

ontwikkeling sedert 1946 - over een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan werknemers en maatschappelijke werkelijkheid anno 1996?' Meer specifiek zal het gaan over de stand van het stakingsrecht aan de hand van het ESH. Heeft dat verdrag en de mede daarop gebaseerde jurisprudentie niet een verenging in plaats van een verruiming van het stakingsrecht opgeleverd? Een van de centrale vraag afgeleide kwestie, waarop ik ook zal ingaan, betreft de ontwikkeling van andere vormen van collectieve conflictbeslechting. Past de ontwikkeling daarvan in het beeld van de ook op collectief niveau steeds mondiger wordende mens?

Voordat ik zal proberen antwoorden te geven (in de parr. 3 en 4), is het goed eerst stil te staan bij de door de redactiecommissie in dit verband aangereikte uitgangspunten. Geschetst wordt een beeld van een breed aanvaarde collectieve rebellie: bonden hebben zich vrijgemaakt uit de collectief-onderdanige houding die kenmerkend was voor de periode 1945-1970. Het zich tot dan toe schikkende collectief is rebels geworden, wenst eigen belangen te behartigen (zelfregulering) en stelt zich (steeds) minder solidair op. Daarnaast vraagt de premisse van de 'ook op collectief niveau steeds mondiger wordende mens' eveneens om enige toelichting. Bespreking van de uitgangspunten vindt hieronder in par. 2 plaats.

2 Vijftig jaar in vogelvlucht

De periode 1945-1970 staat voor de geleide loonpolitiek. Het BBA 1945 kende de overheid via het College van Rijksbemiddelaars grote invloed op de loonvorming toe. De wederopbouw van Nederland moest met kracht ter hand worden genomen. De vakbeweging verleende hieraan in het algemeen loyale en vrijwillige medewerking, hetgeen inhield dat het stakingswapen tijdelijk de ijskast inging.[3] Het 'onderdanige collectief' is gekoppeld aan deze periode, die formeel werd afgesloten met de Wet op de Loonvorming van 12 februari 1970, maar cao-onderhandelingen waren in de jaren zestig al onder invloed van de groeiende en bloeiende economie geleidelijk aan vrijer geworden. Langzamerhand probeerde de vakbeweging zich los te maken uit de al te innige verstrengeling met de overheid.[4]

Met de komst van de Loonwet 1970 was de strijd tussen collectieve onderhandelingsvrijheid en overheidsingrijpen echter nog niet beslecht. De Minister van Sociale Zaken had krachtens art. 10 van deze wet de bevoegdheid gekregen om in te grijpen in de loonontwikkeling, indien het belang van de nationale economie daartoe noopte. Tot 1982 werd hiervan tamelijk frequent (zeven keer) gebruik gemaakt.[5] De

3 De geleide loonpolitiek werd niet ondersteund door de Eenheidsvakcentrale. In deze EVC waren de communisten sterk vertegenwoordigd.

4 Vgl. W.J.P.M. Fase, 35 jaar loonbeleid in Nederland, (diss.) Alphen aan den Rijn 1980; T. van Peijpe, De ontwikkeling van het loonvormingsrecht, (diss.) Nijmegen 1985, pp. 391-430 en 477-540; zie voorts H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, Deventer 1994, pp. 184-190 en Luuk Brug en Harry Peer (red.), Collectief geregeld; uit de geschiedenis van de cao, Amsterdam 1993, pp. 19-21.

5 H.L. Bakels, a.w. pp. 187-189.

vakbeweging begon zich echter steeds meer te weren, overigens onder een zwaar economisch getij (oliecrisis 1973 en tweede oliecrisis 1979). Onrustige arbeidsverhoudingen, stakingen en strijd voor behoud van werkgelegenheid (Enka-bezetting 1972) kenmerkten deze periode, waarin de overheid met intervallen looningrepen steeds weer noodzakelijk achtte.[6]

Het centraal akkoord van november 1982 dat in de Stichting van de Arbeid tot stand kwam en te boek staat als het Akkoord van Wassenaar, markeerde een nieuwe periode in de arbeidsvoorwaardenvorming. Beoogd werd de autonomie van cao-partijen te herstellen door overheidsbemoeienis af te wenden. De vakbeweging had tenslotte de 'collectief-onderdanige' jas uitgetrokken. De primaire verantwoordelijkheid voor de particuliere loonvorming kwam nu definitief bij partijen te liggen.[7] Overheidsingrepen zijn sindsdien achterwege gebleven, echter mede als gevolg van kritiek van de Internationale Arbeidsorganisatie te Genève.[8] Het centraal akkoord heeft tevens decentralisatie van het arbeidsvoorwaardenoverleg ingeluid.[9] Dat betekende de eerste jaren vooral dat de afzonderlijke bonden en de cao-onderhandelaars op bedrijfstakniveau de zeggenschap over de invulling van de cao's naar zich toetrokken, maar in de jaren negentig zette de decentralisatie verder door en kwam het primaat bij de onderneming te liggen.[10] Het gaat nu om zaken als 'maatwerk' en 'diversiteit'. Zowel ondernemingen als werknemers hebben behoefte aan meer differentiatie en keuzemogelijkheden binnen cao's, maar werkgevers willen hierin over het algemeen verder gaan dan de vakbeweging. Zij wensen de flexibilisering van arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld van de arbeidstijden) krachtig door te zetten en zij kunnen zich die houding ook permitteren, gezien de teruggelopen macht van de vakbeweging. Factoren als de sterk gedaalde organisatiegraad, werkloosheid en internationalisering, waardoor ondermeer produktie naar andere landen verschuift, zijn er mede debet aan dat werkgevers bij cao-onderhandelingen steeds vaker het offensief openen.[11] Het beeld van een collectief dat de eigen belangen wenst te behartigen, dat rebels is geworden en zich (steeds) minder solidair opstelt, moet mijns inziens in het licht van deze omstandigheden worden gezien. Het is immers maar net hoe solidariteit wordt opgevat (namelijk, solidair ten opzichte van wie?). Een solidariteit die is gebaseerd op de behartiging van collectief eigenbelang is nog steeds noodzakelijk en de vakbeweging ziet het in ieder geval als haar taak om op die moderne wijze invulling te geven aan

6 W. Albeda en W.J. Dercksen, Arbeidsverhoudingen in Nederland, Alphen aan den Rijn 1994, pp. 215-230. Deze paragraaf bevat een beschrijving van de na-oorlogse arbeidsconflicten.

7 W.J.P.M. Fase, Collectief arbeidsrecht na 50 jaar, in : Vijftig jaar sociaal recht in Leiden, Deventer 1986, p. 21; zie voorts A.G. Nagelkerke, Institutioneel balanceren, SMA 1994, p. 21.

8 Vgl. de bijdrage van T. van Peijpe, 'Het nieuwe gezicht van de loonpolitiek' (in deze bundel).

9 Het (economisch) kernelement in het akkoord was de 'uitruil' tussen arbeidsduurverkorting (herverdeling van werkgelegenheid) en loonmatiging.

10 Maarten van Bottenburg (red.), Aan den Arbeid; in de wandelgangen van de Stichting van de Arbeid 1945-1995, Amsterdam 1995, pp. 202-204.

11 Jelle Visser, Kwaliteit voor de vakbeweging, SMA 1995, p. 281.

het begrip.[12] Een aardig voorbeeld - zij het uit de non-profit sector - van een collectief werknemers dat in een rebelse, wilde beweging de materiële belangenbehartiging in eigen hand heeft genomen is de actiegroep Verplegenden en Verzorgenden In Opstand, de VVIO, inmiddels getransformeerd tot een vakbond die Nu'91 heet.[13]

Uit onderzoek van Nagelkerke naar decentralisatie in de Nederlandse arbeidsverhoudingen in de jaren tachtig blijkt slechts een lichte tendens in die richting waarneembaar (een toename van het aantal ondernemings-, raam- en minimumcao's). Bovendien heeft decentralisatie minder op de lonen en meer op andere arbeidsvoorwaarden betrekking. Men blijkt vanuit aloude concurrentie-overwegingen nog steeds te hechten aan loonbepaling per bedrijfstak. In het kader van decentralisatie is voorts al veel gespeculeerd en nagedacht over de rol van de ondernemingsraad als partner bij de ontwikkeling van arbeidsvoorwaarden, maar echt doorgebroken op dat gebied is de or nog niet.[14]

De kaart van de arbeidsvoorwaardenvorming is kortom in beweging, waarbij te constateren valt dat het 'etatistisch-centralistisch karakter' is afgeschud en waarbij het belang van maatwerk en een zekere flexibilisering van arbeidsvoorwaarden eigenlijk door alle betrokkenen wordt onderkend. Ongeveer tegelijkertijd met de verschuiving van een centraal geleid loonregime naar een meer gefragmenteerd systeem van loonvorming hebben zich parallelle verschuivingen voorgedaan in de alledaagse omgangsvormen binnen bedrijven en in gezinnen. De Swaan typeerde deze verandering als een verschuiving van een 'bevelshuishouding' naar een 'onderhandelingshuishouding'.[15] Ontzuiling, stijging van het onderwijsniveau en toegenomen welvaart zijn enkele factoren die ertoe hebben bijdragen dat de mensen mondiger zijn geworden. Dat bond, partij, krant en kerk werden opgezegd c.q. verlaten lijkt niet zozeer te hebben geleid tot een complete decollectivering ('atomisering'), maar meer tot hergroepering en nieuwe kleinschaliger collectieve onderhandelingssituaties o.a. binnen de werkkring.[16]

3 Hoe eng of hoe ruim is het stakingsrecht?

Is het nu zo dat het stakingsrecht zoals dat volgt uit het ESH en uit de jurisprudentie die daarop is gebaseerd per saldo een verenging van dit vrijheidsrecht heeft opgeleverd? Bevestigende beantwoording van deze vraag levert strijd op met het minimumkarakter

12 Brug en Peer, a.w. p. 23 : 'In het overleg op centraal niveau (SER,STAR) zullen de sociale kaders scherp bewaakt moeten worden, om de door sommigen voorgestane vrijheid voor het bedrijfs(tak)niveau niet te laten ontaarden in een chaotisch cafetariamodel voor de individuele werknemer.'

13 En zo zijn er meer wilde bewegingen waar te nemen vanuit een kritische houding ten opzichte van de eigen bond, zie Nagelkerke, a.w. p. 26.

14 Nagelkerke a.w. pp. 20-30; vgl. ook Hans Slomp, De cao in vergelijkend perspectief, in: Brug en Peer, a.w. pp. 201-202. Slomp laat zien dat de ontwikkeling in de richting van decentralisatie minder uitgesproken is dan de vele nationale discussies erover doen vermoeden.

15 A. de Swaan, Overlegeconomie en onderhandelingshuishouding, in: Bottenberg, pp. 225-237.

16 Vgl. De Swaan, a.w. pp. 236 en 237.

van het ESH. Dat zou een wat sombere uitkomst zijn.[17] Het ESH is historisch gezien het eerste verdrag dat de erkenning van het stakingsrecht heeft geregeld.[18] Dit is gebeurd met als doel de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen. Het verdrag vervult een belangrijke symboolfunctie ten aanzien van het stakingsrecht. Maar niet te ontkennen valt dat aan art. 6 lid 4 onvermijdelijk art. 31 ESH vastzit. Met name de uitleg van dit beperkingsartikel ligt ten grondslag aan de hierboven gestelde vraag.[19]

Dat men destijds al vreesde voor de beperkingsclausules van art. 31 blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van het ESH. Tijdens de speciaal gehouden tripartiete conferentie in 1958 te Straatsburg ter bespreking van het ontwerp-handvest werd door werknemersvertegenwoordigers verzocht om art. 31 in z'n geheel te schrappen. Toen het voorstel het niet haalde luidde het subsidiaire voorstel om de woorden 'voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' te verwijderen. Ook het tweede voorstel strandde.[20]

Wat is het effect van art. 31 ESH hedentendage? Het artikel biedt de rechter een handvat om het stakingsrecht zo nodig in te perken. Sinds de Hoge Raad in 1986 in het NS-arrest rechtstreekse werking toekende aan art. 6 lid 4 ESH, is de rechter gaandeweg stakingsconflicten gaan benaderen aan de hand van het 'ESH-sjabloon'.[21] Kort gezegd houdt dat in dat een door het handvest beschermde collectieve actie slechts kan worden beperkt in het kader van een binnen art. 31 ESH passende spelregeltoetsing en kennelijke onredelijkheidstoetsing. Een recent voorbeeld van een staking waarbij de rechter gebruik maakte van deze beperkingsmogelijkheid is de staking in het streekvervoer, die zich afspeelde in januari 1995 met een traditioneel cao-conflict als inzet.[22] In het zicht van de zevende stakingsdag overwoog de president van de rechtbank Utrecht dat de rechten en vrijheden van veel onschuldige derden in zó ernstige mate dreigden te worden aangetast door de acties, dat een en ander niet meer in verhouding stond tot de op zichzelf gerechtvaardigde belangen die de vervoersbond FNV nastreefde. Van de meer dan één miljoen reizigers die dagelijks

17 Het ESH bevat minimumnormen. Zie art. 32 ESH: 'De bepalingen van het onderhavige Handvest laten de bepalingen van nationaal recht en van alle reeds van kracht zijnde of nog van kracht wordende bilaterale of multilaterale verdragen of overeenkomsten welke gunstiger zijn voor de beschermde personen, onverlet.'

18 ESH, Turijn 18 oktober 1961, Trb. 1961, 90.

19 Art. 31 lid 1 ESH luidt als volgt: 'Wanneer de in deel I genoemde rechten en beginselen en de in deel II geregelde onbelemmerde uitoefening en toepassing hiervan zijn verwezenlijkt, kunnen zij buiten de in deel I en deel II vermelde gevallen generlei beperkingen ondergaan, met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden.'

20 Summary of the results of the Tripartiete Conference prepared by the Social Division S9/R2 (59)1, Straatsburg 12 februari 1959, p. 19.

21 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

22 Pres. Rechtbank Utrecht, 24 januari 1995, JAR 1995, 33 (NV Verenigd Streekvervoer Nederland/Vervoersbond FNV).

van de bussen in het streekvervoer gebruik maken, was het grootste deel reeds de dupe geweest. 'Acties als de onderhavige van een zó publiekelijk karakter en van een zó verstorende uitwerking op de samenleving zullen van beperkte omvang moeten blijven, willen zij de toets van de maatschappelijke zorgvuldigheid kunnen doorstaan.'[23] Daarop verbood de president de acties 'tenzij deze acties beperkt blijven tot het tijdvak tussen tien uur 's morgens en drie uur 's middags en deze acties voorts uiterlijk op de dag daarvoor publiekelijk zijn aangekondigd'.[24]

Hoewel het slechts een gedeeltelijk actieverbod betrof en het stakingsrecht dus ten dele kon worden uitgeoefend, was het effect van de rechterlijke ingreep dat de angel uit het stakingsrecht was gehaald. Op het door de vervoersbond FNV ingestelde hoger beroep volgde bekrachtiging van het bestreden vonnis door het Gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 23 november 1995.[25] Volgens het hof had de staking een grote maatschappelijk ontwrichtende werking en ging de (te verwachten) schade de grenzen van hetgeen als een normaal maatschappelijk risico moet worden beschouwd te buiten, 'mede aangezien de schade een algemeen karakter droeg doordat zij een groot deel van het functioneren van de samenleving en daardoor eveneens de Nederlandse economie trof'.[26] Het belang van de vervoersbond woog weliswaar zwaar mee, maar het hof oordeelde dat het te dezen ging om een onmiddellijk en concreet gevaar voor een specifieke, aanzienlijke schade. De beperking van het stakingsrecht was 'noodzakelijk in een democratische samenleving voor de bescherming van de desbetreffende rechten van anderen'.[27] De rechter ging naar mijn smaak iets te voortvarend te werk, omdat het mijns inziens enigszins twijfelachtig is of de ingreep na zes dagen staken en mede gelet op andere middelen van vervoer zoals trein en taxi, werd gerechtvaardigd door de vereiste noodzaak in een democratische samenleving ('pressing social need'). Hoe dat ook zij, de rechter heeft geoordeeld aan de hand van het ESH-toetsingskader en dat laat hem onvermijdelijk enige vrijheid ('bandbreedte') in de beoordeling. Dit zou pas anders kunnen worden indien het Comité van Deskundigen te Straatsburg, dat vanuit juridisch standpunt oordeelt over de wijze waarop de Verdragstaten aan het handvest toepassing hebben gegeven, daartoe concrete aanwijzingen zou geven in de Conclusions.[28]

---

23 Idem r.o. 4.7.
24 Idem r.o. 5.1.
25 JAR 1995, 270.
26 Idem r.o. 4.15.
27 Idem r.o. 4.15.
28 Dat wil zeggen concretere aanwijzingen dan in Conclusions XIII-1 1990-91, waarvan de relevante passage luidt: 'The Committee accordingly held that, on the basis of Article 31 of the Charter damages caused to third parties and financial losses sustained by the employer could only be taken into consideration in exceptional cases, when justified by a pressing social need', Council of Europe 1994, p. 158.

Het ESH heeft naar mijn mening niet geleid tot een verenging van het stakingsrecht, maar ook niet tot een opvallende verruiming.[29] Dat de Hoge Raad in 1986 rechtstreekse werking toekende aan art. 6 lid 4 betekende een opwaardering van het stakingsrecht, maar de verwachtingen ten aanzien van de positieve (verruimende) invloed die het ESH op het stakingsrecht zou (behoren te) hebben, waren destijds misschien wat te hoog gesteld. Het FNV-rapport 'Collectieve actie : een recht', dat kritisch was over de Nederlandse stakingsjurisprudentie wegens vermeende strijdigheid met het ESH, is daar mijns inziens een voorbeeld van.[30] In het rapport werd o.a. geconcludeerd dat 'zwaarwegende procedureregels' en 'zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens eens ander persoon of goed' en 'belangen van derden' geen zelfstandige beperkingsgronden van het stakingsrecht vormden.[31] Inmiddels is gebleken dat deze criteria die o.a. zijn terug te vinden in het NS-arrest en in het Verpleegkundigen-arrest, kunnen worden ingepast in het ESH-toetsingskader.[32] Deze arresten konden, blijkens de Conclusions van het Comité van Experts de Straatsburgse juridische toets doorstaan.[33] Natuurlijk zal steeds weer opnieuw wanneer beperking van het stakingsrecht aan de orde kan zijn, terughoudendheid moeten worden betracht door de rechter. Daarbij dient acht te worden geslagen op de 'heilige grenzen' die voortvloeien uit art. 31 ESH (zoals het vereiste van een 'pressing social need').

Vermeldenswaard in het kader van dit opstel lijkt me voorts dat art. 6 lid 4 buiten twijfel stelt dat de zogenaamde wilde stakingen eveneens vallen onder de bescherming van het ESH. Dat een staking die niet door een vakbond is georganiseerd in beginsel is toegestaan - binnen het gebruikelijke raam van het recht op collectief onderhandelen over een belangengeschil - is te zien als een passend onderdeel van een 'adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan werknemers en maatschappelijke werkelijkheid anno 1996'.[34] Het ESH biedt ruimte voor 'wilde bewegingen', en dus ook bijvoorbeeld voor een staking op instigatie van de ondernemingsraad.

4 Advies, arbitrage en andere alternatieven

Past de ontwikkeling van andere vormen van collectieve conflictbeslechting in het huidige tijdsbeeld, dat o.a. gekenmerkt wordt door de ook op collectief niveau steeds mondiger wordende mens c.q. werknemer? Ik zou menen van wel, al verwacht ik gezien de maatschappelijke realiteit op dit punt dat het maximaal haalbare een

---

29 Vgl. het proefschrift van L. Tilstra, Grenzen aan het stakingsrecht. Het Nederlandse rechtsoordeel over collectieve actie van werknemers getoetst aan het Europees Sociaal Handvest, Groningen 1994.

30 Collectieve actie: een recht, Eindrapport commissie collectief actierecht, 15 december 1987.

31 H. Staal, Collectieve actie een recht, een FNV-beschouwing over enige knelpunten binnen een moeilijk rechtsgebied, SR 1987, pp. 392-395.

32 HR 22 november 1991, NJ 1992, 508 (Verpleegkundigen-arrest).

33 Conclusions XI-1, 1989 p. 89; Conclusions XIII-1, 1994 p. 158.

34 Vergelijk de centrale vraag in de inleiding: 'Beschikt het rechtsgebied van de collectieve conflictbeslechting over een adequaat juridisch kader enz...'

bescheiden ontwikkeling zal zijn. De wetenschappelijke belangstelling voor het thema derdeninterventie is lange tijd niet erg groot geweest.[35] Dat heeft onder andere te maken met ons Nederlandse overlegstelsel waarin conflict meer uitzondering is dan regel.[36] Met landen als Japan, Zwitserland, Oostenrijk en Duitsland behoren wij tot de zogenaamde 'consensuslanden'.[37] Als er een conflict ontstaat, blijken partijen een groot vermogen te hebben om op eigen krachten tot een oplossing te komen.[38]

Krachtens art. 6 lid 3 ESH heeft Nederland zich verbonden de instelling en toepassing van een doelmatige procedure voor bemiddeling en vrijwillige arbitrage inzake de beslechting van arbeidsgeschillen te bevorderen. Juridisch gesproken bevat het artikel niet meer dan een instructienorm. Een zelfde soort bepaling is te vinden in art. 13 van het EG-Handvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 9 december 1989: 'Teneinde de oplossing van arbeidsconflicten te vergemakkelijken, moeten de inleiding en het gebruik op gepaste niveaus, van procedures voor verzoening, bemiddeling en arbitrage overeenkomstig de nationale gebruiken worden bevorderd'.[39] Vanuit Europa - Raad van Europa en Europese Unie - is met andere woorden hooguit sprake van een zachte drang om vreedzame conflictoplossing te bevorderen.[40]

In de private sector is alternatieve conflictbeslechting niet erg van de grond gekomen.[41] In het kader van de Stichting van de Arbeid wilden sociale partners niet verder gaan dan het aanleggen van een lijst met vertrouwenspersonen die als potentiële bemiddelaars kunnen optreden. Deze van december 1986 daterende lijst lijdt een nogal slapend bestaan. Duidelijk is dat sociale partners afwijzend staan tegenover instituties voor geschilbeslechting.[42]

De publieke sector kent - sinds oktober 1984 - wel een structurele voorziening in de gedaante van de advies- en arbitragecommissie rijksdienst (AAC), die bovendien naar tevredenheid functioneert.[43] Hierbij moet echter niet uit het oog worden verloren dat een belangrijk motief voor de oprichting van de AAC was gelegen in

35 Pionierswerk werd verricht door C.J. Loonstra, Derden-interventie bij cao-conflicten, (diss.) Groningen 1987.

36 Zie o.a. W. van Voorden, Derdeninterventie in de arbeidsverhoudingen, SMA november 1991, pp. 658 en 659.

37 M.G. Rood, Enkele gedachten over final-offer arbitration, in: K.M. Becking e.a. (red.), Final-Offer Arbitrage, Den Haag 1993, p. 48.

38 Zie ook A.T.J.M. Jacobs, Post-Industrieel Stakingsrecht, SMA 1991, p. 667.

39 Art. 13 Gemeenschapshandvest is echter geen verdragsbepaling, maar onderdeel van een politieke wilsverklaring van de regeringsleiders en staatshoofden van destijds 11 lidstaten, thans 14 (minus het Verenigd Koninkrijk). De Europese Unie (uitgezonderd het V.K.) heeft zich door het Verdrag van Maastricht verplicht het Gemeenschapshandvest ten uitvoer te leggen.

40 Voorts valt nog te wijzen op art. 8 IAO-Conventie 151.

41 Jacobs, a.w. p. 667: 'Er bestaat geen sociaal-politiek streven om daartoe te komen.'

42 M.G. Rood, Vijf jaar advies- en arbitragecommissie en hoe verder?, in: W. Albeda e.a., Ambtenaren in het jaar 2000, Den Haag 1989, p. 34.

43 Zie o.a. K.M. Becking, de Advies- en arbitragecommissie rijksdienst, SMA 1992, pp. 445-453 en C.J. Loonstra, Over de toekomst van de Advies- en arbitragecommissie (AAC), SMA 1994, pp. 531-540.

ongelijkheidscompensatie.[44] Toentertijd was de invloed van (vertegenwoordigers van) het overheidspersoneel op de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden beperkt tot overleg. De AAC moest tegenwicht bieden aan de eenzijdigheid in de besluitvorming en vormde zo een zekere correctie op de machtsongelijkheid ten opzichte van de overheidswerkgever. Er heeft sindsdien een hele ontwikkeling (emancipatie) plaatsgevonden van overlegmodel naar contractmodel. Resultaat daarvan is geweest dat het overeenstemmingsvereiste sinds enkele jaren in art. 105 lid 3 ARAR vastligt.[45] Het overleg dat plaatsvindt door de overheidswerkgever met de Centrale Commissie voor Georganiseerd Overleg in Ambtenarenzaken (waarin vertegenwoordigers van de ambtenarencentrales zitten) dient nu te resulteren in overeenstemming. En om nog even terug te grijpen naar de inleiding: Het genoemde motief voor de oprichting van de AAC komt sterk overeen met Meijers' gedachte achter stelling 3 bij zijn proefschrift, die ook op ongelijkheidscompensatie gebaseerd was.[46]

Wat valt er voorts te melden op het terrein van de alternatieve conflictbeslechting dat gunstig lijkt voor de verdere ontwikkeling ervan. Voor de lagere overheden is de lokale advies- en arbitragecommissie in het leven geroepen. De LAAC kan geadieerd worden bij geschillen op het niveau van gemeenten, provincies en waterschappen.[47] Vermeldenswaard is ook dat de Consumentenbond in 1994 aan de NS en de spoorwegvakbonden en aan de toenmalige kabinetsformateurs voor 'Paars' hebben voorgesteld om een AAC voor het openbaar vervoer in te stellen, naar het beproefde model van de AAC-rijksdienst. Een interessant verzoek vanuit de maatschappij dat voortkomt uit de 'rechten en vrijheden van derden-problematiek'.[48] Door verschillende auteurs, zoals Albeda, Fortuijn en Van Voorden wordt ervoor gepleit de AAC te laten uitgroeien tot een breder instituut door bijvoorbeeld haar reikwijdte tot (vitale terreinen in) de private sector te verruimen.[49] Niet meer of minder dan een facilitair bedrijf dat op afroep van partijen ter beschikking staat, aldus Van Voorden.[50] Het idee is aansprekend - vrijwilligheid staat voorop - maar vooralsnog valt te constateren dat de marktsector blijkbaar lossere en informele vormen prefereert. Vanuit weten-

---

44 Ook speelde art. 8 IAO-conventie 151, dat juist voor die sector bestemd was, een rol in dit verband. Het zou namelijk door Nederland geratificeerd gaan worden (vgl. rapport Commissie Toxopeus II 's Gravenhage 1 mei 1980, p. 8 en 12).

45 Art. 105 lid 3 ARAR: 'Een voorstel strekkende tot invoering of wijziging van een regeling met rechten of verplichtingen van individuele ambtenaren wordt slechts ten uitvoer gebracht, indien daarover overeenstemming bestaat met de Commissie (...).'

46 Zie over de toekomst van de AAC: M.G. Rood a.w. 1989, pp. 25-35. Hij nam als standpunt in dat ten gevolge van de ontwikkelingen binnen de publieke sector in de richting van gelijkwaardigheid van partijen (van overlegmodel naar contractmodel) het belang van de AAC zal afnemen. Loonstra discussieert met Rood en voorspelt dat de preventieve taak van de AAC een grotere rol zal gaan spelen. Zie Loonstra a.w. 1994, pp. 537 en 539-540.

47 Zie M.J.W.M. Akkermans, Gelijk hebben en gelijk krijgen, Tien jaar advies- en arbitragecommissie rijksdienst, Den Haag 1994, p. 79.

48 Akkermans, a.w. p. 82.

49 Akkermans, a.w. p. 83.

50 Van Voorden a.w. 1991, p 664

schappelijke hoek is er de laatste jaren wat meer belangstelling voor met name final-offer arbitrage (FOA) waar te nemen.[51] Op de Conferentie Final-Offer Arbitrage die werd gehouden op 14 december 1992 verklaarde de voorzitter van de FNV, Johan Stekelenburg, bereid te zijn een open discussie binnen de FNV over FOA aan te gaan.[52] Maar zal een sterke bond in de marktsector met een rijke actietraditie ooit tot FOA over willen gaan, zo kan men zich afvragen? Aan de andere kant kan FOA aantrekkelijk zijn voor een bond wanneer stakingsacties risico's in zich dragen, vanwege te lijden schade door derden of vanwege negatieve publiciteit die daarmee gepaard kan gaan. Vreedzame vormen van conflictbeslechting bieden een scala aan extra mogelijkheden. Dat is toe te juichen, evenals de toenemende belangstelling voor het onderwerp ook in brede kring.[53] De alternatieve weg zie ik als een oplossing tussen andere oplossingen. De keuze zal moeten worden gemaakt door het volwassen, mondige werknemerscollectief.

51 Grote instigator is ook hier weer C.J. Loonstra, Final-offer arbitrage als sluitstuk van collectief overleg, in: K.M. Becking, a.w. 1993, pp. 13-34.

52 J. Stekelenburg, Final-offer arbitrage, toepasbaar instrument bij arbeidsgeschillen?, in: K.M. Becking, a.w. 1993, p. 80.

53 Zie bijvoorbeeld J.M. Polak, Bindend advies en conflictbemiddeling, NJB 1995, pp. 1355-1358.

Wijziging van enquête- en/of structuurregeling?

M.G. ROOD*

1 Inleiding

1.1 Leeftijd der regels

De uitnodigingsbrief een bijdrage te leveren aan de bundel 'Mensbeeld en Arbeidsrecht 1946-1996' vroeg mij het te hebben over het enquêterecht en het structuurregime. Het in de titel van de bundel vermelde tijdvak van vijftig jaar ligt uiteraard voor de hand. De bundel verschijnt immers in verband met het vijftigjarig bestaan van onze Vereniging voor Arbeidsrecht. Impliciet tenminste is de suggestie dat de regelingen in het arbeidsrecht na een halve eeuw verandering behoeven. Bij die suggestie zet ik voor de beide, mij toegewezen onderwerpen aanstonds twee kanttekeningen. De eerste is in deze paragraaf aan de orde, de tweede komt in 1.2 naar voren.

Het gaat bij het enquête- en het structuurrecht om onderwerpen die nog lang geen vijftig jaar oud zijn. (Ik verwaarloos dan dat het enquêterecht voor aandeelhouders ouder is. Dat had echter met medezeggenschap en zelfs met arbeidsrecht niet te maken). Beide komen immers voort uit de democratiseringsgolf in het arbeids- en ondernemingsrecht.[1] Ze bestaan bijgevolg geen vijftig, maar vijfentwintig jaar.[2]

1.2 Mobiliteit der regels

Daar komt bij dat beide, in deze bijdrage te bespreken regelingen, in die periode niet ongewijzigd zijn gebleven. Integendeel, ze zijn in hun relatief korte leven diverse

---

* Mijn dank gaat uit naar mevrouw (intussen mr.) C. van Kins, die bekwaam en snel het materiaal voor deze bijdrage heeft verzorgd.

1 Vgl. het rapport van de Commissie-Verdam 'Herziening van het ondernemingsrecht', d.d. 26 november 1964, Staatsuitgeverij 1965.

2 De Wet herziening enquêterecht dateert van 10 september 1970, Stb. 411, de Structuurwet van 6 mei 1971, Stb. 289.

keren veranderd en aangepast aan nieuwe inzichten. Zie ik het goed, dan bracht de wetgever zesmaal wijzigingen aan in het enquêterecht en paste hij het structuurregime acht keer aan. Nu wil ik niet beweren dat de aanpassingen steeds van ingrijpende aard waren. Maar ik zou wel menen dat deze historie van frequente wetswijzigingen eerder op mobiliteit dan op immobiliteit wijst.

Zowel het feit dat het hier gaat om nog geen vijf en twintig jaar oude leerstukken, als de relatieve frequentie van veranderingen in de regelingen in kwestie geeft aanleiding tot een zekere behoedzaamheid bij plannen voor nieuwe aanpassingen. Die kunnen wel eens minder geboden zijn dan bij onderwerpen die al vijftig en soms zelfs meer jaren oud zijn en weinig of niet tussentijds aan verandering van regels onderworpen waren.

1.3 (Contra)impulsen tot wijziging

Of wetgeving in het algemeen aanpassing behoeft, wordt bepaald door een aantal impulsen waarvan ik er vier wil noemen. Drie daarvan kunnen bij 'mijn' onderwerpen een rol spelen. Allereerst kan aanpassing vereist zijn, omdat de regels zoals ze bestaan in strijd blijken te komen met hogere regelgeving. Ik denk uiteraard aan internationale, voor ons land geldende regels. Die zullen in door Nederland geratificeerde verdragen of in EG-instrumenten (verordeningen of richtlijnen) moeten vastliggen. Ik kan daar kort over zijn, nu een dergelijke strijdigheid voor het enquêterecht noch voor het structuurregime bestaat.

Een tweede impuls zal zijn grond vinden in rechtvaardigheidsoverwegingen. Een dergelijke impuls zal op het hier te bespreken terrein vooral teruggaan op opvattingen die de beoogde medezeggenschap van werknemers beter tot haar recht willen laten komen.

Een derde impuls vindt eerder zijn basis in effectiviteit of in doelmatigheidsoverwegingen. Anders dan de tweede gaat het er hier niet om dat rechtvaardigheidsinzichten veranderd zijn en om aanpassing van de regels aan die veranderingen vragen. Veeleer gaat het er om de door de wetgever bij het tot stand brengen van de regels beoogde doelen, beter bereikbaar te maken, nu ze om bepaalde redenen onbereikbaar blijken te zijn. Die redenen kunnen schuilen in onvoldoende anticipatie op problemen die zich bij het toepassen van de regels blijken voor te doen. Ze kunnen ook hun basis vinden in uitleg die - meestal door de rechter - aan de regeling wordt gegeven. Laatstbedoelde impulsen zullen eerder dan de door rechtvaardigheidsnoties geïnspireerde, het karakter van reparatie hebben. Ze beogen geen wijder vergezichten te openen. Eerder zijn ze erop uit het destijds beoogde vergezicht dat desondanks aan het oog onttrokken bleef, werkelijk zichtbaar te maken.

Een vierde impuls ontleent zijn inspiratie aan overwegingen van rechtszekerheid en voorspelbaarheid van recht. Ik heb het oog op de reeds gereleveerde historie van de beide regelcomplexen die hier ter discussie komen. Jonge leeftijd en herhaalde aanpassing tijdens die 'levensperiode' lijken eerder een contra-indicatie dan een indicatie, opnieuw aan het veranderen te slaan.

Al te frequente veranderingen van wetgeving maken haar potentieel moeilijker hanteerbaar. Ook hier past echter behoedzaamheid. Het enkele feit dat het enquête- en structuurregime dikwijls veranderd en niet zo lang geleden uitgedacht zijn, behoeft nog niet zonder meer zo'n contra-indicatie te zijn. Daarvoor is mede van belang vast te stellen wat de veranderingswetten om het lijf hadden. Ik zal daarop bij ieder van de beide onderwerpen dan ook ingaan.

1.4 Medezeggenschapsrechtelijk uitgangspunt

Enquête- en structuurrecht behoren tot het medezeggenschapsrecht. Ze maakten deel uit - bij hun ontstaan - van het zgn. 'Verdam-kwartet', dat zich richtte op een aan de tijd (toen) aangepaste medezeggenschap van werknemers.[3] Hoewel beide regelcomplexen eigen referentiekaders en toepassingsgebieden hebben, zijn ze in die zin met elkaar verbonden dat beide beogen de medezeggenschap van werknemers te bevorderen. Dat bepaalt hun plaats in deze bundel, zowel als mijn benadering van beide. Eventuele veranderingen van één of beide regimes moeten gerelateerd zijn aan de positie van werknemers van de werkgevers, op welke laatste de regels toepasselijk zijn. Ik bedoel daarmee aan te sluiten bij de opvatting dat het moet gaan om medezeggenschap van werknemers die in een onderneming van een bepaalde werkgever werkzaam zijn. Bij de laatste wijziging van de enquêterechtelijke regels is onderdeel *b* in art. 2 : 344 BW ingevoegd.[4] Het recht van enquête is van 1 januari 1994 af ook geldend voor een stichting en een vereniging (met volledige rechtsbevoegdheid) wanneer die rechtspersoon tenminste een onderneming in stand houdt waarvoor op grond van de WOR een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Die wijziging van de wet steunde op het SER-advies wijziging enquêterecht.[5] Voor deze daarin voorgestelde beperkte uitbreiding van het geldingsbereik van het enquêterecht was voor de Raad cruciaal dat bij het ontbreken van een adequate arbeidsorganisatie geen belanghebbenden zijn aan te wijzen die het instrument van de enquête nodig hebben. Een zelfde overweging bepaalt mijn benadering van de boven deze bijdrage staande vraag.

Het lijkt denkbaar uit wetssystematisch oogpunt of geïnspireerd door een verdoorgevoerd gelijkheidsstreven te bepleiten, alle stichtingen en verenigingen aan het enquêterecht te onderwerpen. De studentenvereniging zonder personeel of de stichting die een vermogen beheert om daaruit bepaalde doelgerichte uitkeringen te doen (met bijvoorbeeld één parttime secretaresse) zou dan ook in art. 2 : 344 moeten worden ondergebracht. Ik ga daarin echter, gezien mijn medezeggenschapsrechtelijk uitgangspunt, niet mee.

Uit een afweging van de vier (hier feitelijk drie) impulsen en rekening houdend met mijn uitgangspunt, komt tenslotte een mening over wel/niet aanpassen, tot stand.

---

3 De intussen wat smalend als 'de jaren zestig' getypeerde periode.

4 Wet van 8 november 1993, Stb. 597, i.w.tr. 1 januari 1994.

5 Advies wijziging enquêterecht d.d. 21 oktober 1988, no. 14, p. 51.

1.5 Indeling

Hierna volgt eerst een bespreking van het enquêterecht, voor zover voor mijn onderwerp van belang. Daarna kom ik toe aan het structuurregime. Die volgorde is niet toevallig. Mij dunkt, dat het eerstgenoemde onderwerp van de verste strekking is. De voorzieningen die de ondernemingskamer (OK) volgens art. 2 : 356 BW kan treffen, gaan immers verder dan iedere andere uitkomst van de aanwending van medezeggenschapsinstrumenten. Ik behoef slechts te wijzen op de daar onder *f* genoemde 'ontbinding van de rechtspersoon', om duidelijk te maken wat ik bedoel. De WOR, de Structuurwet, de Wet melding collectief ontslag, de SER-fusiegedragsregels of cao's, om de belangrijkste regelingen op medezeggenschapsrechtelijk terrein te noemen, kennen stuk voor stuk mogelijkheden om invloed uit te oefenen op het bestuur van een onderneming door de ondernemer. Wettelijke, contractuele en andere bepalingen neergelegd in die regelingen, kunnen het directierecht van de werkgever beperken en soms aan banden leggen. Maar geen ander medezeggenschapsinstrument dan een enquêteverzoek kan ertoe leiden dat de rechter de werkgever tegen zijn zin kan opheffen.

Hoewel dat voldoende reden lijkt te zijn de enquêteregeling als van de verste strekking het eerst te bespreken, valt wel op dat in het algemeen de tweede, de structuurregeling, meer de aandacht trekt. Dat zal wel gedeeltelijk komen door haar unieke karakter. Andere sponsors dan Nederland zijn er niet voor gevonden. Maar die grotere aandacht kan ook haar reden daarin vinden dat het enquêtestelsel bedoeld is voor bedenkelijke, eenmalige situaties doch het structuurstelsel permanent voor bepaalde categorieën rechtspersonen hun bestuurlijke inrichting voorschrijft. Gelden de enquêteregels voor de ondernemer-overtreder, de regels van het structuurregime gelden voor iedere ondernemer van een bepaalde categorie hoe hij zich ook gedraagt. Zo bezien, is ook te verdedigen dat juist het tweede onderwerp van de verste strekking is en in de eerste wagon had moeten zitten. Ik wil echter maar bij mijn keuze van de volgorde blijven.

Beide stelsels zullen zo veel mogelijk op dezelfde manier tegen het wijzigingslicht worden gehouden. Dat wil zeggen dat ik eerst het toepassingsgebied van het stelsel bezie. Bestaat er aanleiding dat gebied uit te breiden of in te krimpen of zelfs om het gehele stelsel af te schaffen? Vervolgens ga ik na of de inhoud van het stelsel verandering behoeft, voor zover die veranderingen hoofdlijnen zouden betreffen.

2 Enquêteregeling

2.1 Indeling

Het lijkt nuttig allereerst te recapituleren wat deze regeling bij haar invoering beoogde, om vervolgens vast te stellen hoe zij sindsdien is aangepast. Daarna komen eventuele wijzigingssuggesties van anderen aan de orde. Tenslotte ga ik, aan de hand van de genoemde indicatoren, na of ik zou menen dat wijziging geïndiceerd is. Daarbij passeert dan eerst het bereik en daarna de inhoud van het enquêtestelsel de revue.

2.2 *Enquêteregeling 1970*

De enquêteregeling komt voort uit het in noot 1 genoemde rapport van de staatscommissie Verdam. Zij dateert van 1970 en introduceerde voor NV en BV een apart medezeggenschapsinstrument. Dat kan - voor zover hier van belang - worden gehanteerd door een vakorganisatie, moet steunen op twijfel aan het beleid van en de gang van zaken bij een dergelijke rechtspersoon en worden voorgelegd aan de OK. Een verzoek kan er in eerste instantie toe leiden dat de rechter gegronde redenen vaststelt om aan een juist beleid te twijfelen en één of meer onderzoekers benoemt, met de opdracht na te gaan of van wanbeleid sprake is. Blijkt uit het verslag van het onderzoek dat zulks inderdaad het geval is, dan kan de OK in tweede instantie (dwz. na een nieuw verzoek daartoe) een of meer van de beslissingen nemen, genoemd als sancties in art. 2 : 356 BW. De meest vergaande daarvan, de ontbinding van de rechtspersoon, is in paragraaf 1.5 reeds genoemd. Zonder die wetsbepaling te willen overschrijven, vermeld ik ook de sancties van ontslag van bestuurders of commissarissen en van tijdelijke aanstelling van andere bestuurders of commissarissen als mogelijke uitkomst van een enquêteprocedure.

2.3 *Wijzigingen sinds 1970*

Zoals hiervoor al opgemerkt, is de enquêteregeling zesmaal veranderd, voor het eerst in 1978 en voor het laatst per 1 januari 1994.[6] Van de zes wijzigingswetten verdienen er drie uit medezeggenschapsoogpunt de aandacht. Ze komen direct aan de orde. De andere drie regelen kwesties die alleen van belang zijn wanneer de rechtspersoon een bank- of een verzekeringsbedrijf exploiteert (1978), die tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer als sanctie-mogelijkheid toevoegde (1988), en die een misstelling recht zette (1989). De drie veranderingen die hier van belang zijn, betreffen

- de plicht van een vakorganisatie-verzoeker, de OR tevoren de gelegenheid te geven van zijn gevoelen te doen blijken (1979),
- de uitbreiding van het toepassingsgebied tot coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (1988),
- opnieuw de uitbreiding van het toepassingsgebied, thans tot stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden waarvoor de WOR geldt en bovendien tot commanditaire vennootschappen en vennootschappen onder firma, wanneer althans de aan te spreken rechtspersoon, daarvan een volledig aansprakelijke vennoot is (1994),

en bovendien bij diezelfde wet, een aantal procedurele zaken als bijvoorbeeld de mogelijkheid ambtshalve getuigen te horen en tijdelijke voorzieningen tijdens de procedure te treffen.

---

6 Namelijk bij wet van 13 april 1978, Stb. 255, 5 juli 1979, Stb. 448, 16 juni 1988, Stb. 305, 10 november 1988, Stb. 516, 15 november 1989, Stb. 541, 8 november 1993, Stb. 597.

2.4 *Enquête literatuur*

Zoals uit de vorige paragraaf blijkt, bracht de laatste wijzigingswet (1994) de belangrijkste en in ieder geval de meeste veranderingen. Zij was gebaseerd op het al ter sprake gekomen SER-advies wijziging enquêterecht. Op zijn beurt antwoordde dat advies op een aanvrage van de minister van Justitie die een Nota van vraagpunten aan de SER had voorgelegd. Die nota bestreek zeer verschillende kwesties, nl. het toepassingsgebied, de kosten, de mogelijkheid van een tussentijds verslag en van een tussentijdse vervanging van onderzoekers en de aard van de toetsing door de rechter, om er een aantal van te noemen.[7] Een en ander gaf de Raad aanleiding eigenlijk de gehele enquêteregeling onder de loep te nemen.

Mogelijk daardoor is het na dat advies relatief stil gebleven in de rechtsliteratuur totdat wetsvoorstel 22400 (dat het tot de wet van 8 november 1993, inwerkingtreding per 1 januari 1994 zou brengen) werd ingediend. Ik noteer een zestal tijdschriftartikelen.[8] Twee daarvan houden zich vooral bezig met de vraag of aan de OR de zelfstandige bevoegdheid behoort toe te komen een enquête te verzoeken. Zij staan recht tegenover elkaar, Van der Grinten zo'n bevoegdheid afwijzend, Witteveen haar daarentegen bepleitend. De SER had zich over die vraag verdeeld getoond. De andere artikelen becommentariëren veeleer het zojuist genoemde wetsvoorstel c.q. het daaraan ten grondslag liggende advies (zie het artikel van Maatman).

Zonder af te doen aan de gedachten c.q. voorstellen van genoemde auteurs (zo bepleit Geerts bijvoorbeeld verbetering van de positie der onderzoekers), zal ik daarop slechts ingaan voor zover in het bestek van deze bijdrage passend. Dwz. dat ik hierna inga op het toepassingsgebied, anders gezegd op de vraag of het bereik van de regeling verder dient te worden veranderd en op dat deel van de inhoud van de regeling dat wij de kring van mogelijke verzoekers kunnen noemen. Met name speelt daar de vraag een rol of de OR tot die kring dient toe te treden.

2.5 *Het toepassingsgebied*

Zoals uit de kort weergegeven historie blijkt, was het bereik van de enquêteregeling aanvankelijk beperkt tot NV en BV. Dat bereik is in twee stappen, respectievelijk daterend van 1988 en 1994, uitgebreid met coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, stichtingen en verenigingen met een bepaalde arbeidsorganisatie en CV zowel als VOF met de rechtspersoon in kwestie als aansprakelijke vennoot. Mitsdien zijn nog slechts de éénmanszaak, de CV en VOF zonder zo'n vennoot en de stichting/vereniging zonder adequate arbeidsorganisatie buiten het toepassingsgebied van de enquêteregeling gebleven. Wat een dergelijke stichting en vereniging betreft, herinner

---

7 Vgl. de als bijlage 1 bij het in noot 5 bedoelde advies opgenomen brief d.d. 24 november 1983 van de minister van Justitie aan de SER.

8 Namelijk R.H. Maatman, TVVS 1989, p. 35, W.C.L. van der Grinten, De NV 1989, p. 47, A.G. van Solinge, De NV 1992, p. 26, J.M.M. Maeijer, De NV 1992, p. 116, P.G.F.A. Geerts, TVVS 1993, p. 40, S.J. Witteveen, TVVS 1993, p. 90.

ik aan mijn in paragraaf 1.4 reeds ingenomen standpunt. Het gaat hier om een medezeggenschapsrechtelijke regeling. Die is alleen toepasbaar wanneer de aan te spreken rechtspersoon een arbeidsorganisatie van enige omvang in stand houdt. Om die reden zou ik niet menen dat een rechtvaardigheidsnotie uitbreiding van het bereik tot deze stichting en vereniging vereist. Voor zover het om éénmanszaak, C.V. of V.O.F. zonder een rechtspersoon als volledig aansprakelijke vennoot gaat, kom ik tot een zelfde opvatting, zij het op andere gronden. Ik sluit mij wat deze ondernemers betreft, aan bij de door de SER in zijn genoemde advies gebruikte redengeving. Die laat ik hier duidelijkheidshalve volgen:

> 'De Raad wil niet aanbevelen het enquêterecht uit te breiden tot niet-rechtspersoonlijkheid bezittende ondernemers. Het enquêterecht is als instrument niet geschikt en bovendien te ingrijpend voor zulke ondernemingen, met name omdat het bedrijfsvermogen en het privé-vermogen van de eigenaren van die ondernemingen niet gescheiden zijn'.[9]

Nog afgezien van de vraag of na de recente uitbreidingen van het bereik van de regeling eerder voorlopig rust dan weer nieuwe uitbreiding aan de orde behoort te komen, verdedig ik thans geen uitbreiding. Uit rechtvaardigheids-, noch uit doelmatigheidsoogpunt is die gewenst. Dat betekent echter allerminst dat ik zou menen dat inkrimping van het toepassingsgebied, laat staan afschaffing van het enquêtestelsel, geboden zou zijn. Ook al wordt het instrument van de enquête relatief weinig gehanteerd, de preventieve werking komt heilzaam voor. Er zijn, dunkt mij, geen overwegingen van rechtvaardigheid en/of doelmatigheid die nopen tot een inkrimping van het toepassingsgebied.

2.6 Discussie over de OR als verzoeker

Tenslotte - wat de enquête-regeling betreft - de kring van gerechtigden die een verzoek kunnen indienen. De artt. 346 en 347 beperken die kring - voor zover de belangen van de werknemers betreffend - tot

- 346 onder *c*: degenen, aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend,
- 347: een vakorganisatie die in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt, twee jaar volledige rechtsbevoegdheid heeft en in de bedrijfstak of de betrokken onderneming werkzaam is.

Van het begin af (reeds in de beraadslagingen van de Commissie-Verdam immers) is de vraag aan de orde geweest of de OR ook bevoegd zou moeten zijn als verzoeker van een enquête op te treden. Voorop staat dat zulks ook nu al het geval kan zijn nl. via de juist genoemde mogelijkheid van art. 2 : 346 onder *c* BW. De statuten van de rechtspersoon, respectievelijk een overeenkomst met hem kunnen aan de OR,

9 Advies 88/14, p. 83.

ingesteld bij een door hem in stand gehouden onderneming, die bevoegdheid immers uitdrukkelijk toekennen. Maar daarvoor is dan wel de medewerking van de rechtspersoon c.q. de oprichters daarvan vereist. Bij de discussie over de vraag of de OR in de wettelijke regeling uitdrukkelijk een plaats als mogelijke verzoeker toekomt, gaat het uiteraard om meer, met name om de mogelijkheid - onafhankelijk van de wens van de rechtspersoon zelf - een enquête te verzoeken.

Verrassend was het niet dat deze vraag al vroeg aan de orde kwam en sindsdien eigenlijk niet van tafel is geweest. Wij kennen nu eenmaal twee verschillende actoren wanneer representanten van de werknemers aan de orde zijn. Zowel de vakorganisaties als de OR komen dan in beeld. Wanneer de wetgever, gelijk in casu, de eerste actor als dè representant van de werknemers in het enquêterecht aanwijst, doet hij een keuze tussen die twee. Een dergelijke keuze is door hem bij verschillende regelingen gedaan. Ik denk aan de structuurregeling die straks aan de orde komt, waar de OR is gekozen. Maar te denken is ook aan de Wet melding collectief ontslag, waar de keuze op de vakorganisaties is gevallen. In de Arbeidsomstandighedenwet komt men beide actoren tegen. Ik zou echter denken dat de OR daar de preponderant aanwezige actor is. Te denken is bijvoorbeeld aan de plicht van de werkgever overleg te plegen met de OR wanneer het gaat om het ondernemingsbeleid, het beleid ten aanzien van het ziekteverzuim en het arbeidsveiligheidsrapport,[10] om enkele van die plichten te noemen. Maar men kan ook denken aan art. 14 dat apart ingaat op de rechten van de ondernemingsraad ten aanzien van de arbeidsomstandigheden. Daartegenover lijkt de plaats van de vakorganisaties in de Arbeidsomstandighedenwet een beperkte.[11] Tenslotte zijn de vakorganisaties duidelijk de representant van werknemers wanneer het om het tot stand brengen van cao's gaat, gezien de tekst van art. 1 WCAO.

Is er nu een systeem te ontwaren in de distributie van bevoegdheden, nu eens aan de ene en dan aan de andere actor? Ruim tien jaar geleden stelde ik mij die vraag en moest toen schrijven dat aan de verdeling tussen beide actoren nauwelijks een conceptie ten grondslag ligt en dat een fundamentele discussie over de taken van de een en die van de ander niet is gevoerd.[12] Een theoretisch concept voor die verdeling zou hebben kunnen zijn: vakorganisaties, zodra het gaat om belangen van werknemers op macro- of meso-niveau, ondernemingsraden wanneer belangen op ondernemingsniveau aan de orde zijn. Hoewel een dergelijk concept niet uitsluitend theorie is, moet toch gezegd worden dat het geen algemene gelding heeft. Het meest sprekende bewijs daarvoor is het onderhandelen en contracteren door vakorganisaties over arbeidsvoorwaarden op ondernemingsniveau (de ondernemingscao) of juist hun optreden in het enquêterecht, immers ook ondernemingsniveau.

---

10 Respectievelijk artt. 4, 4a en 5 Arbow.

11 Vgl. art. 32 zesde lid Arbow.

12 Over samenloop van medezeggenschapsrechten, in Arbeid in kort geding, Kluwer 1983, p. 92.

2.7 Het huidige tegenargument

In de discussie over het toedelen van een taak aan de OR in het enquêterecht,[13] zijn achtereenvolgens verschillende argumenten aangevoerd ten negatieve. De meerderheid van de Commissie-Verdam wees erop dat de representant van de ondernemer, de bestuurder q.q. de voorzitter van de OR was. Ook het ontbreken van rechtspersoonlijkheid bij deze raad, is naar voren geschoven. Intussen is niet alleen het mensbeeld veranderd, doch zijn daarmee onze inzichten en de relevante wetten veranderd. De bestuurder is niet meer q.q. de voorzitter van de OR, maakt van die raad zelfs geen deel meer uit. Wij zijn gaan onderscheiden tussen rechtspersoonlijkheid en procesbevoegdheid en hebben die bevoegdheid op onderscheidene plaatsen in de wet, aan de OR toegekend.[14]

Thans gaat het dan ook om een ander, nl. een financieel bezwaar. De enquêteregeling voorziet in de mogelijkheid dat de verzoeker die niet op redelijke grond in actie is gekomen, veroordeeld kan worden tot vergoeding van de daardoor voor de rechtspersoon-verweerder ontstane schade.[15] De verzoeker kan ook verwezen worden in de kosten van het onderzoek wanneer uit het verslag daarvan blijkt dat het verzoek redelijke grond ontbeerde. Volgens de tegenstanders van een recht van de OR te dezen, staan die wetsbepalingen aan zo'n recht in de weg. Hoe zouden schadevergoeding of onderzoekkosten door de OR moeten worden opgebracht, nu die geen rechtspersoon is en eigen vermogen mist? Van der Grinten wijst om die reden een zelfstandige bevoegdheid van de OR carrément af. De meerderheid van de SER deed dat, mogelijk iets genuanceerder, in het eerder genoemde advies ook.[16] De verantwoordelijke minister begon er dan ook in wetsvoorstel 22400 niet aan.

2.8 Argumenten vòòr

Maar moet het daarbij blijven? Vooreerst verdient de aandacht dat de eerder vermelde verdeling van taken tussen de beide actoren aan werknemerszijde volop in de aandacht is gekomen in de laatste paar jaar. In ieder geval geldt dat voor het onderhandelen en afspraken maken over arbeidsvoorwaarden. Convenanten met ondernemingsraden, zowel over arbeidsvoorwaarden als over andere onderwerpen, zijn een bekend fenomeen geworden.[17] De SER heeft in zijn advies over het arbeidsreglement en het instemmingsrecht van de ondernemingsraad ampel aandacht besteed aan taken voor de OR ter zake arbeidsvoorwaardenvorming.[18] Hij is unaniem van mening dat een grotere rol van de OR bij dat proces wenselijk is, zij het verdeeld over de vraag

---

13 Een andere dan het doen blijken van een gevoelen alleen (art. 2 : 349 tweede lid BW).

14 Te denken is allereerst aan art. 26 WOR doch ook aan artt. 13, 18 en 27 WOR om enkele bepalingen te noemen.

15 Zie art. 2 : 350 tweede lid BW.

16 Advies 88/14, p. 69/70.

17 Vgl. P.F. van der Heijden, 'Het Medezeggenschapsconvenant' in Ondernemingsrechtelijke contracten, Kluwer 1991, p. 96.

18 Advies d.d. 20 mei 1994, no. 6.

of en zo ja, op welke wijze die rol in wetgeving moet worden neergelegd. Het op 3 april 1995 onder meer op grond van dat advies geformuleerde kabinetsstandpunt over een herziening van de WOR drukt de verandering zo uit: 'Een geprononceerder rol van de OR hierbij (bij de arbeidsvoorwaardenvorming, MR) ligt in de rede'.[19] Van een aantal geenszins kleine bedrijven is bekend dat zij reeds nu hun arbeidsvoorwaarden afspreken met hun OR en met vakorganisaties geen zaken doen.[20] De essentie van dit alles lijkt te zijn dat de tweede actor, de OR, niet is weg te houden uit de sfeer van de arbeidsvoorwaarden. Dat hij in andere sferen reeds een duidelijke - deels op wettelijke regels gebaseerde - rol speelt, kwam hiervoor aan de orde.

Die zich de laatste jaren voordoende ontwikkeling wordt mede in de hand gewerkt door het lage percentage georganiseerde werknemers, welk percentage bovendien steeds verder afkalft. Zien werkgevers bij een organisatiegraad van bijvoorbeeld 10% of minder nog aanleiding met vakorganisaties zaken te doen? Stoppen ze daarmee, dan is het verontrustende toekomstbeeld dat de werknemers weer op zich zelf terug geworpen zullen zijn om behoorlijke arbeidsvoorwaarden te bedingen. Wanneer de OR dan voor hen in het strijdperk treedt, is er tenminste een collectiviteit die op dat terrein meer zal kunnen bereiken dan het individu voor zich zelf.[21] De thans als verzoeker gekwalificeerde vakorganisatie moet, aldus art. 2 : 347 BW, in de onderneming van de te onderzoeken ondernemer leden hebben. In bepaalde bedrijfstakken c.q. ondernemingen is dat bij gebreke van georganiseerde werknemers nu al niet het geval. De gesignaleerde tendens naar een nog lagere organisatiegraad zal dat aantal slechts groter doen worden. Een dergelijke ondernemer zal dan op verzoek van de werknemerszijde niet te onderzoeken zijn.[22]

Bovendien: het gaat er bij het toelaten van de OR als verzoeker niet om tegen de vakorganisaties te kiezen. Nog veel minder is het maken van een beslissende keuze voor de ene of de andere actor aan de orde op het brede terrein van representatie van werknemers. Voor beide actoren kan hier een taak zijn weg gelegd. Voor de OR zou, net als thans reeds voor een vakorganisatie, de conditie te stellen zijn van het gelegenheid geven aan de andere actor, van zijn gevoelen te doen blijken (art. 2 : 349 tweede lid).[23]

2.9 Weging der argumenten

Tegenover deze verschillende, m.i. klemmende, argumenten steekt dat van de tegenstanders van de OR als verzoeker nogal pover af. Ter goed begrip zij herhaald dat het zich occupeert met de (on)mogelijkheid, kosten van het onderzoek of schade door

---

19 TK Zitting 1994-1995, 24132, no. 1.

20 Het meest bekende voorbeeld is IBM Nederland. Vgl. ook de zaak van het ingenieursbureau Grabowski & Poort B.V. (pres. Rb. Den Haag 19 mei 1992, NJ 1993, 342).

21 Vgl. M.G. Rood, 'Over de toekomst van de medezeggenschap' in Schetsen voor Bakels, Kluwer 1987, p. 229.

22 Aldus reeds de SER-minderheid; Advies 88/14, p. 69.

23 Voorgesteld door genoemde minderheid.

het entameren van een onderzoek zonder redelijke grond, op de OR te verhalen. Maar is zelfs dat povere argument houdbaar?

Vooreerst staat geenszins vast dat dergelijk verhaal op thans als verzoekers gekwalificeerden wel kan plaats vinden. Het mag zo zijn dat houders van (een bepaalde hoeveelheid) aandelen, (een bepaald aantal) leden van een vereniging of coöperatie natuurlijke personen zijn en een vakorganisatie volledige rechtsbevoegdheid moet hebben, dat waarborgt slechts dat zij in rechte personen zijn, doch zegt niets over verhaal. Heeft de betrokken verzoekende partij geen middelen, dan is verhaal illusoir. Maar de verbinding die bij dit tegenargument gelegd wordt tussen het zijn van een (rechts)persoon en het bieden van verhaal, is ook om andere redenen onjuist. Ik houd tegen dat alleen een natuurlijkpersoon of rechtspersoon eigen middelen kan hebben, zoals de SER-meerderheid in 1988 abusievelijk meende.[24] Een OR met een eigen budget (art. 22 derde lid WOR) heeft wel degelijk eigen middelen en biedt in zoverre in ieder geval wel verhaal. Nogal wat ondernemingsraden, in het bijzonder bij grotere bedrijven, hebben zo'n budget.

Tenslotte: bij mijn weten heeft zich de afgelopen 25 jaar geen enkel geval voor gedaan van toepassing van deze verhaalsmogelijkheid in de praktijk. Toegegeven, dat is niet alles zeggend, nu van de beide wettelijke bepalingen op dit punt (art. 2 : 350 tweede lid en 354) een preventieve werking kan en zal uitgaan. Maar de totale afwezigheid van dergelijke gevallen geeft wel een indicatie met hoeveel behoedzaamheid verzoekers opereren of anders gezegd, hoezeer verzoeken een redelijke grond hebben. Valt nu te verwachten dat ondernemingsraden zich manifest onredelijk en lichtvaardig zullen opstellen, ook na de noodzaak met de in aanmerking komende vakorganisatie(s) eerst te overleggen over hun enquête-voornemen? Neen, dat valt niet te verwachten, al was het maar omdat een enquête de werkgelegenheid bij de te onderzoeken ondernemer in gevaar kan brengen en de OR nu juist bestaat uit werknemers om wier baan het dan gaat.

Ik zou denken dat een sterke rechtvaardigheidsnotie ervoor pleit de OR tot de kring der verzoekers toe te laten. Ook doelmatigheidsoverwegingen pleiten daarvoor, nu terecht is betoogd dat juist de OR goed op de hoogte zal zijn van het door een ondernemer gevoerde beleid.[25]

3 Structuurregeling

3.1 Indeling

Ook hier lijkt het nuttig eerst te recapituleren wat de regeling bij haar totstandkoming destijds inhield (3.2), om daarna stil te staan bij haar wijzigingen sindsdien (3.3). Vervolgens ga ik suggesties tot verdere verandering na, als in de literatuur naar voren

24 Advies 88/14, p. 70.

25 Vgl. het in noot 9 genoemde artikel van Witteveen.

gebracht (3.4). Tenslotte kom ik met een eigen mening over de vraag of aanleiding bestaat veranderingen in de regeling aan te brengen, daarbij weer eerst op het bereik ervan en vervolgens op de inhoud ingaande (3.5).

3.2 Structuurregeling 1971

Ook de structuurregeling komt uit de koker van de commissie-Verdam. Zij dateert nagenoeg van dezelfde tijd als het enquêterecht, de ingrijpende vernieuwing van het stelsel van ondernemingsraden en de Wet op de jaarrekening. De Structuurwet introduceerde voor de zgn. grote NV en BV[26] een bijzondere bestuurlijke inrichting, afwijkend van die voor de 'gewone' NV en BV. Een raad van commissarissen (RvC) is hier verplicht. Hij heeft naast de gebruikelijke toezichthoudende -, ook bestuurlijke taken, gelijk bekend is,

- benoeming en ontslag van het bestuur,
- vaststelling van de jaarrekening,
- goedkeuring van een aantal belangrijke besluiten.

Het medezeggenschapsrechtelijk aspect komt tot uiting in het voor de benoeming van de leden van de RvC geldende zgn. gecontroleerde coöptatie-model (art. 2 : 158 BW). Het criterium 'groot' is in de wet jo een AMvB vastgelegd (art. 2 : 153 tweede lid).

De structuurregeling kent ook een tussenvorm voor het bestuurlijk regime, in de wandeling: het verzwakt of beperkt structuurregime geheten. Het geldt in hoofdzaak voor een 'grote' vennootschap - dochter van een buitenlandse moeder (vgl. art. 2 : 155 BW). De beperking schuilt erin dat de (verplichte) RvC niet de twee hiervoor eerstgenoemde taken heeft. Voor de benoeming van de leden van deze RvC geldt eveneens het gecontroleerde coöptatie-model.

In het bestek van deze bijdrage is voorts niet zonder belang dat art. 2 : 160 BW het lidmaatschap van de RvC van structuur- of verzwakte structuurvennootschappen verbiedt voor een werknemer van deze of van een dochter alsmede voor bestuurder of werknemer van een vakorganisatie die pleegt betrokken te zijn bij het tot stand komen van de voor de vennootschap in kwestie geldende cao.

Het zal duidelijk zijn dat de structuurregeling beoogt de zeggenschap van aandeelhouders te beperken ten voordele van die van werknemers voor wie hier als actor (bij het proces van benoeming van commissarissen) de OR optreedt.

3.3 Wijzigingen sinds 1971

De structuurregeling kent sinds haar totstandkoming acht wijzigingen.[27] Van de wijzigingswetten verdienen er drie uit medezeggenschapsoogpunt de aandacht. Ze

---

26 Ik spreek eenvoudshalve verder alleen over de grote NV; voor de grote BV geldt hetzelfde.

27 Namelijk bij wet van 5 juli 1979, Stb. 448, 15 mei 1981, Stb. 448, 7 december 1983, Stb. 448, 16 mei 1986, Stb. 448, 25 maart 1987, Stb. 448, 1 juli 1987, Stb. 448, 16 juni 1988, Stb. 305, 15 november 1989, Stb. 541.

komen direct aan de orde. De overige vijf regelen kwesties, van belang voor de vrijwillige instelling van het structuurregime (1979), voor de exacte formulering van een van de besluiten die goedkeuring van de RvC behoeven (1981), voor de nieuwe formulering van groepsmaatschappijen etc. (1983), voor een minimum aantal leden van de RvC (1986) en voor de consequenties van het ontbreken van goedkeuring door de RvC op bepaalde besluiten van het bestuur (1989).

De drie hier van belang zijnde veranderingen betreffen

- de uitbreiding van het toepassingsgebied van de regeling tot CV en VOF, in geval een NV of BV vennoot is van zo'n vennootschap (1987),
- de overdracht van de beslissingsbevoegdheid van de SER aan de OK, in geval van bezwaar tegen een voorstel een lid van de RvC te benoemen (1987),
- opnieuw de uitbreiding van het toepassingsgebied van de regeling, thans tot grote coöperaties en dito onderlinge waarborgmaatschappijen (1988).

Ik laat het bedrag waar kapitaal en reserves van NV of BV in kwestie aan moet beantwoorden,[28] buiten beschouwing.

Per saldo lijkt de verandering daterend van 1988, die het bereik van de regeling duidelijk uitbreidt, de belangrijkste. Aantekening verdient ook dat twee van de wijzigingen verband houden met aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan richtlijnen van de EG op het terrein van het vennootschapsrecht.[29] Ik signaleer dat omdat het structuurregime alleen in ons land bekend is, maar desondanks in de Europese regelgeving een alternatieve plaats heeft bij de regeling van de structuur van vennootschappen, bijvoorbeeld bij de Europese vennootschap.[30]

3.4 Structuur literatuur

Het structuurregime heeft, meer dan het enquêtestelsel, de pennen in beweging gebracht. Ik noteer een zevental artikelen[31] en vestig bovendien de aandacht op het van 1984 daterende SER-advies over een eventuele wijziging van de regeling.[32] Dat advies woog het gecontroleerde coöptatie-model af tegen een direct benoemingsmodel. Dat laatste komt erop neer dat aandeelhouders een gedeelte van de commissarissen tout court benoemen en werknemers (de OR) een even groot ander gedeelte. Daarenboven

---

28 Laatstelijk verhoogd tot 25 miljoen gulden (KB van 14 november 1992, Stb. 602, i.w.tr. 1 januari 1993).

29 De wet van 15 mei 1981 strekt tot aanpassing van onze wetgeving aan de tweede EG-richtlijn inzake het vennootschapsrecht; de wet van 7 december 1983 tot aanpassing aan de vierde richtlijn.

30 Vgl. P. Sanders, TVVS 1991, p. 249, m.n. p. 254.

31 M.G. Rood, 'De werknemer als commissaris van een structuurvennootschap' in Tot Vermaak van Slagter, Kluwer 1988, p. 225, P.C. van den Hoek, 'Variaties op de structuurregeling' in Ondernemingsrechtelijke contracten, Kluwer 1991, p. 81, G. Rietkerk, 'Structuurregeling aan heroverweging toe', ESB 1992, p. 124, P.C. van den Hoek, TVVS 1992, p. 275, J.R. Glasz, TVVS 1994, p. 117, L. Timmerman, 'Afspraken over de samenstelling van de raad van commissarissen bij structuurvennootschappen' in de Brunner-bundel, Kluwer 1994, p. ? H.J.M.N. Honée, De NV 1995, p. 41.

32 Advies raden van commissarissen structuurvennootschappen dd. 13 april 1984, no. 84/06.

zijn er onafhankelijke - kennelijk op de wip zittende - commissarissen die bij verschil van mening tussen de factoren kapitaal en arbeid, de doorslag moeten geven. De SER kiest in dat advies in grote meerderheid voor behoud van het structuurstelsel. Daarbij speelt de afkeer van representatie van deelbelangen in de RvC (zie ook art. 2 : 140 tweede lid) een duidelijke rol.

De discussie over het bestuursmodel van grote vennootschappen is na dat advies enigszins verstomd, maar - mede onder invloed van de 'revival' van aandeelhoudersbelangen - niet geheel. Dat blijkt reeds uit de juist genoemde literatuur. De m.i. belangrijkste, daarin naar voren gebrachte, gedachten gaan over het bereik van de regeling, de vrijheid contractueel afspraken te maken die van het wettelijk stelsel afwijken, alsmede over de mogelijkheid een werknemer van de vennootschap tot lid van de RvC te benoemen. Het meest ingrijpende is de bijdrage van Rietkerk die pleit voor afschaffing van het structuurstelsel c.q. voor een 'reparatie' met dien verstande dat de benoeming van leden van de RvC verandering ondergaat. Een (door de RvC) voorgenomen benoeming zou dan door een besluit van de AVA met tweederde van de stemmen, vertegenwoordigend tenminste de helft van het geplaatste kapitaal ongedaan gemaakt kunnen worden. Van den Hoek pleit voor een herwaardering van de bestuurlijke inrichting met dien verstande dat het structuurregime zelf verdwijnt doch vervangen wordt door het beperkte regime. Glasz (met overneming van aanbevelingen van het Nederlands Centrum van Directeuren)[33] en Honée tenslotte blijken voorstanders van handhaving van de structuurregeling.

3.5 Het toepassingsgebied

De aanvankelijk alleen voor (grote) NV en BV geldende regeling kent, zoals uit punt 3.3 blijkt, intussen een ruimer toepassingsgebied. Wensen om dat gebied nog verder uit te breiden, noteerde ik niet en heb ik zelf evenmin. Levendiger aandacht bestaat voor de vraag of het structuurstelsel wel toekomst behoort te hebben. Neen, aldus Rietkerk. Gedeeltelijk, meent Van den Hoek. Wel degelijk, vinden Glasz en Honée. Wat daarvan te zeggen? Rietkerk steunt in niet geringe mate op de opvatting dat het stelsel functioneert als een beschermingsconstructie en dergelijke constructies zijn uit den boze. Hij is, kort gezegd, een duidelijke aanhanger van de eerder genoemde, allerminst onbetekenende, 'revival'-beweging ten gunste van aandeelhouders. Van den Hoek houdt met die beweging, zij het behoedzamer, eveneens rekening door voor te stellen het structuurregime zelf te vervangen door het verzwakte regime.

Ik zou niet denken dat wij die kant op moeten. Het mag zo zijn dat de regeling werkt als een beschermingsconstructie, doch dat kan niet betekenen dat zij daarom moet verdwijnen. Zonder te menen dat dergelijke constructies steeds zijn toe te juichen, ben ik wel van opvatting dat de onderhavige regeling uit rechtvaardigheidsoogpunt duidelijk de voorkeur verdient boven het 'gewone' vennootschaps-regime en boven het verzwakte stelsel. Daar komt bij dat de vermaatschappelijking van het bedrijfsleven, zoals die onder meer in de structuurwetgeving gestalte heeft gekregen, dat bedrijfsleven

33 Vgl. het verslag van D. Horringa in Holland Management Review 1994, no. 40, p. 12.

geen kwaad heeft gedaan. Zij past bij de consensussfeer van het Rijnlandse model en heeft het vertrouwen van de factor arbeid versterkt zonder die van de factor kapitaal geweld aan te doen. Ik sluit mij wat de tot tevredenheid stemmende werking van de regeling, aan bij Honée die zich mede op het in noot 33 genoemde onderzoek kan beroepen.

Vervanging van de structuurregeling door een benoemingsstelsel (bijvoorbeeld volgens het 2x+y of 1/3-1/3-1/3-model) is voor mij geen wenkend perspectief. Ervaringen met bijvoorbeeld het Duitse Mitbestimmungsgesetz, dat in ½-½-verhouding, met een dubbele stem van de voorzitter (van aandeelhouderszijde) voorziet, leren dat de RvC een a priori verdeelde huis is en de factor kapitaal uiteindelijk de doorslag geeft. Dat laatste behoeft in ons structuurregime niet het geval te zijn en het eerste doet zich bij onze vennootschappen als regel gelukkig niet voor. Neen, dus!

3.5 Lidmaatschap RvC

Een werknemer behoort niet gelijktijdig lid van een bestuurscollege van zijn werkgever te zijn. Dat vond ik in 1988 in een bijdrage aan de Slagter-bundel. Dat vind ik nog. Kortheidshalve zij naar de daar voor dit standpunt aangevoerde argumentatie verwezen.[34] De door Slagter verdedigde tegengestelde mening leidt tot een voor de betrokken werknemer hoogst verwarrende, ja vrijwel schizofrene situatie waarmee hem geen voordeel, doch integendeel slechts nadeel wordt berokkend.

4 Slot

Zoals uit het voorafgaande volgt, bestaat naar mijn wijze van zien, geen aanleiding thans voor te stellen het structuurregime wezenlijk te veranderen. Dat betekent een pas op de plaats. In de huidige fase van de ontwikkelingen in het ondernemingsrecht houdt het eerder een afwijzing in van gedachten de structuurregeling maar helemaal of minst genomen gedeeltelijk te laten schieten dan een afwijzing van heilloze gedachten over een benoemingsstelsel. Die laatste worden, behalve in bepaalde werknemerskringen,[35] niet naar voren gebracht. Daartegenover lijkt de beweging 'weg met het structuurregime' sterker. Maar juist die gedachten behoren geen steun te krijgen, vanuit een medezeggenschapsoptiek die behoort bij het sociaal recht van nu en van de komende jaren. Met name het argument van de uitzonderlijkheid (het geldt alleen in Nederland) mag niet afleiden van de goede werking van het stelsel. Dat het minder past in een antagonistisch stelsel, gelijk de Angelsaksische landen, met name de USA kennen,[36] behoeft niet te deren. Ook het argument dat de structuurregeling ons zou vervreemden van andere landen, maakt op mij niet al te veel indruk. Anders dan wel wat gemakkelijk wordt gesteld, meen ik - met Honée - dat het best uitlegbaar is aan buitenlanders. Doch bovendien wint juist de allerlaatste tijd de gedachte veld

34 Zie noot 31.

35 Niet echter naar de opvatting van de werknemerscentrale, de MHP.

36 Bijvoorbeeld Clyde W. Summers, Comparative Labor Law Journal 1995, p. 467.

dat de motivatie van de medewerkers van een bedrijf tot zijn belangrijkste troeven in de concurrentiestrijd behoort. Of om het met de Wissema-Group, consultants in Amsterdam, te zeggen: medezeggenschap is bezig uit te groeien tot een strategic asset.[37]

Tenslotte zeg ik, zij het op wat andere gronden, Brink na: Don't fix it, when it isn't broken.[38]

Het enquêtestelsel behoeft daarentegen verandering en wel ten aanzien van de positie en de rol van de OR. Daar is aanpassing aan veranderde inzichten noodzakelijk, om de aansluiting bij de ontwikkeling van de arbeidsverhoudingen niet te verliezen.

Tenslotte past behoedzaamheid tegenover een wat lichtvaardige conclusie. Dat ik niet veel wijzigingen voorstel, kan niet gelden als teken dat het arbeidsrecht statisch zou zijn geworden. Juist de totstandkoming van de beide regelingen, zo'n twintig jaar geleden, onderstreept zijn dynamisch karakter. De verschillende uitbreidingen van beide systemen sindsdien, waardoor enquête- en structuurstelsel voortdurend in beweging zijn gebleven, tonen - dunkt mij - aan dat zo'n conclusie lichtvaardig en - erger - foutief zou zijn.

37 Contouren van een Medezeggenschap op Maat, rapport aan het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, augustus 1995.

38 M. Brink, TVVS 1993, p. 257.

Adaptief medezeggenschapsrecht

P.F. VAN DER HEIJDEN

1. In de vijftig jaren die de Vereniging voor Arbeidsrecht thans bestaat, is het medezeggenschapsrecht verschillende keren ingrijpend van inhoud veranderd. De geschiedenis van het medezeggenschapsrecht illustreert indringend de veranderde kijk op arbeid in loondienst. In de eerste Wet op de ondernemingsraden (WOR) van 1950 stond vooral de onderneming als werkgemeenschap centraal. De doelstelling van de ondernemingsraad was het naar vermogen bijdragen tot een zo goed mogelijk functioneren van de onderneming. De behartiging van werknemersbelangen was het terrein van de vakbeweging, waarop de ondernemingsraad zich niet had te begeven. De toenmalige ondernemingsraad had wel recht op informatie, op overleg en advies, maar die rechten waren beperkt van aard en niet of nauwelijks afdwingbaar. Instemmingsrecht was nog niet aan de orde. In de tweede WOR (1971) werd de taakstelling van de ondernemingsraad gewijzigd. In die jaren werd gedacht dat de ondernemingsraad wél tegelijkertijd zowel de belangen van de onderneming als die van de werknemers kon behartigen. Men sprak van een dualistische taakstelling en een en ander bracht mee dat de bevoegdheden van de ondernemingsraad werden uitgebreid. Naast het recht op informatie en advies werd nu ook een instemmingsrecht opgenomen. De directeur van de onderneming bleef q.q. de voorzitter van de ondernemingsraad. Ingezet door het kabinet Den Uyl en afgemaakt door het kabinet Van Agt-Wiegel belandde in 1979 de derde Wet op de ondernemingsraden in het Staatsblad, waarin aan het adviesrecht een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer werd gekoppeld. De directeur verdween uit de ondernemingsraad en er kwam een overlegvergadering. Het recht op informatie werd, vergeleken met de wetten van 1950 en 1971, belangrijk uitgebreid, er werd een duidelijk onderscheid gemaakt tussen onderwerpen voor advies- en die voor instemmingsrecht. Onder de eerste vielen de organisatorische en economische besluiten, en onder de tweede de zogeheten sociale besluiten. In 1981 werd de WOR weer herzien, nu om (gemitigeerde) medezeggenschap voor ondernemingen met 35 tot 100 werknemers verplicht te stellen. Een volgende wijziging vond plaats in 1990, waarbij de geschillenregeling van de WOR werd vereenvoudigd en de positie en taak van de bedrijfscommissies ingrijpend werd herzien. Hadden

deze commissies tot 1990 zowel administratieve als adviserende als geschilbeslechtende bevoegdheden, na 1990 bleven slechts de geschiladviserende bevoegdheden over. Administratieve werkzaamheden als het goedkeuren van ondernemingsraad-reglementen kwamen te vervallen en het nemen van bindende beslissingen werd overgelaten aan de civiele rechter (kantonrechter) c.q. Ondernemingskamer. Te constateren valt dat het medezeggenschapsrecht adaptief is gebleken: het past zich aan aan de ontwikkelingen in samenleving en arbeidsverhoudingen. In 1996 wordt wederom een belangrijke herziening van de WOR verwacht. Nu gaat het om de introductie van de rechtsfiguur van de ondernemingsovereenkomst, om uitbreiding van advies- en instemmingsrechten met onderwerpen die in de loop der jaren in de samenleving zijn opgekomen, zoals automatisering, technologie en de daarmee samenhangende rechten op privacy, terwijl ook aandacht bestaat voor de in belang toenemende rol van de ondernemingsraad bij arbeidsvoorwaarden.

De wijziging van de WOR zoals die vermoedelijk in 1996 zal plaatsvinden, is gebaseerd op een jarenlang lopend onderzoeks- en adviestraject. Halverwege de jaren tachtig werd de WOR 1979 geëvalueerd en op grond van die evaluaties[1] richtte de toenmalige minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid J. de Koning in augustus 1989 een uitgebreide adviesaanvraag aan de SER. In de SER-adviesaanvraag werden alle belangrijke onderwerpen van de WOR langsgelopen, informatierecht, adviesrecht en instemmingsrecht, en werden bij alle aangesneden kwesties diepgravende vragen gesteld en voorstellen gedaan. De SER had lang werk om de adviesaanvraag van een advies te voorzien. In 1992[2] volgde een eerste advies over het grootste deel van de adviesaanvraag van 1989, en in 1994[3] volgde het sluitstuk van het SER-advies, vooral met betrekking tot de rol van de ondernemingsraad inzake collectieve arbeidsvoorwaarden. De in 1994 nieuw aangetreden minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid A. Melkert reageerde op de SER-adviezen en de visies van zijn voorgangers in een aan de Tweede Kamer voorgelegde Nota inzake de herziening van de WOR.[4] Deze Nota werd in de Tweede Kamer besproken en in grote lijnen aanvaard, waarna de minister zich zette aan het ontwerpen van een herziene WOR. De WOR 1996 is met het oog op het voorafgaande vooral te beschouwen als een reactie op de evaluaties van de WOR 1979 in het midden van de jaren tachtig. Doordat het advies- en wetgevingstraject zich in dit geval zo langdurig voortsleept (het kan ook anders: zie afschaffing Ziektewet)[5], kan men zich de vraag stellen of de herziene WOR van 1996 nog wel aansluit bij de inmiddels al weer snel veranderde omstandigheden in samenleving en bedrijfsleven. Enkele nader te noemen ontwikkelingen van de laatste jaren dringen de vraag op in hoeverre het medezeggenschapsrecht zoals neergelegd in de WOR wel voldoende van deze tijd en dus flexibel

1 Zie J.C. Looise en J.Z. Heijink, De OR en zijn bevoegdheden (ITS), Nijmegen, 1986 en J.C. Looise en F.G.M. de Lange, Ondernemingsraden, bestuurders en besluitvorming (ITS), Nijmegen, 1987.
2 SER-advies 92/07, d.d. mei 1992.
3 SER-advies 94/06, d.d. mei 1994.
4 TK 1994-1995, 24 132.
5 De behandeling van de WULBZ (= afschaffing van de Ziektewet) duurde in de Tweede Kamer zes (!) weken.

van karakter is. Anders gezegd: in hoeverre dient het medezeggenschapsrecht dwingend te zijn of, nog anders gezegd, in hoeverre kan medezeggenschap via door ondernemer en ondernemingsraad te sluiten contracten worden gevormd?

2. De aanleiding voor de hier opgeworpen vraagstelling is, behalve in de reeds langer bekende trends van flexibilisering en deregulering, vooral te vinden in een tweetal belangwekkende publikaties uit 1995. De eerste is van L. Timmerman en bevat een beschouwing omtrent het krakende gebouw van het vennootschapsrecht.[6] In zijn artikel vraagt Timmerman aandacht voor de uitholling van het vennootschapsrecht. Het wettelijk en statutaire vennootschapsrecht heeft, in zijn visie, aan zeggingskracht ingeboet. Twee oorzaken geeft hij daarvoor aan. In de eerste plaats het oprukkende fenomeen van de 'Einzelfallgerechtigkeit'. Steeds minder kwesties van vennootschapsrecht worden beslist met behulp van argumenten ontleend aan de systematiek van dat deel van het recht, maar steeds meer doen de omstandigheden van het geval opgeld. De tweede belangrijke reden die Timmerman noemt ter verklaring van de uitholling van het vennootschapsrecht, is de steeds minder als vanzelfsprekend aanvaarde notie dat de *wetgever* de verhoudingen binnen ondernemingen *dwingend* modelleert. Voor dwingende regels van vennootschapsrecht worden meer dan ooit steekhoudende argumenten verlangd. Men wenst eerder dat het vennootschapsrecht optimale faciliteiten biedt, dan dat het dwingend oplegt hoe men zich ten opzichte van elkaar dient te gedragen. In de woorden van Timmerman: "Vennootschapsrecht dient flexibel te zijn". In zijn conclusie komt Timmerman tot de opvatting, dat wij in onze tijd behoefte hebben aan begrippen en regels in het recht, waarvan de inhoud naar gelang de omstandigheden varieert. Rechtsregels en rechtsbegrippen dienen adaptief, flexibel, te zijn. In een lezing op een congres over de implementatie van de Euro-or-Richtlijn benaderde Timmerman de gewenste flexibiliteit nog van een andere kant.[7] Hij wees er op dat in de huidige organisatiestructuur van multinationals niet zozeer een hiërarchische piramidale opbouw van de onderneming kenmerkend is, maar dat juist netwerk-achtige organisatievormen, die zich rond produktgroepen formeren, de toon aangeven. Deze netwerken hebben steeds minder verbinding met de juridische vormgeving van de multinationale onderneming in moeder- en dochtervennootschappen. Onze huidige WOR is nog onbekend met de netwerk-organisatievorm!

Een tweede belangwekkende publikatie in dit verband is die van J.G. Wissema, W.M.G. Bouts en B. Rutgers, Contouren van een medezeggenschap op maat.[8] Dit onderzoek werd uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en is de neerslag van een studie naar trends in organisatie en management en hun invloed

6 L. Timmerman, Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht, TVVS 1995, pp. 178-181.

7 Zie L. Timmerman, Veranderingen in de organisatiestructuur van internationale concerns en de Richtlijn inzake de Euro-or, in: Handelingen van de HSI-conferentie over de Euro-or d.d. 27 september 1995, Mededelingen HSI, 9, Amsterdam 1995.

8 Den Haag, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid/VUGA, oktober 1995.

op de invulling van de medezeggenschap. De auteurs van deze studie stellen dat zich de laatste tien jaar in veel ondernemingen en organisaties een revolutie heeft voltrokken. Deze revolutie heeft geleid tot een veel grotere verscheidenheid in strategie, structuur en cultuur in ondernemingen dan voorheen. Standaardmodellen hebben afgedaan. Organisatiestructuren, managementstijlen, bedrijfsculturen zijn sterk veranderd en dat heeft in de ogen van Wissema c.s. ook tot gevolg dat de medezeggenschap niet kan achterblijven. Zij typeren de ontwikkelingen als een overgang van wat men 'toetsende' medezeggenschap noemt naar 'interactieve' medezeggenschap. Toetsende medezeggenschap houdt in dat de medewerkers pas na de totstandkoming van een voorgenomen besluit worden ingeschakeld. Bij interactieve medezeggenschap wordt vanaf het begin van het proces van besluitvorming een dialoog gevoerd tussen management en medewerkers. Bij dit laatste wordt, aldus Wissema c.s., de afstand tussen management en uitvoering verkleind en wordt het denken en doen geïntegreerd. Als belangrijkste trends in management en organisatie noemen Wissema c.s. een hele reeks ontwikkelingen.[9] Als belangrijkste noemen zij veranderingen die te maken hebben met nieuwe informatiesystemen als gevolg van de snelle opkomst van de elektronische technologie. Voorts noemen zij ook de concepten als 'business unit management', 'lerende organisatie' en 'basic management trend'. Aan de analyse van Wissema c.s. ligt dezelfde werkelijkheid ten grondslag als aan die van Timmerman over het vennootschapsrecht: de razendsnelle opkomt van de informatietechnologie brengt een revolutie teweeg, onder meer in managementvoering en bedrijfsvoering. Die revolutie kan niet zonder gevolgen blijven voor het recht. Timmerman werkt dat uit voor het vennootschapsrecht. In het hiernavolgende wordt stilgestaan bij de gevolgen van de geschetste ontwikkeling voor het medezeggenschapsrecht. Is de nog niet tot stand gekomen voorgenomen herziening van de WOR 1996 reeds achterhaald?

3. Interessant in de door Timmerman en Wissema c.s. geuite visies is, dat daar het contractmodel een belangrijke rol speelt. Het is de logische uitkomst van de hang naar meer flexibiliteit. Het contract geeft, onder bepaalde voorwaarden, grote mogelijkheden voor flexibiliteit en aanpassing aan veranderde omstandigheden. Het werkt sneller en gemakkelijker dan dwingende wetgeving, waarvan de wijziging zoals we aan de WOR zien, dikwijls jaren op zich laat wachten. Laten we bezien of er toekomst is voor het contractmodel in het medezeggenschapsrecht.

4. Het contractmodel heeft, in zekere zin, de afgelopen jaren in het medezeggenschapsrecht furore gemaakt. Te wijzen valt in dit verband op de opkomst van de nieuwe rechtsfiguur van de ondernemingsovereenkomst[10], op de bepalingen in de nieuwe Arbeidstijdenwet waarin aan ondernemingsraad en ondernemer de mogelijkheid wordt gegeven bij contract af te wijken van de standaardregeling van

9 J. Wissema c.s., a.w., pp. 11-13.

10 Zie P.F. van der Heijden, De ondernemingsovereenkomst, NJB 1994, pp. 765-771, waarin naar andere literatuur hieromtrent wordt verwezen.

de Arbeidstijdenwet, en tenslotte op de Richtlijn inzake de Europese ondernemingsraad, waarin ook via het contract de medezeggenschap wordt vormgegeven. In het navolgende wil ik deze drie nieuwe, op het contract terug te voeren, medezeggenschapsmogelijkheden nader bekijken.[11]

Het begrip ondernemingsovereenkomst zoals die in de te wijzigen Wet op de ondernemingsraden is voorzien, is te omschrijven als een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad, waarin aangelegenheden betreffende de onderneming worden vastgelegd. Door het sluiten van de overeenkomst worden ondernemer resp. ondernemingsraad over en weer verplicht de in het contract vastgestelde regels na te leven. Inhoudelijk gezien kunnen de te sluiten ondernemingsovereenkomsten procedureafspraken betreffen, bijvoorbeeld over de wijze waarop de ondernemingsraad c.q. de werknemers bij bepaalde besluiten betrokken worden, danwel op welk tijdstip zij daarbij betrokken worden, maar evenzeer is denkbaar dat het om meer inhoudelijke aangelegenheden gaat, bijvoorbeeld over de vraag welke werktijden er in de onderneming gelden, hoe het aanstellingsbeleid ten aanzien van allochtonen is geregeld, of men in de onderneming deeltijdarbeid bevordert, danwel dat men een recht op deeltijdarbeid erkent, etc. Zoals uit de HSI-publikatie Medezeggenschap per convenant[12] is gebleken, is de totstandkoming van dergelijke overeenkomsten reeds jarenlang werkelijkheid. Vanuit het gezichtspunt van de huidige Wet op de ondernemingsraden bekeken is het sluiten van dergelijke overeenkomsten niet onproblematisch. De huidige Wet op de ondernemingsraden gaat niet uit van een contractmodel, maar gaat uit van een ondernemer die besluiten neemt, welke hij, alvorens ze te nemen, voor advies, instemming of overleg aan de ondernemingsraad dient voor te leggen. De weg die de praktijk zich ondanks deze inhoud van de WOR heeft gebaand met het afsluiten van ondernemingsovereenkomsten, heeft in de literatuur vragen opgeworpen. Deze vragen betreffen de rechtspersoonlijkheid van de ondernemingsraad, de procesrechtspersoonlijkheid van de ondernemingsraad, de bevoegdheid van de ondernemingsraad om als contractpartner op te treden, de vraag wie aansprakelijk is als de ondernemingsraad de contractueel aangegane verplichtingen niet nakomt, vragen naar de duur van het contract, de wijze waarop het contract al dan niet kan worden opgezegd of ontbonden, etc.[13] Deze en dergelijke vragen spruiten voort uit het contractenrecht en uit het procesrecht, terwijl de huidige WOR niet in het antwoord op deze vragen voorziet.

De SER was in zijn eerder genoemd advies van 1992 van oordeel dat regeling van de ondernemingsovereenkomst en de daarmee gepaard gaande vraagstukken niet nodig is. Dit college gaat ervan uit dat ondernemer en ondernemingsraad ook thans rechtsgeldig afdwingbare afspraken kunnen maken. Het beval aan om in artikel 36

---

11 De volgende passages zijn grotendeels gebaseerd op P.F. van der Heijden/J. van der Hulst, De ondernemingsovereenkomst, Sinzheimer Cahier 10, Den Haag 1995.

12 P.F. van der Heijden/ A.C.B.W. Doup, Medezeggenschap per convenant, Sinzheimer Cahier 3, Den Haag 1991.

13 Zie over deze en dergelijke vragen Medezeggenschap per convenant,a.w., pp. 59-100.

van de WOR een bepaling op te nemen waarvan de strekking is dat ondernemer en ondernemingsraad over en weer van elkaar gedrag kunnen verwachten dat voldoet aan de normen van redelijkheid en billijkheid, waaruit voortspruit dat gemaakte afspraken worden nagekomen. Anders dan de SER betoogt Advocaat-Generaal Verburg in zijn conclusie bij de Barracuda-beschikking[14] dat de WOR niet is meegegroeid met de praktijk. In de ogen van de A-G dient de wet te worden aangepast, te meer omdat de richting die de praktijk is ingeslagen bijval verdient. De op de conclusie van de A-G volgende beschikking week af van de opvatting van de A-G, maar was op zijn beurt zo pover gemotiveerd, dat het meer vragen oproept dan dat het duidelijkheid verschaft.[15] Andere commentaren op de Barracuda-beschikking gaan uit van de gedachte dat na deze beschikking de medezeggenschap per overeenkomst ruim baan is toegemeten en een nadere regeling vermoedelijk niet noodzakelijk is.[16] Hoewel aldus blijkens de literatuur verschillend gedacht wordt over de noodzaak van regeling van de ondernemingsovereenkomst in de WOR, is de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en met hem de Tweede Kamer vooralsnog kennelijk van oordeel dat de onduidelijkheden het winnen van de duidelijkheid en wordt voorgesteld het in de praktijk voorkomende fenomeen een wettelijke basis te geven. Zoals bekend, staat Nederland niet alleen met een dergelijke wettelijke basis, aangezien onze oosterburen al sinds lang de figuur van de Betriebsvereinbarung kennen. Nu de ontwikkeling in Nederland tot het aangaan van ondernemingsovereenkomsten zich voortzet[17], is vastlegging ervan in de WOR de aangewezen weg. In de bovengenoemde notitie van minister Melkert aan de Tweede Kamer wordt hierover opgemerkt: "De wet moet ruimte bieden voor een eigen invulling van medezeggenschap door de rechtstreeks betrokkenen. In de praktijk is in dit verband steeds meer een voorname rol weggelegd voor afspraken tussen ondernemingsraden en bestuurders. Door afspraken worden zaken waarin de wet niet met zoveel woorden kan voorzien, nader geregeld of opgepakt. Dit indiceert een tendens waarbij voor wat betreft de vormgeving en de inhoud van de arbeidsverhoudingen meer accent komt te liggen op interne regulering. Betrokkenen zelf komen tot een nadere vormgeving van medezeggenschap, afgestemd op de specifieke omstandigheden en wensen in de eigen arbeidsorganisatie." Door afspraken kunnen ook praktische knelpunten in de medezeggenschap op efficiënte wijze worden opgelost, waar die knelpunten niet uit onvolkomen regelgeving voortkomen. Door ruim baan te maken voor ondernemingsovereenkomsten sluit het kabinet aan bij decentralisatie van arbeidsverhoudingen en de roep om ook voor wat betreft de medezeggenschap het confectiekostuum te vervangen door een maatpak. De ondernemingsovereen-

14 HR 7 maart 1993, NJ 1993, 366, JAR 1993/77.

15 Zie over de vragen die het arrest oproept de noot onder het arrest van P.F. van der Heijden, SMA 1993, pp. 411 en 412.

16 Zie A.F.M. Dorresteyn, SR 1993, pp. 119/121 en C.H.J. van Leeuwen, OR-Informatie 21 april 1993, p. 38.

17 Blijkens het jongste onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut (Cahier 10, december 1995) is het afsluiten van dergelijke contracten sinds 1991 onverminderd doorgezet.

komst is een nuttig instrument om tot het gewenste maatwerk te komen, uiteraard tegen de achtergrond van de dwingendrechtelijke bepalingen van de WOR, waarin de basisnormen voor de medezeggenschap zijn neergelegd.

5. Zoals boven aangekondigd thans aandacht voor het contractmodel in de nieuwe Arbeidstijdenwet.[18] Het systeem van de nieuwe Arbeidstijdenwet valt kort als volgt weer te geven. In de wet zelf is neergelegd de zogeheten standaardregeling, waarin voor de arbeidstijden precies is aangegeven aan welke voorwaarden dient te worden voldaan. Eveneens is in de wet geopend de mogelijkheid te komen tot een overlegregeling, waarvan vervolgens in de wet de bandbreedte is aangegeven waarbinnen de overlegregeling zich heeft te bewegen. Concreet is in artikel 1:3 Arbeidstijdenwet aangegeven in welke vorm een overlegregeling gegoten kan worden. De overlegregeling dient gegoten te worden in de vorm van een collectieve regeling, die op haar beurt uiteen valt in de volgende modaliteiten:

a een collectieve arbeidsovereenkomst;
b een rechtspositieregeling van werknemers in dienst van de overheid, alsmede een overeenkomstige rechtspositieregeling voor werknemers werkzaam bij het bijzonder of wetenschappelijk onderwijs;
c een verordening krachtens de Wet op de bedrijfsorganisatie,
d een besluit als bedoeld in artikel 2 van de Wet AVV;
e een bindende loonregeling krachtens de Wet op de loonvorming;
f een regeling waaromtrent de werkgever schriftelijk overeenstemming heeft bereikt met het medezeggenschapsorgaan, of bij het ontbreken daarvan met een personeelsvertegenwoordiging.

Met name de onder f) gegeven mogelijkheid van de invulling van een overlegregeling via de collectieve regeling duidt op een ondernemingsovereenkomst tussen ondernemingsraad en ondernemer aangaande arbeidstijden. In het oorspronkelijke wetsvoorstel inzake een nieuwe Arbeidstijdenwet, afkomstig van minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, B. de Vries, was de tussen ondernemer en ondernemingsraad te sluiten overeenkomst uitwisselbaar met een collectieve arbeidsovereenkomst, welke laatste uiteraard per definitie door een vakorganisatie en de ondernemer c.q. een werkgeversorganisatie is te sluiten. Deze gelijkstelling van vakbond en ondernemingsraad voor wat betreft te sluiten overeenkomsten aangaande arbeidstijden ging de Tweede Kamer en De Vries' opvolger minister Melkert te ver, zodat er voor wat dat betreft onderscheid is gemaakt tussen deze twee instrumenten. Krachtens artikel 1:4 lid 2 Arbeidstijdenwet zijn er thans beperkingen gesteld aan de gelijkstelling van enerzijds de cao met anderzijds de ondernemingsovereenkomst tussen ondernemingsraad en ondernemer aangaande arbeidstijden. In genoemd artikellid zijn twee clusters van onderwerpen rond de arbeidstijden genoemd, die in een cao aan de orde *moeten* zijn, wil de ondernemingsraad op zijn beurt daarover afspraken met de ondernemer kunnen maken. Het ene cluster betreft de rusttijd en de pauze, het andere

18 Kamerstukken 23 646, op 22 november 1995 heeft de Eerste Kamer ingestemd. Inwerkingtreding op 1 januari 1996, indien geen cao van toepassing is en 1 januari 1997 indien dat wel het geval is.

cluster betreft de arbeidstijd, arbeid op zondag en arbeid in nachtdienst. Verstaan we de regeling van artikel 1:3 en artikel 1:4 Arbeidstijdenwet goed, dan is het systeem als volgt. Wil een ondernemer afwijken van de standaardregeling van de Arbeidstijdenwet via een collectieve regeling, dan kan hij dat doen door gebruikmaking van een cao. Wil de ondernemer om een of andere reden liever een collectieve regeling met de ondernemingsraad sluiten, dan is die mogelijkheid aan beperkingen onderhevig. Hij is daartoe slechts gerechtigd als het gaat om rusttijden en pauzes indien de vigerende cao daaromtrent enige bepaling bevat en als het gaat om arbeidstijden, arbeid op zondag en arbeid in nachtdienst als de cao over dàt cluster enige bepaling bevat. De cao behoeft niet ten aanzien van één of beide clusters gedetailleerde bepalingen te bevatten, doch slechts over de tot één van beide clusters behorende onderwerpen een regeling, die ook een raamregeling kan zijn, te hebben. Aldus is de mogelijkheid geschapen om in de cao aan te geven dat door ondernemer en ondernemingsraad voor wat betreft één of de beide clusters nadere regelingen kunnen worden gemaakt. Anders gezegd: de cao-sluitende vakorganisatie behoudt de 'regie' omtrent de arbeidstijden. Indien er wel een geldende cao is, doch deze geen bepalingen omtrent één of de beide genoemde clusters bevat, dan heeft de ondernemingsraad geen bevoegdheid met de ondernemer een ondernemingsovereenkomst aangaande de in de clusters genoemde onderwerpen te sluiten. Is er daarentegen helemaal geen cao, dan zijn ondernemer en ondernemingsraad wél gerechtigd een overeenkomst te sluiten die als collectieve regeling in de zin van artikel 1:4 Arbeidstijdenwet geldt. Gezien de hierboven gegeven uitleg van het huidige systeem van de Arbeidstijdenwet zal duidelijk zijn dat het oorspronkelijk door minister De Vries voorgestelde systeem hiermee vergeleken de charme van de eenvoud bezat.

Hoe het ook zij, binnen de bandbreedte van de Arbeidstijdenwet en binnen de kaders die artikel 1:4 lid 2 Arbeidstijdenwet thans heeft geschapen, is het mogelijk om een ondernemingsovereenkomst te sluiten waarbij arbeidstijden, rusttijden, pauzes, arbeid op zondag en arbeid in nachtdienst aan de orde zijn.

6. Een derde plaats waar het contractmodel furore maakt, is de grensoverschrijdende medezeggenschap. In september 1994 is door de Raad van Ministers van de Europese Unie vastgesteld de Richtlijn 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.[19] Deze richtlijn verplicht de lid-staten van de Europese Unie de inhoud ervan te implementeren in nationaal recht vóór uiterlijk 22 september 1996. Zulks betekent dat in Nederland uiterlijk voor de genoemde datum een nationale implementatiewet[20] in het Staatsblad zal moeten staan. De Richtlijn kent een systematiek die in drieën uiteenvalt.

19 Richtlijn 94/95/EG, gepubliceerd in het Publikatieblad van de EG van 30 september 1994, nr. L254/74.

20 Verwacht wordt dat de Nederlandse implementatiewet in februari 1996 bij de Tweede Kamer wordt ingediend.

In de eerste plaats bestaat de mogelijkheid om vóór 22 september 1996 vrijwillig een overeenkomst te sluiten betreffende grensoverschrijdende medezeggenschap die voor alle werknemers in de betreffende multinationale onderneming geldt. Krachtens artikel 13 van de Richtlijn zijn de bepalingen ervan, alsmede de nationale implementatiewetgeving, niet meer van toepassing indien vóór 22 september 1996 een dergelijke overeenkomst is gesloten. Er zijn inmiddels tal van ondernemingen in Europa die de hier bedoelde overeenkomsten hebben afgesloten.[21] Bij deze overeenkomsten zijn dikwijls de vakorganisaties aan werknemerskant de overeenkomstsluitende partij, maar ook is niet uitgesloten dat centrale ondernemingsraden in de landen waar de communautaire concerns vestigingen hebben als contractspartij optreden. Voorwaarde van artikel 13 van de Richtlijn is slechts dat de partij die aan werknemerskant als contractspartij optreedt, representatief is omdat de overeenkomst immers volgens de bewoordingen van artikel 13 van de Richtlijn voor alle werknemers van de communautaire onderneming in de Europese Unie moet gelden.[22] We zien hier het fenomeen van de ondernemingsovereenkomst waar op vrijwillige basis vormgegeven kan worden aan hetzij de vorming van een Europese ondernemingsraad met informatie- en consultatierechten, hetzij een procedure waarbij eveneens in informatie en consultatie van werknemers in de communautaire onderneming is voorzien. Partij bij een dergelijke overeenkomst kunnen zijn één of meer vakorganisaties, doch ook denkbaar is dat de centrale ondernemingsraad hierbij als contractpartner naar voren treedt.

Indien geen artikel 13-overeenkomst krachtens de Richtlijn is gesloten voor 22 september 1996, voorziet de Richtlijn vervolgens in twee andere mogelijkheden ter verwezenlijking van het ideaal van communautaire medezeggenschap. In de eerste plaats is dat de overeenkomst krachtens artikel 6 van de Richtlijn en in de tweede plaats de krachtens de 'annex' van de Richtlijn tot stand te brengen Europese ondernemingsraad. Volgens artikel 6 van de Richtlijn dienen het hoofdbestuur van de communautaire onderneming en een bijzondere onderhandelingsgroep in een geest van samenwerking te onderhandelen over een *overeenkomst* waarin informatieverstrekking en raadpleging van werknemers aangaande grensoverschrijdende medezeggenschap is gerealiseerd. Aan werknemerskant is er aldus sprake van een bijzondere onderhandelingsgroep, waaromtrent artikel 5 van de Richtlijn voorschriften geeft. Krachtens artikel 5 lid 2 wordt de bijzondere onderhandelingsgroep samengesteld op een door de lid-staten te bepalen wijze. Volgens artikel 5 lid 2 sub a bepalen de lid-staten de wijze van verkiezing of aanwijzing van de leden van de bijzondere onderhandelingsgroep, die op hun grondgebied moeten worden verkozen of aangewezen. Uitgangspunt van de onderhavige Richtlijn zijn de beginselen van flexibiliteit en

21 Zie hierover en voor voorbeelden Mark Hall, Keith Sisson e.a., die in de publikatie European Works Councils, Planning for the Directive (London 1995) een overzicht van de reeds gesloten overeenkomsten geven.

22 Zie over deze overeenkomsten H.J.M.N. Honée, Overeenkomsten betreffende communautaire medezeggenschap, De NV, maart 1995, p. 47 e.v., alsmede F. Koning, De Europese ondernemingsraad: keuzes en consequenties, De NV, april 1995, p. 73 e.v.

subsidiariteit, welke beginselen met zich meebrengen dat de nationale staten overeenkomstig de aldaar bestaande tradities díe werknemersgroeperingen kunnen aanwijzen die de onderhandelingsgroep kunnen samenstellen welke het beste bij de nationale achtergrond past. Voor wat betreft Nederland lijkt het erop dat tegen de achtergrond van de bij ons bestaande tradities de (centrale) ondernemingsraad het orgaan is dat de Nederlandse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep krijgt aan te wijzen. In landen met een andere cultuur dan de Nederlandse, bijvoorbeeld in de noordse landen (Zweden, Denemarken) of in meer zuidelijke landen (bijvoorbeeld Frankrijk) is het waarschijnlijk dat de vakorganisaties worden aangewezen als representatieve werknemersvertegenwoordiger die mensen in de bijzondere onderhandelingsgroep kan aanwijzen. Als de hierboven uitgesproken verwachting uitkomt dat in de Nederlandse implementatiewet komt te staan dat de centrale ondernemingsraad de Nederlandse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep kan aanwijzen, dan is het medezeggenschapsinstrumentarium in ons land, voor wat betreft de multinationale ondernemingen die onder de vigeur van de Richtlijn vallen, wederom uitgebreid. De samenstelling van de bijzondere onderhandelingsgroep is mede afhankelijk van de grootte van de ondernemingen in de respectievelijke lid-staten van de Europese Unie. Gaat het om een communautaire onderneming met de hoofdzetel in Nederland en waarvan de meeste werknemers eveneens in Nederland zijn te werk gesteld, dan zal de bijzondere onderhandelingsgroep in meerderheid uit door de Nederlandse centrale ondernemingsraad aangewezen personen bestaan. Deze onderhandelingsgroep zal met de concernleiding tot een overeenkomst dienen te komen die voldoet aan de eisen zoals die in artikel 6 van de Richtlijn zijn verwoord. De eisen in artikel 6 zijn opgesteld tegen de achtergrond van de autonomie van de overeenkomst-sluitende partijen. Onverminderd de autonomie van de partijen dient krachtens artikel 6 in een schriftelijke overeenkomst tussen concerndirectie en de bijzondere onderhandelingsgroep te worden vastgelegd a) welke ondernemingen deel uitmaken van het concern met een Europese dimensie of vestigingen van de onderneming met een communautaire dimensie waarop de overeenkomst betrekking heeft; b) het werkterrein, de samenstelling, het aantal leden, de verdeling van de zetels en de zittingsduur van een in de overeenkomst opgerichte Europese ondernemingsraad; c) de procedure voor informatieverstrekking aan en raadpleging van de Europese ondernemingsraad, alsmede eventuele overige bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad; d) de plaats, de frequentie en de duur van de vergaderingen van de Europese ondernemingsraad; e) de aan de Europese ondernemingsraad toe te wijzen financiële en materiële middelen; en ten slotte f) de duur van de overeenkomst en de procedure inzake heronderhandeling over een verlenging van de overeenkomst na ommekomst van de looptijd ervan.

Het instellen van een Europese ondernemingsraad is niet verplicht. Artikel 6 van de Richtlijn schept ook de mogelijkheid te komen tot het inrichten van een procedure voor raadpleging en informatie van werknemers over grensoverschrijdende medezeggenschap zonder daartoe een lichaam als een Europese ondernemingsraad in te richten.

Komen de bijzondere onderhandelingsgroep en de ondernemingsleiding niet tot overeenstemming over een overeenkomst krachtens artikel 6 van de Richtlijn, dan treedt na drie jaar van rechtswege de 'annex' behorende bij de Richtlijn in werking. Ook indien het hoofdbestuur weigert binnen zes maanden na september 1996 in onderhandeling te treden met de bijzondere onderhandelingsgroep, wordt de 'annex' van de Richtlijn van toepassing (zie artikel 7 Richtlijn). De bedoelde 'annex' van de Richtlijn voorziet in de oprichting van een Europese ondernemingsraad, waarvan de bevoegdheid is beperkt tot informatieverstrekking en raadpleging over vraagstukken die van belang zijn voor de hele onderneming met een communautaire dimensie of een concern met een communautaire dimensie of voor ten minste twee vestigingen of ondernemingen van het concern in verschillende lid-staten.

Heeft de ondernemer geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid een overeenkomst te sluiten krachtens artikel 13 van de Richtlijn, danwel heeft de ondernemer geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in overleg met de bijzondere onderhandelingsgroep een overeenkomst te sluiten krachtens artikel 6 van de Richtlijn, dan houdt het overeenkomstmodel op te functioneren en wordt de in de 'annex' van de Richtlijn opgenomen regeling van rechtswege van kracht.

Op grond van bovenstaande kan worden vastgesteld dat binnen de Europese Unie de overeenkomst als vehikel voor het inrichten van de medezeggenschap op communautair niveau zich een vaste plaats heeft verworven.

7. Hebben we aan de hand van het bovenstaande kunnen zien dat het contract als voertuig van medezeggenschap zich langzamerhand een plaats verwerft in de rechtsregels omtrent medezeggenschap, daarmede is nog niet weggepoetst dat de huidige Wet op de ondernemingsraden het contractmodel geenszins omhelst. De WOR gaat immers uit van een ondernemer die besluiten neemt welke hij, alvorens ze te nemen, voor overleg, advies, c.q. instemming aan de ondernemingsraad dient voor te leggen. Afhankelijk van het onderwerp waarover de ondernemer een besluit wenst te nemen, bestaat er adviesrecht (bij belangrijke economische en organisatorische besluiten) of instemmingsrecht (bij een reeks besluiten die neerkomen op regelingen in de sociale sfeer). Heel precies staat in de WOR dwingendrechtelijk voorgeschreven op welke onderwerpen overlegrecht (art. 23 en 24), adviesrecht (art. 25 en art. 30) danwel instemmingsrecht bestaat (art. 27). Artikel 32 (dat de mogelijkheid bevat aan de ondernemingsraad bovenwettelijke bevoegdheden toe te kennen) gaat ook weer uit van een eenzijdig besluiten nemende ondernemer die uiteraard met instemming van de ondernemingsraad besluit om aan dit orgaan verdere bevoegdheden toe te kennen. In zekere zin zou men dus kunnen spreken van een botsing tussen het contractmodel en de Wet op de ondernemingsraden, waar deze laatste geen plaats inruimt voor contractsluitende ondernemingsraden.

Gezien de opmerkingen van de bewindsman van Sociale Zaken in zijn eerder genoemde Nota inzake de herziening van de WOR over de ondernemingsovereenkomst en de afspraken tussen ondernemingsraad en ondernemer lijkt een oplossing voor de geconstateerde botsing in de maak. In de herziene Wet op de ondernemingsraden, zoals die in 1996 door het parlement zal worden behandeld, wordt een aparte plaats

ingeruimd voor de ondernemingsovereenkomst, waarmee het contractmodel in de WOR wordt geïntroduceerd.

Hiermede is echter de hierboven onder 1 geformuleerde vraagstelling nog niet afdoende behandeld. Die vraagstelling ging immers nog verder, waar niet alleen het contractmodel als aantrekkelijk vehikel voor medezeggenschap werd aangeprezen, maar ook het dwingendrechtelijk karakter van de WOR 'as such' ter sprake werd gebracht. In de studie van Wissema c.s. wordt voorgesteld om per onderneming een zogeheten medezeggenschapscontract af te sluiten, waaraan meteen wordt toegevoegd dat het hier een 'gentlemen's agreement' betreft. Met dat laatste wil gezegd zijn dat hierin niet een juridisch en afdwingbaar contract moet worden gezien. De benadering die Wissema c.s. hier kiezen, lijkt mij niet een vruchtbare. Een dergelijk 'gentlemen's agreement' laat zich moeilijk combineren met een dwingendrechtelijke WOR, die zich juridisch niet, zelfs niet door 'gentlemen', opzij laat zetten. Een WOR van slechts regelend recht geeft aan de medezeggenschap een te zwakke ondergrond. Om tot een mogelijk wel vruchtbare oplossing te geraken, is eerst nodig de stand van zaken met betrekking tot de contractsluitende ondernemingsraad nog eens op een rij te zetten.

Volgens de thans vigerende WOR 1990 is een contractsluitende ondernemingsraad een vreemde eend in de bijt. Zoals boven al verschillende keren aangegeven, gaat de huidige WOR niet uit van een contracterende ondernemingsraad, maar van een eenzijdig besluiten nemende ondernemer die, alvorens dergelijke besluiten rechtsgeldig te kunnen uitvoeren, overleg, advies of instemming met of van de ondernemingsraad nodig heeft. Krachtens de voorziene wijziging van de WOR in 1996 wordt dit model van een dwingendrechtelijke WOR aangevuld met de mogelijkheid om ondernemingscontracten te sluiten. De WOR blijft aldus een gedetailleerde dwingendrechtelijke regeling, waarin precies staat voorgeschreven over welke onderwerpen welke inspraak wettelijk afdwingbaar vereist is, maar daar bovenop hebben ondernemer en ondernemingsraad de vrijheid de medezeggenschap per contract nader in te vullen. Die vrijheid is dus begrensd door het dwingendrechtelijk karakter van de WOR. Begrijp ik Wissema c.s. goed, dan bepleiten zij een derde variant, waarin de Wet op de ondernemingsraden mogelijk niet dwingendrechtelijk is, maar ondernemer en ondernemingsraad geheel vrij zijn om een contract te sluiten waarin ze de medezeggenschap voor de onderneming in een 'eigen' WOR vaststellen. Denkend vanuit de noodzaak tot verdere flexibilisering van de medezeggenschapsrechten en van de dikwijls geuite wens van aanpassing van het medezeggenschapsrecht per onderneming, zou in mijn ogen een andere variant dan die welke Wissema c.s. hebben voorgesteld de voorkeur verdienen. Ik doel op een variant die ontwikkeld zou kunnen worden naar aanleiding van het voorbeeld dat de Richtlijn inzake de Euro-or heeft neergezet. Ik zal dat thans nader toelichten.

8. Zoals hierboven in par. 6 werd beschreven, kent de Richtlijn inzake de Euro-or een systematiek die voor een belangrijk deel is terug te voeren op het contract als medezeggenschapsinstrument. De Richtlijn geeft aan nader omschreven partijen de opdracht om binnen een bepaalde tijd een contract af te sluiten dat aan bepaalde

basisnormen qua inhoud dient te voldoen. Komen partijen niet tot het sluiten van een dergelijk contract, dan treedt automatisch de 'annex' van de Richtlijn in werking, waarin de Europese wetgever als het ware zelf de inhoud van het contract heeft ingevuld.

Wanneer we uitgaan van adaptief medezeggenschapsrecht, dat wil zeggen medezeggenschapsrecht dat zich - gelijk de adaptatie die ons oog verricht - kan aanpassen aan de omstandigheden van de onderneming, dan zou een dergelijke systematiek zijn nut kunnen bewijzen. De nationale wetgever zou dan in de Wet op de ondernemingsraden aan ondernemers de opdracht moeten geven om met een de werknemers representerende groep mensen c.q. de bestaande ondernemingsraad een contract te sluiten waarin per onderneming de medezeggenschap wordt geregeld. De wetgever dient dan voorts vast te leggen dat in een dergelijk contract voor wat betreft organisatorische en economische besluiten adviesrecht bestaat, gekoppeld aan een beroepsrecht bij de Ondernemingskamer, en dat voor sociale besluiten instemmingsrecht bestaat. De wetgever zou tevens dergelijke typen besluiten kunnen omschrijven, maar ook kunnen afzien van een limitatieve opsomming van dergelijke besluiten, omdat dat nu juist kan worden overgelaten aan regeling op ondernemingsniveau. Mogelijk dat men op ondernemingsniveau voldoende heeft aan kapstokbepalingen, ook is denkbaar dat men een uitgewerkte lijst met onderwerpen maakt zoals thans in de WOR is te vinden. Komen werkgever en de aan werknemerskant onderhandelende groep c.q. ondernemingsraad niet tot overeenstemming, dan kan de wetgever bepalen dat de Wet op de ondernemingsraden zoals die thans bestaat, van rechtswege in werking treedt.

Een dergelijk systeem roept uiteraard ook vragen op. Een eerste vraag, vergelijkbaar aan die welke gesteld worden bij de Euro-OR, is waarom een werknemersvertegenwoordiging/ondernemingsraad met de ondernemer een contract zou sluiten dat minder medezeggenschap garandeert dan de Wet op de ondernemingsraden, die bij het niet sluiten van een contract tóch van toepassing wordt. Op deze vraag is geen eenduidig antwoord mogelijk. Afhankelijk van de bedrijfscultuur, en van de wensen die de werknemers in een onderneming hebben ter zake de medezeggenschap, kan via een contract een model gekozen worden waarbij, vergeleken bij de WOR, op sommige punten meer en op andere punten minder medezeggenschap aan de werknemers wordt gegeven. Daarover kan onderhandeld worden. Bevindt men zich in een bedrijfscultuur waar dergelijke onderhandelingen bij voorbaat als nutteloos worden ervaren, dan kan men onmiddellijk terugvallen op de door de wetgever aangereikte WOR. Het aantrekkelijke van deze variant is aldus, dat ondernemers en werknemers in staat zijn om een geheel op hun onderneming toegesneden medezeggenschapsregeling te ontwerpen, waar men dan vervolgens uiteraard ook aan gebonden is. Wil men zich om een of andere reden niet de moeite getroosten om een op de eigen onderneming toegesneden regeling te maken, dan heeft de wetgever zelf een regeling in petto. Dat laatste is uiteraard noodzakelijk, omdat zonder de dwingende ogen van de wetgever op de achtergrond mogelijk ondernemers een vorm van medezeggenschap zouden kunnen kiezen die zeer ver verwijderd is van het huidige niveau van de WOR. Zonder de genoemde steun in de rug van de dwingende ogen van de wetgever hebben de

werknemers die over een medezeggenschapscontract in hun onderneming zouden moeten onderhandelen, een wel heel zwakke onderhandelingspositie. Dat is de zwakke stee in het voorstel van Wissema c.s. Zou men echter de hier voorgestelde variant volgen, dan is verzekerd dat de werknemers een medezeggenschapsysteem van een behoorlijk niveau uiteindelijk niet zullen mislopen.

9. In vrijwel alle literatuur inzake arbeidsverhoudingen van de laatste jaren staan flexibilisering, deregulering en decentralisering centraal. De onderneming wordt meer en meer de plaats waar arbeidsrechtelijke regels uiteindelijk worden vormgegeven.[23] Centrale voorschriften omtrent de inhoud van cao's worden nauwelijks meer gegeven, en als ze worden gegeven, worden ze niet altijd nageleefd. Centrale akkoorden tussen Stichting van de Arbeid en de regering danwel in de Stichting van de Arbeid tussen sociale partners lijken hun tijd te hebben gehad. Cao's worden steeds meer raam- of mantelcontracten, die nadere invulling behoeven op het niveau van de onderneming. De ondernemingsraad sluit over tal van onderwerpen ondernemingsovereenkomsten, waarin ook weer de eigenheid van de onderneming en het aanpassen van de regels daaraan centraal staat. Behalve de reeds genoemde flexibilisering, deregulering en decentralisatie in de arbeidsverhoudingen zijn ook differentiatie en maatwerk de agendabepalende begrippen. Op de achtergrond speelt daarbij de (komende) revolutie die de snelle opkomst van de informatietechnologie zal bewerkstelligen, hetgeen nog een versterkende invloed zal hebben op het centraal komen te staan van de onderneming als centrum van de arbeidsverhoudingen. In dit licht is in het hier bovenstaande aandacht besteed aan de vraag in hoeverre een dwingendrechtelijke regeling van de medezeggenschap in de Wet op de ondernemingsraden, die voor iedere onderneming in Nederland geldt, nog passend is. De herziening van de WOR zoals die in 1996 kan worden verwacht, zal ruimte geven aan de ondernemingsovereenkomst. De volgende herziening van de WOR, die vermoedelijk in het begin van de volgende eeuw zal plaatsvinden, zal nog weer een stapje verder gaan en ook kunnen gaan, indien de hierboven aangegeven variant zou worden gevolgd. De wetgever behoort een garantie te geven waardoor medezeggenschap van werknemers op tenminste het huidige niveau is gewaarborgd, maar hij dient tevens een zo flexibel mogelijk instrumentarium aan te reiken waardoor ondernemers en werknemers op ondernemingsniveau andere invullingen van de medezeggenschap, aangepast aan hun ondernemingswensen, kunnen bereiken. Op de achtergrond van dergelijke ondernemingsafspraken zijn tenslotte nog goed zichtbaar en toepasbaar de beginselen van behoorlijk ondernemerschap[24], zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, die verankerd zijn in de regel dat ondernemer en ondernemingsraad zich hebben te gedragen naar regels van redelijkheid en billijkheid

23 Vgl. mijn Amsterdamse oratie Rechtsvorming in het arbeidsrecht, zand in de machine, Deventer, 1990.

24 Vgl. B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, diss. RU Limburg, Deventer 1990, en eerder mijn Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap, NJB 1984, p. 1385 e.v.

(art. 2:8 en 2:15 BW, art. 3:12 BW en art. 6:2 BW). In het mensbeeld van de afgelopen vijftig jaar zijn - juridisch gesproken - het contract en de redelijkheid en billijkheid een steeds belangrijker rol toebedeeld. Die ontwikkeling zal ook in het medezeggenschapsrecht zijn sporen nalaten.

De ondernemingsovereenkomst anno 1996

W. Zeijlstra en L. Sprengers

1 Inleiding

In 1979 kwam de Wet op de ondernemingsraden (WOR) tot stand die de 'grote sprong voorwaarts' betekende richting zelfstandige ondernemingsraad.[1] De ondernemingsraad (OR) werd weliswaar in zijn functioneren zelfstandiger, de positie ten opzichte van de ondernemer was en bleef voornamelijk reagerend en defensief.

De ondernemer moet advies of instemming vragen aan zijn OR ten aanzien van in artikel 25 lid 1 en artikel 27 lid 1 WOR opgesomde voorgenomen besluiten. De ondernemer heeft verschillende informatie- en overlegverplichtingen. Hij blijft over het algemeen de initiërende partij. De enige uitzondering in het wettelijke systeem is het recht van de OR om voorstellen te doen omtrent zaken 'de onderneming betreffende' (zie artikel 23 WOR). Van een actieve, laat staan een onderhandelende OR is de wetgever in 1979 niet uitgegaan.

In de praktijk blijkt steeds vaker dat het oorspronkelijke beeld van de wetgever niet (meer) correct is. Er wordt in veel gevallen pas geadviseerd of ingestemd nadat onderhandeld is tussen OR en ondernemer en resultaten behaald zijn waardoor het voorgenomen besluit gewijzigd is of toezeggingen zijn gedaan die de (mogelijke) scherpe kantjes verzachten. Bij fusies, reorganisaties en andere ingrijpende besluiten voor de onderneming wordt vaak onderhandeld over van alles en nog wat, hetgeen-al dan niet direct- verband houdt met een adviesaanvraag ex artikel 25 lid 1 WOR.

Het komt ook voor dat OR en ondernemer onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Soms als gevolg van een min of meer autonome wens van de OR en/of de ondernemer, maar ook vaak omdat de traditionele werknemerspartij, te weten de vakbond, niet of nauwelijks leden heeft in de onderneming. Vooral in nieuwe of vrij snel groeiende sectoren is dit zichtbaar.

---

1 Wet op de ondernemingsraden, 5-7-1979, Stb. 448, in werking 1-9-1979.

Een andere factor is in sommige sectoren dat op ondernemingsniveau zowel door werknemers als door werkgevers aanvulling op de bedrijfstak-CAO gewenst wordt. Hoe groter de bedrijfstak, hoe meer behoefte er vaak is aan maatwerk per onderneming. Gelet ook op de gerede kans dat algemeen-verbindendverklaring van bepalingen van CAO's in de toekomst vaker zal worden geweigerd, bijvoorbeeld als de contracterende partijen niet zorgen voor extra loonschalen aan de onderkant, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de over arbeidsvoorwaarden onderhandelende OR meer voor zal gaan komen. Er zal een groeiende behoefte ontstaan aan maatwerk-afspraken per onderneming over arbeidsvoorwaarden, al dan niet voortbouwend op een bedrijfstak-CAO.

De onderhandelende en contracterende OR is reeds een feit en het fenomeen zal eerder toe- dan afnemen. Bij deze ontwikkeling is het van belang om in te gaan op vragen over de juridische status van de uitkomsten van die onderhandelingen, de gebondenheid van partijen en achterbannen aan die resultaten, de (proces)positie als het gaat om de naleving en de (gewenste) toekomstige situatie. Die verschillende vragen zullen hieronder aan de orde komen. We zullen stilstaan bij de verschillende begrippen (paragraaf 1); we zullen ingaan op de beperkingen van de ondernemingsovereenkomst naar huidig recht, waarbij de juridische status van de OR en van de met een OR gemaakte afspraken besproken worden (paragraaf 2); we zullen ons vervolgens buigen over de naleving en de binding van werknemers aan de ondernemingsovereenkomst (paragraaf 3) en de verschillen en eventuele overeenkomsten tussen ondernemingsovereenkomsten en CAO's aan de orde stellen (paragraaf 4), waarna enige conclusies worden getrokken (paragraaf 5).

2 Begrippen

Convenanten zijn populair, zo concludeerde niet alleen professor mr P.F. van der Heijden.[2] Er werd zelfs een hele special van het NJB in 1993[3] aan gewijd. Ook in medezeggenschapsland werd het wiel van het convenant (opnieuw) uitgevonden. Ook andere benamingen komen in de praktijk voor, zoals protocol van afspraken, overeenkomst, toezeggingenbrief. Met name het begrip convenant is dermate populair geworden, dat veel ondernemingsraden en ondernemers ermee werken. Daarbij stuiten zij steeds op dezelfde vragen met betrekking tot de looptijd, de naleving, de status en de mogelijke inhoud.

In het onderzoek van Van der Heijden en Doup[4] wordt onderscheid gemaakt tussen medezeggenschapsconvenanten en arbeidsvoorwaardenconvenanten. Een medezeggenschapsconvenant is:

---

2 P.F. van der Heijden, Het medezeggenschapsconvenant in: Ondernemingsrechtelijke contracten, Kluwer Deventer 1991.

3 NJB-speciaal 'de staat van het convenant' NJB 1993, p. 473 e.v.

4 A.C.B.W. Doup en P.F. van der Heijden, Medezeggenschap per convenant, Sinzheimer Cahier 3, SDU Den Haag 1991.

- een schriftelijke en ondertekende afspraak in de vorm van een contract/overeenkomst;
- tussen enerzijds de ondernemer en anderzijds de ondernemingsraad;
- waarin partijen een rechtsbetrekking nader inhoud geven door vastlegging van rechten en verplichtingen ten aanzien van een of meer onderwerpen.

Een convenant derhalve waarbij de ondernemer en de ondernemingsraad de wederkerige rechtspositie vastleggen.

Daarvan te onderscheiden is een convenant waarin arbeidsvoorwaarden, waaronder primaire, worden vastgelegd. In een dergelijk convenant wordt een type afspraak gemaakt dat in beginsel de rechtsposities van de ondernemer als werkgever en van de individuele werknemer nader markeert.

Van der Heijden en Doup onderscheiden verder nog convenanten die uitsluitend onderwerpen op organisatorisch of facilitair gebied regelen. Uit de jurisprudentie is dan nog het verschijnsel bekend dat wij met de term 'pseudoconvenant' zouden willen aanduiden: een afspraak die de verhouding tussen de ondernemingsraad en de ondernemer regelt, maar die niet voldoet aan de eerder genoemde criteria van Van der Heijden en Doup, bijvoorbeeld omdat er sprake is van mondelinge afspraken. Een soort convenant, dat thans in Nederland tussen OR en ondernemer nog niet of nauwelijks voorkomt, is de zogenoemde ondernemingsovereenkomst. Het begrip is overgenomen uit de Duitse praktijk. Van der Heijden publiceerde er verschillende malen over.[5] Onder de ondernemingsovereenkomst verstaan wij een schriftelijke vastlegging van afspraken, ondertekend door zowel de ondernemingsraad als de ondernemer, met de verplichting tot bekendmaking in de onderneming. De wijze van bekendmaking wordt in de overeenkomst geregeld. Tevens kent de ondernemingsovereenkomst een bepaling over de looptijd en de wijze van opzegging.

De meest in het oog springende vraag bij ondernemingsovereenkomsten is,even afgezien van de juridische status van de OR als contracts- en eventuele procespartij, of een OR rechten kan bedingen ten behoeve van de achterban en de werknemers in de onderneming ook kan binden. Anders gezegd: kan een ondernemingsovereenkomst die voldoet aan eisen zoals hierboven geformuleerd,'vertegenwoordigde' individuen binden op de wijze van een met vakorganisaties afgesloten CAO? De huidige wet kent die doorwerking niet. Artikel 27 WOR, dat de OR instemmingsrecht geeft ten aanzien van allerlei regelingen die direct of indirect verband houden met arbeidsvoorwaarden,zij het niet op het primaire niveau,behelst niet een systematiek van automatische doorwerking. Sterker nog: het derde lid van artikel 27 ontzegt de OR invloed voor zover de betrokken aangelegenheid voor de onderneming reeds inhoudelijk is geregeld in (o.a) een CAO. Ook wanneer er sprake is van uitbreiding van bevoegdheden op grond van artikel 32 WOR, werken gemaakte afspraken tussen ondernemer en OR niet rechtstreeks door in de individuele arbeidsovereenkomsten. Uiteraard zal een individuele werknemer die zich verzet tegen bijvoorbeeld een wijziging van een regeling waarop de instemming van de OR is verkregen,er desondanks een zware

5 P.F. van der Heijden NJB 1994, o.a. de ondernemingsovereenkomst, p. 765 e.v.; Hanni Leenen, Overleg over arbeidsvoorwaarden in beweging, OR-informatie 21 april 1993, p. 22 e.v.

dobber aan hebben de kantonrechter van zijn gelijk te overtuigen.[6] In theorie is het echter zo dat een wijziging van de (individuele) arbeidsovereenkomst niet gedoogd behoeft te worden op de enkele grond dat de ondernemingsraad daarmee heeft ingestemd. Een ondernemingsovereenkomst die directe doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten beoogt, mist dit effect zolang het Nederlandse wettelijke systeem van arbeidsvoorwaardenvorming op dit punt niet gewijzigd is van een contractueel in een institutioneel stelsel. Directe doorwerking in arbeidsovereenkomsten is in de huidige systematiek voorbehouden aan de CAO en de algemeen- verbindendverklaring. Artikel 12 van de Wet CAO verklaart immers nietig elk beding tussen een werkgever en een werknemer dat strijdig is met een CAO waardoor zij beiden gebonden zijn; in plaats van het nietige beding hebben de bepalingen van de CAO te gelden. In aansluiting daarop regelt artikel 13 Wet CAO de aanvullende werking van de CAO voor de gebonden werkgever en werknemer. De Wet op het Algemeen Verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) bepaalt,ook voor de niet rechtstreeks door de CAO gebonden werkgever en werknemer, dat elke met een algemeen- verbindendverklaarde CAO-bepaling strijdige afspraak nietig is en dat in plaats daarvan het algemeen- verbindendverklaarde zal gelden. Het bewuste artikel 3 bevat in het derde lid tevens een regeling naar analogie van artikel 13 Wet CAO voor de aanvullende werking. Een dergelijk stelsel waarborgt enerzijds dat werkgevers en werknemers gebonden worden aan de resultaten van CAO-overleg tussen de organisaties waarvan zij (voor dit doel) lid zijn en anderzijds dat niet of anders (dan bij CAO-partijen) georganiseerde werkgevers en werknemers gebonden kunnen worden aan bepalingen van een bedrijfstak-CAO.

Een laatste rechtsfiguur die bespreking verdient, is het arbeidsreglement. Het in artikel 7A: 1637j t/m m BW geregelde reglement moet aan strikte voorwaarden voldoen, al heeft de jurisprudentie daar wel het een en ander op afgedongen[7] en is op grond van artikel 27 lid 1 sub a WOR onderworpen aan het instemmingsrecht van de ondernemingsraad. Het kabinetsstandpunt over herziening van de WOR van april 1995[8] bevat het voorstel het arbeidsreglement te doen vervallen, zodat ook het betreffende onderdeel van artikel 27 WOR kan worden geschrapt. Het kabinet is van plan daarvoor in de plaats een regeling in het BW op te nemen met de strekking dat de werkgever gebruik kan maken van wijzigingsbedingen in de individuele arbeidsovereenkomst, indien hij daarvoor zwaarwichtige belangen heeft. Dergelijke belangen moeten van zoveel gewicht zijn dat daarvoor de belangen van de individuele werknemer in redelijkheid behoren te wijken. Het kabinet vermoedt zo'n zwaarwichtig belang aanwezig te zijn als er een regeling dienaangaande is opgenomen in een CAO of

6 HR 7-10-1988, ROR 1988/34 inzake Akzo en HR 7-10-1988, ROR 1988/35, NJ 1989, 335 inzake IBM.

7 T.a.p. 6.

8 Het kabinetsstandpunt over een herziening van de Wet op de ondernemingsraden, april 1995. Zie hierover: L.C.J. Sprengers, Ter visie, SR 1995-5, p. 139; L.C.J. Wijnheimer, Het kabinetsstandpunt over een herziening van de Wet op de ondernemingsraden. Naar stroomlijning en actualisering. PS 9, 3 mei 1995, p. 596 e.v.

is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad. Langs laatstgenoemde weg wordt dus een opening gemaakt naar directe doorwerking in die zin dat de individuele werknemer die niet akkoord wenst te gaan met een wijziging,de met de OR bereikte overeenstemming tegengeworpen zal krijgen. Op deze ter introductie beschreven kernbegrippen zal waar nodig in het navolgende nader worden ingegaan.

3 Beperkingen ondernemingsovereenkomst naar huidig recht

3.1 Juridische status ondernemingsraad

De ondernemingsraad is noch een natuurlijke persoon, noch een rechtspersoon. Op grond van de WOR heeft de ondernemingsraad wel bepaalde bevoegdheden gekregen die behoren tot de bevoegdheden van een persoon voor het recht, waaronder procesbevoegdheid.[9] Die procesbevoegdheid is echter specifiek en gelimiteerd op grond van de WOR (de algemene geschillenregeling met de procesgang naar kantonrechter, Rechtbank en Hoge Raad en bij het adviesrecht de route naar de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam en de Hoge Raad).

In de praktijk is inmiddels duidelijk dat Presidenten in kort geding de ondernemingsraad ontvankelijk achten, zeker als de vordering direct verband houdt met een/de in de WOR geregelde bevoegdheid.[10] Ook de Raad van State honoreerde het belang en de bevoegdheid van een OR als procespartij.[11] Ook op grond van boek 2 BW komen de OR uitdrukkelijke bevoegdheden toe.[12] De rechtspraak heeft aan dit rijtje nog een min of meer curieuze juridische positie toegevoegd, toen een ondernemingsraad in kort geding procedeerde en een vordering kreeg toegewezen op grond van goed werkgeversschap zoals geformuleerd in artikel 7A: 1638z BW.[13]

Een andere grond voor ontvankelijkheid van de ondernemingsraad is te putten uit artikel 2: 8 BW. Daarin is bepaald dat '... degenen die krachtens wet en statuten bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn ...' zich tegenover elkaar moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Uit de beperkte beschikbare rechtspraak blijkt dat de rechter er ook van uit gaat dat de OR te beschouwen is als bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken en op grond daarvan ontvankelijk is in procedures gebaseerd op boek 2 BW.[14]

---

9 Procesbevoegdheid OR geregeld in art. 26 en 36 WOR.

10 Zie o.a. Pr.rb. Den Haag 10-12-1985, ROR 86/13; Pr.rb. Utrecht 20-3-1986, ROR 86/15, Pr. rb. Almelo 20-4-1988, ROR 88/8, Pr.rb. Arnhem, 15-2-1991, ROR 1991/10.

11 Bv. Afd. R.RvSt 7-2-1983, ROR 1971-1984/125.

12 Zie bijv. de bevoegdheden van de OR t.a.v. de samenstelling van de Raad van Commissarissen bij een structuurvennootschap art. 2: 158 en 268 BW en de rol van de OR bij de juridische fusie art. 2: 314 lid 2 BW en bij het enquêterecht art. 2: 349 lid 2 BW.

13 Pr.Rb Amsterdam 14-12-1989, ROR 89/33, ptt telecom A'dam.

14 Rb Rotterdam, 4-11-1994, JAR 1994, 248, ROR 1995, 11.

Ook uit eerdere rechtspraak, gebaseerd op art. 2: 7 oud Boek 2 BW, valt dezelfde conclusie te trekken.[15]

Reeds onder het huidige recht zal artikel 2: 8 BW dus in ieder geval van nut kunnen zijn indien een overeenkomst, afspraak of convenant tussen de OR en de ondernemer tot stand is gekomen en een van beide partijen zich daar niet aan wenst te houden. In combinatie echter met het gebrek aan status van de OR naar huidig recht lijkt versteviging van de positie van de ondernemingsraad als contracterende partij onvermijdelijk. Zo'n versteviging van de juridische status zou kunnen worden vormgegeven in de WOR danwel in een nieuw onderdeel van de arbeidswetgeving (het BW ligt dan voor de hand) over de ondernemingsovereenkomst.

3.2 Juridische status afspraken met ondernemingsraad

Als gekeken wordt naar de verschillende wijzen waarop over arbeidsvoorwaarden afspraken gemaakt worden in de Nederlandse arbeidsverhoudingen, dan zijn de volgende categorieën te onderscheiden:

1 de CAO en de eventuele algemeen- verbindendverklaring van bepalingen daarvan;
2 de eenzijdig door de werkgever vastgestelde arbeidsvoorwaarden neergelegd in personeelsgidsen, arbeidsreglementen of iets dergelijks;
3 arbeidsvoorwaardenregelingen die met instemming van de OR tot stand zijn gekomen;
4 collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden of onder andere over arbeidsvoorwaarden die niet neergelegd zijn in een CAO. Te denken valt bijvoorbeeld aan een sociaal plan of een sociale paragraaf. In de meeste gevallen gaat het om afspraken gemaakt met vakorganisaties, maar het kan ook zijn dat dergelijke afspraken met een ondernemingsraad gemaakt worden of met vakbonden en ondernemingsraad te zamen.
   Overigens zien we de laatste tijd steeds vaker, voor zover het afspraken met de vakorganisaties betreft, dat dergelijke documenten die in eerste instantie niet bij CAO-onderhandelingen, maar ter gelegenheid van andere gesprekken/onderhandelingen tot stand komen, toch als CAO worden aangemeld. Aldus kunnen alle rechtsgevolgen en voordelen, onder andere met betrekking tot naleving, van de Wet CAO en eventueel de Wet AVV bewerkstelligd worden;
5 de arbeidsvoorwaarden die hetzij eenzijdig door de werkgever opgelegd worden, hetzij via onderhandeling tussen werkgever en werknemer tot stand gekomen zijn en veelal neergelegd in een individuele (schriftelijke) arbeidsovereenkomst.

Reeds onder de huidige wetgeving komt het dus voor dat de OR te maken krijgt of kan krijgen met arbeidsvoorwaardenafspraken, terwijl de ondernemingsovereenkomst nog niet in het Nederlandse systeem geïncorporeerd is. Welke juridische status hebben

15 Pr.Rb. Haarlem 19-1-1988, KG 1988, 133 ziekenhuis de Heel; Rb Den Haag 27-5-1992, JAR 1992, 111 en ROR 1993/8; Ondernemingskamer 26-11-1987, ROR 87/32, NJ 1989, 271 ikon.

dergelijke afspraken op basis van de huidige WOR? De WOR kent geen bepaling waarin in algemene termen geregeld is dat de ondernemer en ondernemingsraad afspraken kunnen maken cq moeten maken. Alleen ten aanzien van de vaststelling van faciliteiten wordt de mogelijkheid tot het maken van afspraken wel genoemd.[16] De vraag naar de status van de gemaakte afspraken is met name actueel vanuit de invalshoek van de vordering tot naleving van de gemaakte afspraken. Tevens is de vraag aan de orde hoever het vorderingsrecht van de OR reikt als afspraken ten aanzien van individuele werknemers niet worden nageleefd.

3.2.1 Vordering tot naleving

Een vordering tot naleving van gemaakte afspraken kan gebaseerd worden op:

a. de WOR

In de Wet op de ondernemingsraden is een algemene geschillenregeling opgenomen. Hoewel de naamgeving anders doet vermoeden, kan niet ieder geschil op basis van deze regeling aanhangig gemaakt worden. Alleen die geschillen die in de wet genoemd zijn, kunnen via deze geschillenregeling aangekaart worden.

Dit betreft enerzijds geschillen over het instellen of het in stand houden van een ondernemingsraad, het reglement, de verkiezingen, de OR-verslagen etc. Een geschil hierover kan door iedere belanghebbende aanhangig gemaakt worden (artikel 36 lid 1 WOR).

Anderzijds kan de ondernemingsraad of de ondernemer een geschil aanhangig maken met als inzet dat de andere partij gevolg dient te geven aan hetgeen 'bij of krachtens deze wet is bepaald', voorzover dit van de andere partij afhangt (artikel 36 lid 2 WOR).

Dit betreft geschillen die een grondslag hebben in de WOR of in hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald. Het is afhankelijk van de ruimhartigheid waarmee dit begrip gehanteerd wordt, of in voorkomende gevallen naleving van de gemaakte afspraken verkregen kan worden op basis van artikel 36 lid 2 WOR. Er zijn kantonrechters[17] die deze bepaling beperkt interpreteren, in die zin dat zij zich, indien het geschil niet terug te voeren is op een bepaling van de WOR of op een op basis van deze wet getroffen regeling, niet bevoegd achten om over het geschil te oordelen. Het is derhalve mogelijk dat via de geschillenregelingen van de WOR geen naleving van gemaakte afspraken te vorderen is.

b. Boek 2 BW

De ondernemingsraad dient gezien te worden als een op basis van de WOR bij de rechtspersoon betrokken orgaan dat ook valt onder de bepaling van artikel 8 boek

16 Zie bijv. art. 18 WOR waarin geregeld is dat afspraken gemaakt moeten worden over het aantal uren dat OR-leden kunnen besteden aan onderling beraad en scholing.

17 Ktr. R'dam, 20 december 1993 inzake EBS (niet gepubliceerd) betrof een vonnis op grond van art. 116 Rv procedure aangespannen door de OR.

2 BW, zoals hierboven aangegeven. Indien een ondernemer met een OR afspraken maakt en deze niet nakomt, kan het zijn dat er sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid. Indien door een orgaan van een rechtspersoon besluiten genomen worden die strijdig zijn met de redelijkheid en billijkheid van artikel 8 boek 2 BW, kan op grond van artikel 15 gevorderd worden dat deze besluiten vernietigd worden. Meer dan eens is op vordering van een OR in een dergelijke casuspositie een ondernemersbesluit door de rechter vernietigd wegens handelen in strijd met de gemaakte afspraken. Dit kan met name van belang zijn als er sprake is van een concreet besluit dat in strijd is met de gemaakte afspraken. Indien er echter juist geen besluit genomen wordt door de ondernemer,terwijl afgesproken was dat dit wel zou gebeuren,kan dit evenzeer een probleem opleveren. Recent heeft de Rechtbank Rotterdam in zo'n geval het oordeel uitgesproken dat een OR naar analogie van de vernietigingsregeling een vordering tot naleving van de gemaakte afspraken kan instellen.[18]

c. Overeenkomstenrecht
Indien de afspraak tussen de ondernemer en de ondernemingsraad als een civielrechtelijke overeenkomst beschouwd kan worden, is ook naleving te vorderen op de in het BW en in Rv voorziene wijze. Dit betekent dat er een procedure bij de Arrondissementsrechtbank gestart kan worden op basis van het overeenkomstenrecht. Tot op heden is geen rechterlijke uitspraak bekend waarin deze grondslag zonder voorbehoud erkend wordt. De huidige wetgeving voorziet niet in een uniforme nalevingsprocedure voor afspraken tussen de ondernemingsraad en de ondernemer. In het kabinetsstandpunt over de gewenste wijziging van de WOR is wel aangegeven dat op dit punt een aanpassing van de WOR zal plaatsvinden.[19]

3.2.2 Vordering tot naleving arbeidsvoorwaarden

Een ander aspect is de vraag in welke mate een ondernemingsraad in staat is in rechte naleving te vorderen van arbeidsvoorwaardenregelingen voor de individuele werknemers. Twee voorbeelden uit de rechtspraak:

Pr. Rb Haarlem OR Air Express 20-2-1990[20]
Tussen de ondernemer en de ondernemingsraad van Air Express International is een arbeidsvoorwaardenreglement overeengekomen, waarin een bepaling over de prijscompensatie is opgenomen. Zodra het prijsindexcijfer van het CBS met 2% stijgt, zal een toeslag van 2% op het maandsalaris worden uitbetaald. Op enig moment is deze drempel overschreden en vordert de ondernemingsraad dat de ondernemer dienovereenkomstig de maandsalarissen aanpast. De ondernemer is daartoe niet bereid, omdat hij een procedure tot het verkrijgen van vervangende toestemming om een wijziging van de regeling door te voeren bij de bedrijfscommissie gestart is. De OR

18 T.a.p. 14.
19 Vlg. noot 8.
20 Pr. Rb. Haarlem 20-2-1990, ROR 1990/17.

spant een kort geding aan met als inzet aanpassing van de maandsalarissen aan de hand van de nog geldende prijscompensatieregeling. De OR wordt ontvankelijk verklaard omdat de vordering zich leent voor bundeling van de erbij betrokken werknemersbelangen. De President is van mening dat zolang de procedure tot het verkrijgen van vervangende toestemming loopt, de prijscompensatieregeling nog van kracht is en nagekomen dient te worden. De vordering tot uitbetaling van de prijscompensatie wordt toegewezen.

Rechtbank Rotterdam 4-11-1994[21]
Bij de ombouw van een gratificatieregeling naar een feestdagenregeling, krachtens welke jaarlijks 500 gulden belastingvrij aan werknemers toegekend wordt,is aan de OR uitdrukkelijk toegezegd dat deze regeling alleen na verkregen instemming van de ondernemingsraad gewijzigd zou worden.

De ondernemer weigert op een bepaald moment de feestdagenvergoeding uit te betalen, omdat hij wegens de slechte bedrijfseconomische omstandigheden met de vakorganisaties een reorganisatieplan overeengekomen is,dat onder andere behelst dat met het oog op de financiering overgegaan wordt tot opschorting van de feestdagenregeling. De OR voert aan dat dit alleen na verkregen instemming mogelijk is en dat de ondernemer gehouden is de regeling na te leven zolang de OR zijn instemming niet gegeven heeft. Hierover zijn over en weer een aantal procedures gevoerd. Nadat de kantonrechter de OR in zijn vordering tot naleving van de feestdagenregeling niet ontvankelijk verklaard had omdat het een geschil buiten art. 36 lid 2 WOR betrof, heeft de OR bij de Rechtbank te Rotterdam een verklaring voor recht gevorderd dat de ondernemer gehouden is de feestdagenregeling na te leven. Verder is gevraagd de ondernemer te veroordelen om de vergoedingen alsnog uit te betalen. De Rechtbank overweegt, met verwijzing naar de bepalingen in boek 2 BW, dat de OR zich in principe op de bescherming van de redelijkheid en billijkheid kan beroepen. Het gaat hier echter niet om een vordering tot vernietiging van een door EBS genomen besluit, maar om een verklaring voor recht en een veroordeling tot nakoming van de feestdagenregeling. Dit valt buiten het kader van artikel 2: 15 BW dat op vernietiging van reeds genomen besluiten betrekking heeft. Ook een vordering tot nakoming op basis van het overeenkomstenrecht is niet aan de orde, omdat de wet spreekt over een verplichting tot nakoming 'jegens de ander' (artikel 3: 296 BW). De OR vordert hier niet een nakoming van de verplichting jegens hemzelf, maar jegens de werknemers.

Desalniettemin is de Rechtbank van oordeel dat de OR in het gelijk gesteld moet worden. Nu de OR op grond van art 2: 8 BW persona standa in iure is ingeval vernietiging van een besluit op grond van art. 2: 15 lid 1 sub b BW wordt gevorderd, acht de Rechtbank hem naar analogie van deze artikelen ontvankelijk in zijn vordering(en) die gebaseerd is(zijn) op onrechtmatig handelen van de ondernemer jegens de OR. De ondernemer is veroordeeld tot naleving van de feestdagenregeling.

---

21 T.a.p. 14.

Uit deze voorbeelden blijkt dat in de rechtspraak een neiging bestaat om de ondernemingsraad ontvankelijk te verklaren bij vorderingen tot naleving van afspraken ook als deze betrekking hebben op arbeidsvoorwaarden. Een duidelijke grens waar de rol van de OR ophoudt en waar alleen nog de betrokken werknemer(s) de naleving kan (kunnen) vorderen is in de rechtspraak nog niet getrokken.

Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de positie van de vakorganisaties die op basis van de Wet CAO wel voor zichzelf schadevergoeding kunnen vorderen als afspraken niet worden nageleefd, maar niet in plaats van individuele leden (tenzij als expliciet gemachtigde) naleving te hunnen opzichte kunnen vorderen.

4 De ondernemingsovereenkomst

De ondernemingsovereenkomst behoeft in ieder geval aparte regelgeving. Die regelgeving zou heel wel kunnen worden opgenomen in de WOR, bijvoorbeeld door een nieuw lid toe te voegen aan artikel 32 WOR. Dat artikel regelt thans de uitbreiding van bevoegdheden van de ondernemingsraad bij besluit van de ondernemer of bij CAO. Denkbaar is dat in een nieuw lid wordt aangegeven dat de OR bij wet de bevoegdheid toebedeeld krijgt tot het sluiten van ondernemingsovereenkomsten over arbeidsvoorwaarden. Van weerstand van de kant van werkgevers/ondernemers behoeft geen sprake te zijn. Ook niet als op deze wijze expliciet wordt bepaald dat de OR bevoegd wordt om ondernemingsovereenkomsten af te sluiten. Overeenkomsten zijn en blijven nu eenmaal afspraken waaraan op zijn minst twee partijen zich moeten willen binden. Het geven van een dergelijke bevoegdheid aan de OR, zegt nog niet dat deze ook het recht heeft om een ondernemingsovereenkomst af te dwingen tegen de wil van de ondernemer en evenmin dat ondernemers verplicht zijn een dergelijke overeenkomst af te sluiten.

Bij het tot stand komen van regelgeving met betrekking tot de ondernemingsovereenkomst zou met een schuin oog gekeken kunnen worden naar hetgeen het Duitse recht nu reeds regelt. Daarnaast zou in ieder geval aandacht moeten worden geschonken aan formele vereisten die gelden voor een ondernemingsovereenkomst, zoals schriftelijkheid, ondertekening door beide partijen en bekendmaking van de (nieuwe) afspraken in de onderneming aan de werknemers die de effecten in hun individuele arbeidsrelatie zullen ondervinden. Behalve dergelijke geldigheidsvereisten zal de wet ook een regeling moeten bevatten voor de looptijd van de afspraak en de mogelijkheid van opzegging. Indien gekozen zou worden voor directe doorwerking van de ondernemingsovereenkomst naar de individuele werknemer, zou ook een zorgvuldige informatieprocedure van het personeel moeten worden voorgeschreven, naast een regeling van de verhouding van dit type regeling en andere vormen van collectieve arbeidsvoorwaardenregelingen (CAO's en personeelsgidsen met name). Bij de regeling van de ondernemingsovereenkomst in de Nederlandse wetgeving zal ook de naleving apart aandacht behoeven. Er doen zich grofweg twee mogelijkheden voor.

4.1 Naleving ondernemingsovereenkomst via de WOR

Indien de bevoegdheid tot het sluiten van ondernemingsovereenkomsten voornamelijk of uitsluitend geregeld wordt in de WOR, zal artikel 36 WOR (de algemene geschillenregeling) mogelijkerwijs aangepast moeten worden. Als de mogelijkheid tot het aangaan van een overeenkomst in artikel 32 of elders in de WOR geregeld wordt, is aanpassing van artikel 36, lid 2 WOR strikt genomen niet nodig, omdat een verzoek aan de kantonrechter al hetgeen 'bij of krachtens deze wet is bepaald' kan betreffen.

Aanpassing van artikel 36, lid 2 WOR lijkt desondanks op haar plaats, teneinde ondubbelzinnig te doen blijken dat de naleving van de overeenkomst onder de werkingssfeer van de algemene geschillenregeling valt. Als ervoor gekozen wordt om aan artikel 36, lid 2 WOR toe te voegen 'of aan afspraken die tussen OR en ondernemer zijn gemaakt', is duidelijk dat de naleving van de ondernemingsovereenkomst onder de werkingssfeer van de algemene geschillenregeling komt te vallen. Tegelijkertijd echter wordt dan ook de naleving van andere afspraken, convenanten of pseudo-convenanten onder de algemene geschillenregeling geplaatst. Doelstelling van de komende wetswijziging zou moeten zijn dat zoveel mogelijk geschillen die zich voor kunnen doen tussen ondernemer en ondernemingsraad onder de werkingssfeer van de algemene geschillenregeling vallen. Dit sluit ook aan bij de vereenvoudigingsgedachte die ten grondslag lag aan de wijziging van de WOR in 1990.[22]

De vraag is wel om welke soort van naleving het dan gaat. Immers, indien een ondernemer in zijn hoedanigheid van werkgever bepaalde afspraken uit een ondernemingsovereenkomst niet nakomt en de ondernemingsraad zou op grond van de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR naleving vorderen, kan dat-als het om concrete vorderingen gaat- slechts betrekking hebben op min of meer collectieve arbeidsvoorwaarden. Daaronder kunnen vallen het verlenen van faciliteiten aan leden van medezeggenschapsorganen of vakbonden om bijvoorbeeld te vergaderen tijdens werktijd. Maar ook een vordering tot nakoming van de afspraak dat 5 mei een vrije dag zal zijn behoort dan tot de mogelijkheden. De meer individueel bepaalde arbeidsvoorwaarden, zoals een verkeerd of niet tijdig uitbetaald loon of het verkeerd of te weinig berekenen van overuren of vakantiedagen, lenen zich niet voor dit type vorderingsrecht. Daarnaast behoort natuurlijk wel tot de mogelijkheden dat de OR een verklaring voor recht vraagt dat de afspraken ten opzichte van de verschillende individuele werknemers dienen te worden nagekomen. De vraag daarbij zal echter blijven of uiteindelijk wel uitdrukkelijk en specifiek bedoeld is individuele werknemers de rechten toe te delen die zij op grond van de ondernemingsovereenkomst menen te hebben.

Een heel apart probleem bij de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR is nog de thans verplicht gestelde voorafgaande bemiddeling en advisering door bedrijfscommissies. Veel van de op grond van artikel 36 WOR ingestelde bedrijfscommissies blijken in de praktijk slecht bereikbaar en slecht geoutilleerd en functioneren,waarschijnlijk mede als gevolg daarvan, slecht. Er is onderzoek gedaan naar

22 Vereenvoudiging WOR bij wet 1-2-1990, Stb 91, in werking getreden op 1-4-1990.

de ervaringen met het functioneren van bedrijfscommissies.[23] Wij zouden willen voorstellen om de verplichte bemiddeling van de bedrijfscommissies, zoals die thans is voorgeschreven bij de algemene geschillenregeling, af te schaffen en daarvoor in de plaats een vrijwillige bemiddeling in de wet op te nemen. Te vaak voegt een behandeling van een geschil door de bedrijfscommissie niets toe, maar betekent het alleen maar verlies van tijd. Dit kan komen omdat partijen niet openstaan voor bemiddeling. Dit speelt bijvoorbeeld vaak bij een meningsverschil over de vraag of een ondernemingsraad over een bepaald besluit al dan niet het advies- of instemmingsrecht heeft. Het kan ook zijn dat de bedrijfscommissie vanwege de paritaire samenstelling verdeeld adviseert; of er kan sprake zijn van een slecht of niet functionerende bedrijfscommissie, die niet in staat is de taken als geschillenbeslechter op een behoorlijke manier te vervullen. Zeker indien in de WOR de naleving van afspraken onder de algemene geschillenregeling geplaatst wordt, is dit reden temeer om de gang naar de bedrijfscommissie facultatief te maken.

Verder zou het aantal bedrijfscommissies drastisch terug gebracht moeten worden, zodat er een aantal grote, goed uitgeruste en goed functionerende bedrijfscommissies ontstaan. Indien een dergelijke aanpassing van de WOR niet overwogen of gerealiseerd wordt voordat de ondernemingsovereenkomst op grond van de WOR tot de mogelijkheden gaat behoren, lijkt het voor de hand te liggen om de verplichte bemiddeling voor wat betreft de naleving van de ondernemingsovereenkomst toch van toepassing te verklaren. Eenheid van procedures en duidelijkheid over de te bewandelen juridische weg zijn dan een groter goed dan het opheffen van de frustratie die niet goed functionerende bedrijfscommissies met zich meebrengt.

Wordt voor wat betreft de nalevingsactie voor de ondernemingsraad inderdaad aansluiting gezocht bij de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR, dan zullen de procedures terechtkomen bij de kantonrechter, die thans in de WOR ook voor andere geschillen de aangewezen rechter is. Gezien de aard van de onderwerpen die waarschijnlijk in een ondernemingsovereenkomst geregeld zullen worden, lijkt dat een voor de hand liggende keuze. Van algemene regels van verbintenissenrecht wordt de kantonrechter geacht al verstand te hebben en arbeidsvoorwaarden zullen hem inhoudelijk niet vreemd voorkomen, gezien zijn bemoeienis met arbeidsovereenkomsten, collectieve arbeidsovereenkomsten en algemeen- verbindendverklaarde bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten.

4.2 Naleving ondernemingsovereenkomst via Boek 2 BW

Zonder al te veel aanpassing van verschillende wetten kan ook overwogen worden om de naleving van ondernemingsovereenkomsten te realiseren op grond van de regels van Boek 2 BW. De bevoegdheid tot het afsluiten van ondernemingsovereenkomsten en de aard en status daarvan zouden dan elders geregeld moeten worden, bijvoorbeeld in de WOR en mogelijk aanvullend in het BW voor wat betreft de doorwerking in de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers. Op

23 J.C.M. van Horne, Bedrijfscommissies in kaart, Sinzheimer Cahier 7, SDU Den Haag, 1993.

grond van artikel 2: 8 BW zou dan de naleving kunnen worden gevorderd, omdat OR en ondernemer (in die functie sloot hij immers de ondernemingsovereenkomst) beide zijn aan te merken als '... degene die krachtens wet en statuten bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken zijn ...'.

Dan dient in Boek 2 wel explicieter geregeld te worden dat niet alleen vernietiging van besluiten tot de mogelijkheden behoort, maar ook de mogelijkheid tot het vorderen van naleving van hetgeen overeengekomen is, tenzij de redelijkheid en billijkheid zich tegen een dergelijke vordering verzetten.

Het voordeel van deze oplossing is dat de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR niet gewijzigd behoeft te worden. De bovengenoemde nadelen met betrekking tot de vordering tot naleving in het algemeen blijven bestaan. Een bijkomend nadeel zou kunnen zijn dat een dergelijke procedure zich moet afspelen bij de arrondissementsrechtbank,die niet in alle opzichten als de in arbeidsrecht en arbeidsvoorwaarden gespecialiseerde rechter kan worden beschouwd. Daarom gaat onze voorkeur er naar uit om de naleving van de ondernemingsovereenkomst in de WOR te regelen.

4.3 Vordering tot naleving door individuele werknemer

Indien aangenomen wordt dat de ondernemingsovereenkomst zoals hier bedoeld betrekking heeft op arbeidsvoorwaarden, danwel naast andere zaken ook in ieder geval arbeidsvoorwaarden bevat, komt natuurlijk ook de naleving op vordering van de individuele door de ondernemingsovereenkomst gebonden werknemer aan de orde. Het vorderen van naleving door een individuele werknemer lijkt niet op problemen te stuiten en lijkt zelfs geen enkele nadere wetgeving te vereisen. Het gaat dan immers om vorderingen die een arbeidsovereenkomst betreffen,zodat de kantonrechter bevoegd is.[24] Uiteraard zullen de status en de rechtsgevolgen van de ondernemingsovereenkomst zelf wel nadere regelgeving behoeven, zeker als het de bedoeling is dat de inhoud van de ondernemingsovereenkomst doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomsten.

5 Gelijkstelling ondernemingsovereenkomst en CAO?

In veel bedrijfstakken en ondernemingen worden thans de arbeidsvoorwaarden afgesproken tussen de vakbonden en de werkgevers. Waar vakbonden een positie hebben, lijkt hun betrokkenheid te verkiezen boven die van een ondernemingsraad bij het regelen van arbeidsvoorwaarden, zeker de primaire. Vakorganisaties zijn onafhankelijk van de werkgevers en werkgeversorganisaties, hun onderhandelaars zijn niet loonafhankelijk van de werkgevers en bij een eventueel geschil heeft de vakbond met inbegrip van de daarbij behorende stakingskassen het middel van collectieve actie,terwijl de ondernemingsraad dat middel veel minder tot zijn methoden kan rekenen en de daarbij behorende kassen al helemaal ontbreken. Waar een CAO gebruikelijk is of tot stand kan komen, zou de CAO dus alleen al om deze redenen

24 Art. 39 R.O.

voorrang moeten hebben. Daarnaast is natuurlijk ook nog van belang het wettelijke stelsel van de Wet-CAO en de Wet-AVV die ook op andere zaken zien dan het totstandbrengen van (primaire) arbeidsvoorwaarden voor werknemers, zoals regulering van de (arbeids)markt, het tegengaan van onjuiste concurrentie en het afremmen van een onnodige overgang van (groepen) personeelsleden van de ene naar de andere onderneming. Waar een CAO niet tot stand komt, zou de ondernemingsovereenkomst af te sluiten door de ondernemingsraad en de ondernemer een goede vervanging van de CAO kunnen zijn.

Het blijft de vraag, welke keuze gemaakt moet worden in situaties waarin doorgaans wel een CAO tot stand komt, maar voor enige periode geen overeenstemming wordt bereikt, zodat een CAO-loos tijdperk intreedt, zoals zich enige tijd geleden in de banksector voorgedaan heeft.

Is het dan zo, dat de positie van de vakbonden voorgoed weg is als in die periode een ondernemingsovereenkomst tot stand komt, of is met een formulering als 'in geval een CAO is afgesloten of doorgaans wordt afgesloten' de situatie zodanig te regelen, dat na een CAO-loos tijdperk de vakorganisaties wederom aan tafel kunnen gaan zitten?

Een ander probleem zou kunnen ontstaan in die situaties waarin de ondernemingsraad en de ondernemer een ondernemingsovereenkomst wensen af te sluiten, maar inhoudelijk niet tot een resultaat kunnen komen. Indien zich dit voordoet in een situatie waar ook geen CAO is of zal worden afgesloten, kan dat resulteren in een periode waarin totaal geen collectieve arbeidsvoorwaarden tot stand komen. Het afdwingen van een bepaald resultaat met behulp van collectieve actie en stakingskas zal immers voor een ondernemingsraad niet vaak tot de reële mogelijkheden behoren.

Een apart gevaar zou nog op de loer kunnen liggen in het instituut van de zogenoemde 'gele bonden'. Dit zijn werknemersverenigingen die niet onafhankelijk zijn van de werkgever/ondernemer doch geheel of gedeeltelijk onder diens invloed staan en die slechts leden tellen onder de werknemers van de betreffende onderneming. Indien er immers sprake is van een situatie waarin de ondernemingsraad en de ondernemer het eens zouden moeten worden over een ondernemingsovereenkomst zonder dat inhoudelijk resultaat tot stand komt, zou een (inderhaast opgerichte) gele bedrijfsbond de ondernemingsraad links of rechts kunnen passeren en alsnog tot een resultaat kunnen komen over een pakket arbeidsvoorwaarden, dat dan onder bepaalde omstandigheden[25] zelfs een CAO zou kunnen zijn.

Het maatwerk per onderneming waar steeds meer vraag naar is, zou overigens gediend kunnen zijn met een combinatie van een CAO en een ondernemingsovereenkomst. Een ruime raam-, etage- of cafetaria-CAO afgesloten met de vakorganisaties en, voorzover het een branche-CAO betreft, algemeen verbindend verklaard kan dan een mooie uitgangspositie zijn voor de ondernemingsraad en de ondernemer om

25 Zie artikel 2 Wet cao.

aanvullend via een ondernemingsovereenkomst het maatwerk voor de betreffende onderneming tot stand te brengen.

Al dan niet met een aanvullend karakter, de ondernemingsovereenkomst zal niet dezelfde status hebben als een CAO. Per definitie zal er sprake zijn van een overeenkomst voor 'slechts' een onderneming en dus zal algemeen-verbindendverklaring van bepalingen nooit aan de orde (kunnen) zijn. In al die sectoren waar in de regel bedrijfstak-CAO's worden afgesloten is dat ook een groot goed. Dergelijke CAO's regelen immers vaak zaken die bedrijfstakbreed wel, maar anders niet te regelen en/of te financieren zijn. Te denken valt aan VUT-fondsen, gezamenlijk onderzoek, opleidings- en andere fondsen, bijzondere nalevingsbepalingen[26] en specifieke geschillenbeslechting. Ook vele andere zogeheten diagonale en obligatoire bepalingen[27] zijn anders dan bedrijfstakbreed niet denkbaar. Een ondernemingsovereenkomst zou zich voor gelijkstelling met een ondernemings-CAO gemakkelijker lenen. Een belangrijk verschil is de partij aan werknemerszijde. Een CAO wordt immers afgesloten met een vakbond; een ondernemingsovereenkomst met de OR.

Waar in de regel een CAO voor de onderneming tot stand komt, zou dat ook uitgangspunt moeten blijven. Niet alleen staat de vakbond (loon)onafhankelijker ten opzichte van de ondernemer/werkgever,maar er zijn ook andere voordelen aan deze methode verbonden. Zo zal een (landelijke) vakbond bij de afspraken met de onderneming de specifieke situaties, ontwikkelingen en omstandigheden van de sector beter kunnen betrekken. Vaak ook kan de vakbond de specifieke situatie in andere ondernemingen inschatten, waardoor soms zelfs 'onderneming-overschrijdende' oplossingen kunnen worden voorgesteld, zoals bijv. in de Rotterdamse en Amsterdamse haven regelmatig gebeurd is.

Ook uit democratisch oogpunt heeft de vakbond een streepje voor. Vakbonden zijn immers verenigingen en raadplegen hun leden nadat een onderhandelings-resultaat is bereikt, alvorens de CAO ook daadwerkelijk te sluiten. Uiteraard kan een OR ook zijn achterban raadplegen, maar een verplichting daartoe bestaat op grond van de huidige WOR (nog) niet. Sterker nog, op grond van de huidige WOR zitten OR-leden gedurende de zittingsperiode 'zonder last of ruggespraak' en zijn ze ook niet 'terug te roepen'.

6 Conclusies

De afspraak, de overeenkomst en het convenant tussen de ondernemingsraad en de ondernemer zullen in onze visie moeten blijven bestaan. De initiërende en onderhandelende ondernemingsraad is nu eenmaal een feit en in de praktijk lijken

26 Bv. artt. 3 en 4 CAO voor het Beroepsgoederenvervoer 1995, waarin werkgevers de verplichting krijgen om schriftelijk aan te tonen dat zij de cao naleven als de werknemersorganisatie daarom verzoekt.

27 Obligatoire bepalingen zijn bepalingen die rechten en verplichtingen tussen cao-partijen onderling vastleggen; diagonale bepalingen zijn bepalingen die verplichtingen leggen op leden van cao-partijen tegenover de andere cao-partij(en).

het werken met dergelijke organen en het maken van afspraken tot tevredenheid te leiden. Om het systeem werkbaar, duidelijk en sluitend te maken is wel hier en daar een wetsaanpassing vereist. In de eerste plaats zal, om onduidelijkheid over en naast elkaar bestaan van procedures tegen te gaan, zoveel mogelijk via de WOR geregeld moeten worden. Dat betekent dat in ieder geval een aanpassing van artikel 36, lid 2 WOR op haar plaats is, zodat ook op basis van de algemene geschillenregeling van de WOR in rechte naleving kan worden gevorderd van niet bij of krachtens de wet bepaalde arrangementen,neergelegd in een schriftelijke afspraak of convenant tussen de ondernemer en de OR.

Indien de afspraken tussen de ondernemer en de ondernemingsraad gaan vallen onder de WOR, is er eens te meer reden om naar de rol van de bedrijfscommissies te kijken. Wij zijn er voorstander van om de gang naar de bedrijfscommissies facultatief te maken en bedrijfscommissies samen te voegen tot grotere bedrijfscommissies. Enerzijds om onnodig oponthoud te voorkomen en anderzijds om zodanige condities te creëren dat de bedrijfscommissies ook in staat zijn om op een behoorlijke wijze invulling te geven aan haar wettelijke taak.

Een andere mogelijkheid is om de naleving van de afspraken tussen de ondernemer en de ondernemingsraad in Boek 2 BW te regelen. Ook dan zijn enige beperkte aanpassingen van de wet vereist. Onze voorkeur gaat daar niet naar uit. Alle geschillen tussen ondernemer en OR dienen zoveel mogelijk via de normale WOR-systematiek tot een oplossing te komen. Dit sluit ook aan bij de doelstelling van de wijziging van de WOR in 1990, die gericht was op vereenvoudiging van procedures.

Daarnaast is, zij het dat het in het kader van deze bijdrage een zijspoor is, ook een aanpassing van artikel 35 WOR op haar plaats. Daarin wordt geregeld welke artikelen van de WOR ook op centrale ondernemingsraden en groepsondernemingsraden van toepassing zijn. Bij de herziening van 1990 is 'vergeten' ook artikel 32 WOR, dat aangeeft hoe uitbreiding van bevoegdheden kan plaatsvinden, op te nemen in de opsomming van artikel 35. In de praktijk levert dat tot nu toe gelukkig weinig problemen op. Naar de letter gelezen kunnen bevoegdheden op grond van de WOR voor een centrale of groepsondernemingsraad dus niet worden uitgebreid. Een uitbreiding in die zin dat dat voortaan wel zal kunnen, past geheel in de lijn.

Als in de toekomst gebruik wordt dat een ondernemingsovereenkomst direct doorwerkt in de arbeidsovereenkomst van individuele werknemers, zouden daaraan wezenlijke vormvereisten gesteld moeten worden, die voor bovengenoemde afspraken, convenanten en overeenkomsten als zodanig wellicht niet strikt nodig zouden zijn.

Een dergelijke overeenkomst vraagt in ieder geval om de schriftelijke vorm;om ondertekening door zowel de ondernemer als de OR; om bepalingen omtrent bekendmaking in de onderneming; om een verplichte bepaling over de duur van het hele contract danwel per onderdeel en om een verplichte bepaling over de wijze van opzegging door beide of een van beide partijen. Daarnaast zou ook de verplichting moeten worden opgenomen dat de ondernemer, maar dan in zijn rol van werkgever,

in de individuele arbeidsovereenkomst melding maakt van ondernemingsovereenkomsten en de mogelijkheid van wijziging daarvan, alsmede van de doorwerking van dergelijke (wijzigings-)afspraken ten opzichte van de individuele werknemer. Ook zou verplicht moeten worden gesteld dat de overeenkomst een bepaling bevat waarin de verhouding geregeld is tussen de eventueel toepasselijke ondernemings- of branche-CAO en de ondernemingsovereenkomst, met een verplicht primaat voor de CAO.

De klapstoelwerknemer tussen business-unit en Europese Ondernemingsraad

H.J. DE BIJLL NACHENIUS

1 Veranderingen allerwegen

Voor veel werknemers is de omgeving waarin zij werken sterk in beweging. Het vertrouwde beeld van de onderneming als 'elke in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredende organisatie waarin krachtens arbeidsovereenkomst (...) arbeid wordt verricht',[1] is in veel gevallen steeds moeilijker herkenbaar. Dit op zichzelf heldere ondernemingsbeeld wordt steeds waziger. Daar zijn vele, uiteenlopende redenen voor.

Veel ondernemingen maken deel uit van een groter, vaak internationaal georganiseerd geheel. Als tegenhanger van deze ontwikkeling zien we de 'business unit' ontstaan. Daarbij wordt gepoogd de nadelige effecten van de complexiteit weer ongedaan te maken door herkenbare eenheden te creëren die voor hun eigen gang van zaken verantwoordelijk zijn. Vaak zal een business unit een 'onderneming' lijken. Duikt men echter eens goed in de bevoegdheden van de leiding van de business unit, dan blijkt dat in vele gevallen toch geen sprake is van een 'zelfstandige eenheid'. Werkelijk belangrijke beslissingen blijven voorbehouden aan de leiding van de onderneming, het komt maar zelden voor dat de leiding van de business unit zich kan opstellen als de directie van een dochteronderneming, dat wil zeggen dat zij wel de richtlijnen van de moederonderneming in acht moet nemen, maar zelf aansprakelijk is voor haar beslissingen.

Bij produktiebedrijven zien we als gevolg van de open grenzen fabrieken die voor een groot gebied dat zich over verschillende landen uitstrekt, produceren. Vaak hebben zij in deze landen zustermaatschappijen die als afnemers (= klanten) fungeren. Ook hier wordt - in organisatorische zin - steeds grotere verwevenheid van

1 Wet op de ondernemingsraden, artikel 1, eerste lid, onder c.

ondernemingen zichtbaar. Ook op andere wijze raken ondernemingsorganisaties sterker met elkaar verbonden. In de industrie stemmen produktiebedrijven de produktie op elkaar af. Half-fabrikaten worden volgens een strak tijdschema afgeleverd, het ISO-certificaat staat er borg voor dat deze produkten volgens strikt opgestelde en gehandhaafde voorschriften geproduceerd worden. De klant vaart hierop dicht en zonder 'ingangscontrole' worden de geleverde produkten in het produktieproces van de klant gebruikt. Dit vereist nauwe contacten ten aanzien van planning en zeer harde afspraken over kwaliteit. De leiding van de onderneming functioneert dus - afgezien van de markt - in een gecompliceerd krachtenveld.

Een geheel andere factor die de kijk op de 'onderneming' en de mensen die daarin werkzaam zijn beïnvloedt, is het feit dat steeds vaker derden feitelijk deel uitmaken van de organisatie van de onderneming. In een moderne onderneming worden veel taken uitbesteed aan professionele organisaties. Daarbij kunnen wij denken aan bewaking, bedrijfsgezondheidszorg, veiligheid (ARBO-diensten!), reparatie en onderhoud van gespecialiseerde apparatuur, information technology,[2] interne post, etc. Er komen steeds meer gespecialiseerde bedrijven die dergelijke diensten aanbieden. Gebruik maken van deze bedrijven biedt het voordeel dat de onderneming gebruik kan maken van de diensten van ondernemingen die op hun terrein in de ere-divisie spelen, terwijl de eigen onderneming daarin nooit verder zal komen dan de eerste-klasse amateurs. Bovendien kan de organisatie van de onderneming op deze wijze worden vereenvoudigd. De zorg voor die afdelingen die niet tot de eigenlijke ondernemingsorganisatie behoren wordt aan anderen overgelaten. Daarbij rijst onmiddellijk de vraag of deze dan - op termijn - niet vervangen wordt door een andere complexiteit in de bedrijfsvoering, namelijk die van het zo goed mogelijk 'inkopen' van diensten.

Deze ontwikkeling leidt er wel toe dat in een onderneming betrekkelijk veel mensen rondlopen die wel deel uitmaken van de organisatie, maar die geen arbeidsovereenkomst met de ondernemer hebben. De onderneming waarbij zij in dienst zijn, levert diensten, hun werkzame leven slijten zij voor een belangrijk deel binnen de muren van andere ondernemingen, waarmee zij in een aantal gevallen een nauwe - niet alleen functionele - band onderhouden. Voor de automatiseringsbranche wordt deze ontwikkeling uitgebreid besproken in het artikel in Sociaal Recht van Van Schelden en Paap.[3] Het wel en wee van de onderneming waar zij werken kan voor hen belangrijker worden dan het wel en wee van de onderneming waarbij zij in dienst zijn. Als antwoord op deze ontwikkeling heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid besloten in het komende wetsontwerp tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden een bepaling op te nemen waarbij werknemers die voor langere tijd gedetacheerd zijn, zowel bij de uitleende onderneming als bij de inlenende onderneming kiesrecht voor de ondernemingsraad krijgen.[4]

---

2 P.C van Schelven en M.C. Paap, Detachering in de automatiseringsbranche, Sociaal Recht, 1995, 10e jaargang, nummer 9, p. 250 e.v.

3 Zie noot 2.

4 Het Financieële Dagblad van zaterdag 21 oktober 1995.

We zien dus dat het beeld van de 'onderneming' minder duidelijk wordt. Tegelijkertijd wordt het moeilijker het verantwoordelijk management en daarmee de aansprakelijke 'ondernemer'[5] te herkennen. Ook treden veranderingen op in de kring van mensen die in de onderneming werkzaam zijn. Dit roept de vraag op of de uitgangspunten (zoals het begrip 'onderneming') die aan de huidige medezeggenschapsregelingen ten grondslag liggen, wellicht gewijzigd zouden moeten worden.

2 De klapstoelwerknemer, zien wij hem zitten?

Voorzover ik kan nagaan is de term 'klapstoelwerknemer' voor het eerst gelanceerd in NRC-Handelsblad van 22 februari 1995. In een artikel over de nieuwe arbeidstijdenwet wordt beleidsmedewerker van de Industriebond FNV K. Korevaar aangehaald die 'een nieuw soort werknemer' introduceert: de flexwerker. Deze werknemers worden - aldus Korevaar ingezet als klapstoeltjes die worden bijgezet als het nodig is.[6] Daarna duikt het begrip 'klapstoelwerknemer', zij het in iets andere zin, op in de Volkskrant van 27 maart 1995.[7] In een uitvoerig interview geeft R. de Leij, directeur arbeidszaken bij AKZO-NOBEL-Nederland zijn visie op de ontwikkeling van de werkgelegenheid. De Leij houdt in dat interview een pleidooi voor wendbaarheid van werknemers. Zij moeten zo goed opgeleid zijn en zodanig breed inzetbaar, dat zij als de werkgelegenheid bij de werkgever vervalt, zonder al te veel problemen een andere functie kunnen vinden. In de praktijk zien we nu reeds werknemers die meer gehecht zijn aan hun vak dan aan hun werkgever. Daar staat tegenover dat werkgevers in moderne arbeidsorganisaties een steeds grotere betrokkenheid van hun werknemers vragen. Zo vereist het invoeren van kwaliteitsprogramma's naast de nodige kennis en ervaring ook een grote betrokkenheid bij de gang van zaken in de onderneming.

Toch zal de werkgever deze betrokkenheid niet kunnen honoreren met een garantie van werk over een langere periode. De - betrekkelijke - zekerheid die de werkgever zijn werknemers kan bieden is gelegen in opleidingen en regelmatige functieverandering zodat de inzetbaarheid van de werknemer, ook in andere ondernemingen, zo goed mogelijk ontwikkeld en gehandhaafd wordt. Op deze wijze houdt de werknemer zijn waarde op de arbeidsmarkt in stand. Tot zover kan ik De Leij volgen. Waar hem echter in de mond gelegd wordt dat hij het liefst alle banen wil schrappen en alle werknemers in 'business partners' zou willen zien veranderen met wie de ondernemer al naar dat hen nodig heeft, een contract kan aangaan, gaat naar mijn mening een wezenlijk aspect van de arbeidsverhouding verloren.

De werknemers, ook de gedetacheerde werknemers, hebben er behoefte aan deel uit te maken van een grotere, professionele organisatie. Ik zie dus wel ondernemingen als 'business partners' ontstaan. Bij die werknemers van wie de werkzaamheden

---

5 Wet op de ondernemingsraden, artikel 1, eerste lid, onder d.

6 NRC-Handelsblad, woensdag 22 februari 1995, De werknemer wordt ingezet als klapstoeltje.

7 De Volkskrant van 27 maart 1995, Directeur chemieconcern sceptisch over extra banen aan vooravond van cao-akkoord.

al naar gelang de behoeften van de klanten ingezet worden, draagt hun werkgever zorg voor acquisitie en voor opleiding. Deze werkgever heeft er alle belang bij dat werknemers, die de 'dragers' van zijn produkt zijn, kwalitatief goed werk afleveren. Met andere woorden: de klapstoel is niet van de 'business partner', maar van de onderneming die haar werknemers hun werkzaamheden in andere ondernemingen laat verrichten. Deze werknemers vormen het kapitaal en de onderneming (hun werkgever) zal zich inspannen dat kapitaal zijn waarde te laten behouden. Dat zal met name door opleidingen geschieden. Maar ook uitzendbureaus spannen zich tegenwoordig in voor de opleiding van diegenen die zij in portefeuille hebben.

3 Wat zijn de arbeidsrechtelijke consequenties?

In een onderneming vallen vier categorieën werknemers te onderscheiden. In de eerste plaats de werknemers die een functie vervullen in dienst van de ondernemer. Deze categorie zal tot in lengte van jaren de kern uitmaken van de werknemers die in een onderneming werkzaam zijn. Zij vervullen de functies die voor het functioneren van de onderneming wezenlijk zijn en die niet aan specialisten van buiten kunnen worden overgelaten, de 'kernactiviteiten'. Dat dergelijke werknemers in belangrijke aantallen in de ondernemingen werkzaam zullen zijn, betekent niet dat zij daardoor een werkgelegenheidsgarantie van hun werkgever kunnen krijgen. De aard van de werkzaamheden die met de 'kernactiviteiten' samenhangen, verandert voortdurend. Daarmee verandert ook voortdurend de behoefte aan kennis en vaardigheden van de werknemers. Door goede opleidingen kan een werknemer voor een onderneming 'lang meegaan', maar het valt niet uit te sluiten, het is zelfs waarschijnlijk, dat op een bepaald moment voor de werknemer geen plaats meer is in de onderneming, omdat de ontwikkeling die de onderneming doormaakt en de ontwikkeling van de werknemer gaan divergeren. Veel werknemers zijn zichzelf in toenemende mate van deze ontwikkeling bewust en houden daarom hun eigen ontwikkelingen en hun kansen bij andere ondernemingen goed in de gaten.

Ondernemingen hebben behoefte aan werknemers die weldegelijk deel uitmaken van de organisatie van de onderneming, maar waarvan van te voren al vast staat dat hun activiteiten slechts voor een bepaalde tijd nodig zijn. Met deze werknemers wordt een contract voor bepaalde tijd gesloten. Al naar gelang de lengte van het dienstverband zal de werkgever ook bij deze werknemers zich inspannen hun kennis en vaardigheden op peil te houden.

Naast deze categorieën treffen we in de onderneming specialisten aan, die - al dan niet full time - wel tot de vaste bezetting gerekend kunnen worden. Zij zijn daar geplaatst door ondernemingen die - het is in de tweede paragraaf al genoemd - diensten verlenen. Deze specialisten zijn vaak zeer nauw betrokken bij het reilen en zeilen van de onderneming waar zij gedetacheerd zijn. Hierboven is reeds uitvoerig uiteengezet dat dergelijke detachering steeds meer toeneemt. De detachering mag zich dan ook in toenemende arbeidsrechtelijke belangstelling verheugen. Sociaal Recht wijdde

het gehele nummer van september 1995 aan detachering.[8] De Hoge Raad constateerde een lacune in de wetgeving, omdat gedetacheerde werknemers niet meetellen voor het bepalen van het aantal in de onderneming werkzame personen dat op grond van artikel 2 van de WOR vereist is voor het instellen van een ondernemingsraad.[9] De regering antwoordde hierop door aan te kondigen dat gedetacheerde werknemers in de toekomst ook stemrecht voor de ondernemingsraad zullen krijgen in de onderneming waarin zij feitelijk werkzaam zijn.[10] Dit zal recht doen aan de betrokkenheid van de gedetacheerden bij de onderneming waar zij gedetacheerd zijn, de vraag kan echter gesteld worden of aan hun deelnemen aan de activiteiten van de ondernemingsraad geen beperkingen gesteld moeten worden. Dit geldt met name wanneer het gaat om aangelegenheden die de relatie werkgever-werknemer betreffen. Waarom moet bijvoorbeeld een gedetacheerde werknemer via de ondernemingsraad betrokken worden bij het vaststellen, wijzigen of intrekken van een regeling op het gebied van de personeelsbeoordeling, terwijl de gedetacheerde werknemer nimmer met dat beoordelingsbeleid te maken zal hebben? Hij valt onder het beoordelingsbeleid van zijn werkgever dat met instemming van de - mede door hem gekozen - ondernemingsraad tot stand gekomen is. In Sociaal Recht hebben Sprengers en Zeijlstra een uitvoerige beschouwing gewijd aan de vraag hoe 'gedetacheerden' betrokken kunnen worden bij de ondernemingsraad van de onderneming waar zij feitelijk hun werkzaamheden uitoefenen.[11]

Ten slotte komen we de 'echte' uitzendkrachten tegen. Iedere onderneming wordt in meer of mindere mate geconfronteerd met een wisselende vraag naar haar produkten. Tot op zekere hoogte zal dan ook altijd een deel van het werknemersbestand bestaan uit inleenkrachten. Als na een periode van inzinking de conjunctuur weer aantrekt zal menig werkgever voorzichtigheidshalve niet direct overgaan tot het uitbreiden van zijn werknemersbestand, maar eerst de uitbreiding van de werkzaamheden opvangen met uitzendkrachten. Als de verbetering van de resultaten aanhoudt zal een belangrijk aantal in dienst kunnen treden bij de werkgever. Hierbij past een kanttekening. In deze gevallen zal de werkgever niet iedere willekeurige inleenkracht kunnen gebruiken. Zeker als het gaat om een geavanceerd produktieproces met de daarbij behorende kwaliteitsprocedures, zal ook de inleenkracht niet alleen goed geschoold, maar ook goed ingewerkt en geïnstrueerd moeten zijn. Hier is dus niet sprake van de 'klassieke' uitzendkracht die tijdelijk een open plaats komt innemen, maar veeleer van een vaste reserve waaruit een onderneming kan putten, zonder bij een terugloop in de vraag onmiddellijk uitgebreide ontslagprocedures te hoeven doorlopen en sociale plannen te hoeven opstellen. Of deze ontwikkeling zich blijft doorzetten hangt af van de

8 Sociaal Recht, Nederlands tijdschrift voor sociaal recht, september 1995, 10e jaargang, nummer 9.

9 HR 30 december 1994, JAR 1995, 18 (Stichting Weerwerk), HR 30 december 1994, JAR 1995, 19 (ERRI).

10 Zie noot 4.

11 M.L. Sprengers en W. Zeijlstra, Medezeggenschap tussen wal en schip, detachering en medezeggenschap van werknemers, Sociaal Recht, 1995, 10e jaargang, nummer 9, p. 254 e.v.

ontwikkeling op de arbeidsmarkt. Als de arbeidsmarkt aantrekt zal de werkgever degenen die als inleenkracht bij hem werken en in wie geïnvesteerd is, aan zich willen binden door hen een arbeidsovereenkomst aan te bieden.[12]

Van Houte heeft in Sociaal Recht een zeer bruikbare analyse van de verschillende detacheringsvormen gegeven.[13] Zij onderscheidt naast de zuivere detachering, dat wil zeggen de detachering waarbij toezicht en leiding bij de uitlener liggen, de onzuivere vormen die feitelijk voldoen aan alle criteria voor het ter beschikking stellen van arbeid. Daarnaast kent zij mengvormen van beide detacheringsvormen. Deze zijn steeds een noodzakelijk uitvloeisel van een kerntaak van de aanbieder.

De noodzaak werknemers anders in te zetten dan als werknemers in de klassieke zin, dat wil zeggen met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, doet zich overal gevoelen. De redenen daarvoor zijn uiteenlopend en variëren van het tijdelijk, maar wel op gezette tijden, de beschikking willen hebben over hoog gekwalificeerde medewerkers waarvoor de eigen onderneming 'te klein' is, tot het flexibel kunnen reageren op de vragen van de markt zonder onmiddellijk in de netten van het ontslagrecht verzeild te raken. Het zoeken naar uitwegen is daarbij naar mijn mening bevorderd door het steeds verder verbeteren van de rechtspositie van de 'klassieke' werknemer terwijl de andere vormen van arbeidsrelaties in hun ontwikkeling werden tegengehouden. Zo heeft het jaren geduurd voordat uitzendarbeid door de vakbeweging als respectabel beschouwd werd. Dit leidde tot restrictieve overheidsvoorschriften ten aanzien van het gebruik van uitzendkrachten en tot cao-bepalingen waarin uitzendarbeid - als in beginsel onwenselijk - aan beperkingen werd onderworpen. Vanuit de geschiedenis - de koppelbazen - is deze beduchtheid voor uitzendarbeid heel goed te verklaren. Het gevolg van de uitzendwerk onderdrukkende bepalingen en maatregelen is echter geweest dat zeer veel creativiteit is gestoken in het ontwikkelen van ontwijkingsconstructies. Lang voor de 'klapstoel' was de 'draaideur' al in zwang! Goed beschouwd is de ontwikkeling met betrekking tot (oneigenlijke) detachering de nieuwste ontwijkingsconstructie.

De vraag rijst of het niet nodig is om naast de rechtspositie van de 'klassieke' werknemer een bredere regeling van de rechtspositie van diegenen die in een lossere relatie tot hun werkgever/opdrachtgever staan, te ontwikkelen. Een begin van erkenning dat hier iets geregeld zou moeten worden, zien we in de voornemens van de regering met betrekking tot het kiesrecht van gedetacheerden voor de ondernemingsraad van de onderneming waar zij gedetacheerd zijn. Dit is echter nog maar een begin. Ook het voornemen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de maximale

---

12 Zo berichtte het ANP op 28 oktober 1995: 'Autoproducent NedCar in het Limburgse Born biedt de komende maanden aan 200 tijdelijk ingehuurde werkkrachten een vast contract aan. (....) NedCar heeft momenteel ongeveer 4300 werknemers in vast dienstverband. Daarnaast biedt het bedrijf werk aan een wisselend aantal uitzendkrachten. De onderneming wil de banden daarmee ook steviger aanhalen door hen een detacheringscontract aan te bieden.'

13 Y.A.E. van Houte, Detacheren en ter beschikking stellen; de wetgeving en de realiteit, Sociaal Recht, 1995, 10e jaargang, nummer 9, p. 246 e.v.

uitzendtermijn op te heffen, biedt kansen. Men hoeft zich daarbij niet meer te concentreren op het handhaven van regels en op de vraag hoe deze omzeild worden. Op basis van de wensen van de werknemers die in andere arbeidsrelaties werken, gedetacheerden en uitzendkrachten, hun opdrachtgevers en hun werkgevers (waartoe ik in dit geval ook de uitzendbureaus reken) kunnen regels ontwikkeld worden die recht doen aan de noodzakelijke rechtszekerheid en medezeggenschap van de betrokken werknemers enerzijds en de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt anderzijds. De vakverenigingen kunnen hierbij een belangrijke rol spelen. Als zij hun fixatie op de 'klassieke' arbeidsovereenkomst kunnen loslaten en in dit proces creatief mee kunnen denken, zou hier wel eens een belangrijk wervingsgebied voor de vakverenigingen opengelegd kunnen worden. Van Voorden vroeg zich in dit verband af 'Waar blijft de bond voor de flexo's?'. Een column onder deze titel eindigt hij met: 'De vakbeweging, traditioneel vertegenwoordiger van alle werknemers, wordt tot een keuze gedwongen. Of zij blijft de belangen behartigen van de werknemers die de ondernemer helpen bij het beheer van de onderneming, of zij kiest voor de flexwerkers. De achterban van de bestaande bonden vind je vooral onder de vaste werknemers, terwijl de flexwerkers de meeste behoefte aan steun hebben. Waar blijft de bond voor flexo's?'[14]

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft inmiddels aan de Stichting van de Arbeid gevraagd voor 1 maart 1996 advies uit te brengen over de kabinetsnota Flexibiliteit en Zekerheid.[15] In deze nota wordt een aantal concrete beleidsvoornemens aangekondigd. Naar mijn mening is een kernpunt bij deze beleidsvoornemens de herziening van de verdeling van het risico tussen werkgever en werknemer (in ruime zin, dus ook uitzendkrachten) voor het geval er geen werk is.

De collectieve arbeidsovereenkomst voor uitzendkrachten lijkt de aangewezen plaats om gestalte te geven aan deze ontwikkelingen. Het gaat hier om een grote cao (130.000 werknemers) waarin de branche tezamen met de betrokken vakverenigingen, het wettelijk kader dat de regering kennelijk ontwikkelen wil, verder kan invullen. Het is dan ook wenselijk dat de wetgever bij het totstandkomen van wetgeving een wijze zelfbeperking aan de dag legt en de neiging om deze arbeidsrelaties die in de praktijk en aan de hand van de wensen van de praktijk ontwikkeld zijn, nauwkeurig te regelen, weet te onderdrukken. Te ver doorgevoerde wettelijke regelingen leiden vroeger of later alleen maar tot nieuwe ontwijkingsconstructies.[16]

---

14 W. van Voorden, Waar blijft de bond voor flexo's?, Rotterdams Dagblad van 21 november 1995.

15 Tweede kamer, vergaderjaar 1995-1996, 25543, nr. 1.

16 H.J. de Bijll Nachenius, Is er toekomst in de medezeggenschap? opgenomen in: Ondernemingsrecht in internationaal perspectief: opstellen van bedrijfsjuristen ter gelegenheid van het 65-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen/[red. A.J.S.M. Tervoort ...et al.]-Deventer, 1995, pp. 28 en 29.

4 Biedt Europese wetgeving een toekomstperspectief?

Er zijn verschillende Europese ontwikkelingen die van belang (kunnen) zijn voor de werknemers. In het oog springt daarbij de Europese ondernemingsraad (EOR). Op 22 september 1994 nam de Raad van de Europese Unie de Richtlijn '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'[17] aan. In de voor ons liggende jaren zal een belangrijk aantal EORen worden ingesteld. In paragraaf 1 is al aangeduid dat veel ondernemingen deel uitmaken van een internationaal opererend geheel van ondernemingen. Veel van deze groepen zullen voldoen aan de definitie onderneming of concern met communautaire dimensie.[18] Op dit ogenblik is in buiten- en binnenland een aantal ondernemingen bezig onder het regime van artikel 13 van de Richtlijn[19] een Europese ondernemingsraad in te stellen. Anderen geven er de voorkeur aan af te wachten hoe de wetgeving ten aanzien van de EOR er uit zal zien. Iedere Lidstaat moet op basis van de Richtlijn een 'Wet op de Europese ondernemingsraad' tot stand brengen. De vraag is gerezen of daarbij tussen de verschillende landen nog belangrijke verschillen zullen ontstaan.

Als we nagaan welke verwachtingen we mogen hebben van het instellen van EORen moeten we bedenken dat de feitelijke moeilijkheden bij het instellen en het opstarten van EORen in brede kring onderschat worden. Een enkel voorbeeld, voor de 'dialogue meeting' die Unilever met gekozen werknemers uit alle landen van de EU (inclusief Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk) in november 1995 organiseerde om van gedachten te wisselen over de instelling van een EOR waren 15 tolk-vertalers nodig. Daardoor konden de deelnemers elkaar op de plenaire zitting op de hoogte brengen van elkaars standpunten. Het is duidelijk dat informeel onderling contact tussen de deelnemers voorzover zij elkaars taal niet spreken vrijwel onmogelijk is. Daarnaast speelt het feit dat de vertegenwoordigende medezeggenschap zoals die in Nederland in de Wet op de ondernemingsraden gestalte heeft gekregen, zich in ieder ander land anders ontwikkeld heeft. Voeg daaraan toe dat de onderwerpen die in de EOR aan de orde zullen komen, zeker in de grotere concerns, een groot 'ver van mijn bed gehalte' zullen hebben, dan is het duidelijk dat er geruime tijd overheen zal gaan voordat het effect van informatie en raadpleging van de EOR in de lokale medezeggenschap voelbaar zal zijn. Veel zal daarbij afhangen op welke wijze inhoud gegeven wordt aan de informatie van de werknemers. Die internationale bijeenkomsten

17 Richtlijn 94/95/EG, PB nr. I 254/64dd, 30 september 1994.

18 Richtlijn van de Raad van de Europese Unie van 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, artikel 2, lid, onder a en onder c.

19 Artikel 13 van de Richtlijn bepaalt dat de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet van toepassing zijn als in de onderneming of het concern op of voor de datum van tenuitvoerlegging van de Richtlijn (22 september 1996) reeds een voor alle werknemers geldende overeenkomst inzake grensoverschrijdende informatie en raadpleging van de werknemers van toepassing is.

van ondernemers met werknemers die op dit moment als 'EOR' worden aangemerkt,[20] geven op dit punt tot op heden geen inspirerend voorbeeld. Mij is nog geen voorbeeld bekend waarbij de onderneming of het concern of de EOR zelf, systematisch de werknemers informeert over de handelingen van de EOR.

Ligt het niet veeleer voor de hand te veronderstellen dat de contacten tussen ondernemingsraden van ondernemingen die organisatorisch nauwe banden onderhouden in intensiteit zullen toenemen? Daarbij hoeven we niet alleen te denken aan ondernemingsraden van ondernemingen die tot één concern of een groep binnen een concern behoren. Hierboven is reeds uiteengezet dat ondernemingen organisatorisch meer en meer verweven raken. Het ligt voor de hand dat de verplichting de ondernemingsraad advies te vragen inzake '.. het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming,...'[21] in de toekomst veel vaker toepassing zal vinden.

Met het wegvallen van de grenzen en het ontwikkelen van nauwere organisatorische verbindingen tussen ondernemingen in binnen- en buitenland zullen ondernemingsraden vaker ad hoc of gestructureerd met elkaar contacten onderhouden zodra zij gemeenschappelijke belangen identificeren. Vos liet zich in 1990 tijdens het ter ere van Albeda georganiseerde congres over 'The future of Industrial Relations in Europe' in dezelfde zin uit met betrekking tot de ontwikkeling van internationale contacten tussen vakverenigingen:[22] 'Within companies operating on a European scale, they (de vakverenigingen) will also come into contact with their opposite numbers from other member states. They won't be meeting to define positions and draft declarations like the trade union offices in Brussels - they'll be working together to solve concrete problems. Consciously or unconsciously, this process will be assisted by management. Management, too, will be seeking to establish common procedures and simplify channels of communication in order to reduce complexity of their organisations'.[23]

De komst van de EOR zal deze ontwikkeling niet bevorderen. Het instellen en laten functioneren van een EOR zal zeer veel aandacht en inspanning van management, werknemersvertegenwoordigers en vakverenigingen vragen. Te verwachten valt dat als gevolg daarvan de ontwikkeling van de meer voor de hand liggende bilaterale contacten minder aandacht zal krijgen. Het management zal bovendien een keuze maken voor de EOR òf voor andere vormen van grensoverschrijdende medezeggenschap. Het naast elkaar tot ontwikkeling brengen en managen van formele medezeggenschap in de EOR en van de meer organische ontwikkeling van

20 H.J.M.N. Honée, Overeenkomsten betreffende Communautaire Medezeggenschap, De Naamlooze Vennootschap 73/3 maart 1995, p. 47 e.v.

21 WOR artikel 25, eerste lid, onder b.

22 P. Vos, Trade unions and a social Europe, opgenomen in: The Future of Industrial relations in Europe, Proceedings of a conference in honour of prof. W. Albeda, The Hague 1990, p. 57 e.v.

23 T.a.p. p. 62.

medezeggenschap door contacten tussen ondernemingsraden zal in de praktijk ondoenlijk blijken en tot conflicten - ook tussen de verschillende medezeggenschapsorganen - leiden.

5 Gevolgtrekkingen

Het is duidelijk dat in de arbeidsverhoudingen verschuivingen optreden. De verwevenheid en complexiteit van ondernemings-organisaties neemt toe en de betekenis van de 'klassieke' arbeidsovereenkomst op basis van het BW neemt af. Tal van nieuwe vormen van arbeidsrelaties ontwikkelen zich. Het arbeidsrecht en met name het medezeggenschapsrecht zal daar antwoorden op moeten vinden.

Het formele medezeggenschapsrecht is in Nederland reeds sterk ontwikkeld.[24] Naar mijn mening biedt het huidig medezeggenschapsrecht een kader waarbinnen ondernemingsraden en management naar wegen kunnen zoeken om ook in andere organisatiestructuren medezeggenschap van werknemers tot zijn recht te laten komen. Dat neemt niet weg dat aanpassingen gewenst kunnen zijn. Daarbij moet met name gewezen worden op de voornemens van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om voor de toepassing van de WOR de rechtspositie van 'gedetacheerden' te regelen. Afgewacht moet worden of artikel 25, eerste lid, onder b, WOR, waarin de adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad bij het aangaan en verbreken van duurzame samenwerking geregeld is, voldoende ruimte biedt. Het effect van Europese wetgeving, met name inzake de EOR, op de ontwikkeling van de medezeggenschap in Nederland zal vooralsnog zeer beperkt zijn.

24 H.J. de Bijll Nachenius, Is er toekomst in de medezeggenschap? opgenomen in: Ondernemingsrecht in internationaal perspectief: opstellen van bedrijfsjuristen ter gelegenheid van het 65-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen/[red. A.J.S.M. Tervoort...et al.]-Deventer, 1995, p. 17 e.v.

Sociaal recht met een Europese opmaat?

A.PH.C.M. JASPERS

Wie de literatuur van de tweede helft van de jaren veertig en het begin van de jaren vijftig doorneemt, vindt niets over een Europese dimensie in de ontwikkeling van het na-oorlogse sociaal recht.[1] Sociaal beleid en de vormgeving daarvan in het sociaal recht was in die tijd vanzelfsprekend een puur nationale aangelegenheid. Daarmee wil niet gezegd zijn dat arbeidsrechtsgeleerden, die vijftig jaar geleden aan de wieg stonden van de Vereniging voor Arbeidsrecht niet verder keken dan de nationale horizon. In hun bijdragen aan de 'na-oorlogse vernieuwing' -ook van het arbeidsrecht- is hun blik ook over de grenzen heen gericht. In hun speurtocht naar een meer eigentijdse opvatting over inhoud, vorm, plaats en functie van het sociaal recht in de 'nieuwe samenleving' zoeken zij aansluiting bij de internationale discussie over dit onderwerp. Door de gebeurtenissen in de jaren dertig met hun verwoestende uitwerking op het sociale vlak gevolgd door de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog ontstond er internationaal -althans in de Westerse wereld mede in reactie op het dictatoriaal communistische Oosten- een drang naar een stevig fundament onder die 'nieuwe samenleving': erkenning van fundamentele rechten van de mens en sociale rechtvaardigheid, overigens zonder fundamentele wijziging van het fungerend economische stelsel: de vrije ondernemingsgewijze produktie. Saamhorigheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid waren de sleutelwoorden ook op het terrein van het sociale beleid en recht. Overheid en maatschappelijke organisaties zagen het als hun taak om daaraan vorm te geven, vooralsnog in het nationale kader.

---

1 Eerst eind vijftiger jaren wordt, met name in het kader van de opstelling van het Europees Sociaal Handvest van de Raad van Europa, enige aandacht besteed aan de Europese dimensie van nationaal sociaal beleid en recht; zie o.a. A.A. van Rhijn in SMA 1959, p. 194 e.v; J.L.H. Cluysenaer in SMA 1961, p. 235 e.v; F.J.H.M. van der Ven, Sociale grondrechten, Utrecht 1959. In 1958 had G.M. Verrijn Stuart aandacht geschonken aan 'Enkele sociale aspecten van de Europese Economische Gemeenschap, zie SMA 1958, p. 7 e.v.

Natuurlijk is de tijd niet blijven stil staan. In onze Europese samenlevingen is veel veranderd. Onder invloed van een reeks van ontwikkelingen op sociaal-economisch en maatschappelijk terrein zijn de arbeidsverhoudingen ingrijpend gewijzigd. Uiteraard heeft het sociaal recht deze ontwikkelingen gevolgd. Het lijkt wel of we met de eeuwwende in het verschiet net als een halve eeuw geleden op een cruciaal punt zijn aangeland: zijn de verhoudingen op het brede sociale terrein onder invloed van recente ontwikkelingen die misschien nog wel ingrijpender zijn dan toen, opnieuw zodanig veranderd dat de vraag naar de functie en plaats van het sociaal recht zich onvermijdelijk weer opdringt?

Of het huidige sociaal recht voldoet aan de behoeften van de tijd, is een vraag die zich in het huidig tijdsgewricht gaandeweg aan het nationale kader onttrekt. De integratie van de Europese landen in de Europese Unie dwingt tot een overdenking van de Europese dimensie van de ontwikkelingen in het sociaal recht.

Deze bijdrage richt zich in het bijzonder daarop: gloort er iets als een Europees sociaal recht dat een effectieve bijdrage kan leveren aan het 'bij de tijd houden' ervan. Ofwel kan de Europese Unie een opmaat geven voor een modern sociaal recht?

Continuïteit en verandering

De opbouw van de verzorgingsstaat, de sociale rechtsstaat wordt na de Tweede Wereldoorlog ter hand genomen met daarin voor ieder een eigen taak. De beperkte middelen die zeker in de eerste tien jaren aanwezig waren, vormden de natuurlijke achtergrond voor de benadrukking van de eigen verantwoordelijkheid van burgers en maatschappelijke organisaties: de samenleving c.q. de staat komen eerst in het geweer als het individu, alleen of in georganiseerd verband, niet in staat is voor zichzelf te zorgen.[2] De economische draagkracht van de samenleving zette overigens ook grenzen aan de mogelijkheden tot uitbouw van sociale voorzieningen.[3] Over het handhaven en uitbouwen van de beschermingsgedachte als grondslag voor het sociale beleid bestond een grote mate van overeenstemming. Dat gold voor het hele terrein van het sociaal recht.

Als tweede pijler werd de ordeningsgedachte onder de moderne samenleving geplaatst:[4] het arbeids- en ook wel sociale verzekeringsrecht diende ter ondersteuning

---

2 In het rapport van de Commissie-Van Rhijn waarin de blauwdruk voor een sociale verzekeringsstelsel werd neergelegd, was in navolging van het Beveridge-model de individuele verantwoordelijkheid voor de zorg in het eigen bestaan als uitgangspunt genomen en vastgelegd: 'De Gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en de vrijwaring van gebrek van al haar leden, op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen om zich die sociale zekerheid en vrijwaring van gebrek verschaffen'.

3 De sociale verzekeringen laten dat in die jaren zien; een pregnant voorbeeld vormt de oudedagsvoorziening die afhankelijk van de economische draagkracht mondjesmaat vorm krijgt; zie o.a. W. Dercksen, P. Fortuyn, T. Jaspers, Vijfendertig jaar SER-adviezen, deel I, Deventer 1982, p. 179 e.v en 509 e.v.

4 Al vóór de Tweede Wereldoorlog leefden in christelijke en in sociaal-democratische kringen een geloof en vertrouwen in de 'maakbaarheid van de samenleving'. Planning van het economisch leven als middel tegen de ongebreidelde en ongecontroleerde werking van het kapitalisme met zijn onvermijdelijke diepe crises. In een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie meende en hoopte men

van de ordening van het economisch leven door het (mede) scheppen van ordelijke verhoudingen tussen alle partijen op de markt.[5] Orde in de samenleving en bewustzijn van persoonlijke verantwoordelijkheid zouden de garantie moeten vormen voor sociale rechtvaardigheid en tegen het afglijden naar vooroorlogse toestanden.

De geringe belangstelling voor een Europese aanpak van sociaal beleid laat zich gemakkelijk verklaren. Vooralsnog had iedere staat zijn handen vol aan de wederopbouw van zijn samenleving. Vanzelfsprekend was het sociale beleid een verantwoordelijkheid van en voor de nationale overheden. Als de zaken op orde zijn -het is dan inmiddels halverwege/einde jaren vijftig- krijgen transnationale ontwikkelingen meer kans. De economie zet de trend, het sociale volgt schoorvoetend. Dat zal tot op de dag van vandaag de volgorde blijven.

Op supranationaal niveau wordt voorzichtig gedebatteerd over de vraag of er in Europees verband niet -in vervolg op het mensenrechtenverdrag[6]- ook een catalogus van fundamentele sociale rechten tot stand zou moeten komen. De geringe belangstelling ervoor in ons land spreekt uit het feit dat het nauwelijks onderwerp van discussie is. Op de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in 1953 wordt opname van sociale grondrechten in onze Grondwet resoluut van de hand gewezen; zij horen er gewoon niet in thuis.[7] Als men daarover al zou denken, dan kan het in elk geval niet zo zijn dat alleen rechten worden verleend.[8] De maatschappelijke verantwoordelijkheid vergt dat ook aan de 'natuurlijke tegenhanger van ieder recht: de plicht' uitdrukkelijk een plaats wordt gegeven[9]: 'Everyone who receives the protection of society owes a return for the benefit, and the fact that living in society renders it indispensable that each should be bound to observe a certain line of conduct towards the rest', zegt men graag de libertaire filosoof John Stuart Mill na.[10]

Vijftig later lijkt er niet veel veranderd. De rechten en plichten-discussie is met de problematisering van de verzorgingsstaat weer opgelaaid. Waarvoor sommigen in

---

een probaat instituut te hebben gevonden. Men denke aan de geschriften van bijvoorbeeld de katholiek Veraart en de sociaal-democraat Van den Bergh.

5 Als genoegzaam bekend, werd bijvoorbeeld het ontslagrecht via het BBA 1945 in dienst gesteld van een regulering van de arbeidsmarkt ten behoeve van de economische wederopbouw van het land - in combinatie met de geleide loonpolitiek en de arbeidstijdenregeling.

6 Het EVRM komt al in 1950 tot stand, treedt in 1953 in werking. In Nederland treedt het na ratificatie in 1954 in werking. In dat verdrag bevatte ook reeds enkele fundamentele sociale rechten, zoals het verbod van dwangarbeid (art. 4) en het recht op vrijheid van vakvereniging (art. 11).

7 Zie Handelingen NJV 1953, deel II; zie ook NJB 1953, p. 577 e.v.

8 Deze gedachte kwam op naar aanleiding van de totstandkoming in het verband van de Raad van Europa van het Europees Sociaal Handvest in 1961. Daarin werd, naar veler mening, eenzijdig nadruk gelegd op rechten met voorbijgaan aan de daartegenoverstaande plichten. Heel duidelijk nam Van Esveld stelling in deze discussie. Zie N.E.H. van Esveld, in zijn diesrede van de Nederlandse Economische Hogeschool te Rotterdam van 1962, één jaar na totstandkoming van het Europees Sociaal Handvest; zie zijn 'Vrijheid van arbeid', Rotterdam 1962. Van Esveld wil ook de vrijheid van beroep en bedrijf als evenwaardig 'sociaal' grondrecht erkend zien.

9 Zie over de sociale grondrechten ook de literatuur vermeld in noot 1.

10 J. Stuart Mill, On Liberty, 2nd edition, London 1859, p. 134.

begin jaren zestig waarschuwden: het doorschieten van de 'rechten-kant', is in de verzorgingsstaat van nu volgens velen werkelijkheid geworden.[11] Dat doorschieten wordt gezien als één van de (belangrijkste) oorzaken van de immobiliteit en inflexibiliteit van en in de maatschappij.

Op het terrein van het sociale beleid in Europees verband zijn we evenmin heel veel verder gekomen, al valt niet te ontkennen dat daar wel enige vooruitgang is geboekt. Bevatte het EEG-Verdrag, dus vóór Maastricht, geen verwijzing naar sociaal beleid als doelstelling van communautair beleid[12], met de totstandkoming van de Europese Unie wordt deze omissie goed gemaakt in die zin dat in de bepalingen waarin de doelstellingen en activiteiten van de Gemeenschap zijn vastgelegd, het sociale beleid, althans aspecten daarvan, een eigen plaats hebben gekregen. Artikel 2 EG spreekt van 'een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, een verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan' als doelstellingen van Gemeenschapsoptreden. Tot het actieterrein van de Gemeenschap rekent artikel 3 EG 'een beleid op sociaal gebied, met in begrip van het Sociaal Fonds'.

Een Europees perspectief?

De veranderingen die in Maastricht in het Europese gebouw zijn aangebracht, lijken erop te wijzen dat sociaal beleid een zelfstandige activiteit of wellicht zelfs een doelstelling van de Gemeenschap is geworden. Bij deze constatering past evenwel enige voorzichtigheid, omdat in de Gemeenschap het economisch integratiebeleid, versterkt door monetaire maatregelen, de boventoon voert. De facto kan men, dunkt mij, nog niet van een echt zelfstandige beleidsdoelstelling spreken. De werkelijkheid laat daarvan maar een beperkt aantal voorbeelden zien. Sociaal beleid is ook en zeker in de Gemeenschap nauw gekoppeld aan de algemene economische -en monetaire- politiek.[13] Het Witboek van Delors van 1993 dat in verband met de Top van Maastricht een op dit terrein belangrijk document is, benadrukt dit nog eens door het sociale beleid van de Gemeenschap direct te koppelen aan het economisch beleid, zoals ook de titel al suggereert: Groei, werkgelegenheid en concurrentiekracht. De dominantie van het economische boven het sociale wordt nog eens bevestigd door het monetaire beleid. De eisen die aan de totstandkoming van en participatie aan de monetaire unie worden gesteld, versterken die lijn. Het sociale beleid zou er wel eens door tussen de wielen van de Europese hoge snelheidstrein kunnen geraken. Het is zonder 'ingrepen

11 Die trend is ingezet in de loop van de jaren zeventig. De jaren tachtig laten een stevige verankering zien.

12 Zie de artikelen 2 en 3 in de versie van vóór het Verdrag van Maastricht. In het verdrag vindt men wel enige aanknopingspunten voor sociale maatregelen. Zo was op basis van art. 48 ev EEG (vrij verkeer van werknemers) in een Verordening erkenning gegeven aan het vrije verkeer als fundamenteel recht alsmede was een coördinatieregeling op het gebied van sociale zekerheid voor grensarbeiders tot stand gekomen. Ook de artikelen 117 ev EEG gaven mogelijkheden tot sociale maatregelen en optreden op Gemeenschapsniveau. Tenslotte stelde het Europees Sociaal Fonds middelen ter beschikking voor sociale maatregelen ter ondersteuning van sociaal beleid van Lid-Staten.

13 Zie L.A. Geelhoed, in: Kapteyn-VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht, Deventer 1995, hfdst IX, p. 541 e.v.

in de ontwikkeling' bepaald niet denkbeeldig dat het niveau van sociale bescherming in de Lid-Staten flink onder druk komt te staan.[14] Het vragen van aandacht voor een Europees sociaal beleid is daarom niet verwonderlijk, het is verheugend en hoopvol.

Op grote successen voor een omvattender sociaal beleid op Gemeenschapsniveau kunnen we nog steeds niet bogen ondanks de initiatieven die vooral de laatste jaren zijn ontplooid. Het 'Community Charter of fundamental social rights'[15] dat in 1989 als vervolg op de Europese Top van Hannover tot stand komt, is blijven steken op het niveau van een 'plechtige verklaring' waaraan dwingende juridische kracht wordt onthouden mede doordat het Verenigd Koninkrijk zich afzijdig heeft gehouden.[16] De tweede recente poging tot een omvattender Europees sociaal beleid moet nog bewijzen wat de reële waarde ervan is. Het in Maastricht geconcipieerde Sociale Protocol is weliswaar door alle Lid-Staten aanvaard, maar de daaraan gehechte Sociale Overeenkomst waarin de instrumenten voor een communautair optreden op dit terrein zijn opgenomen, heeft slechts een beperkte betekenis omdat opnieuw het Verenigd Koninkrijk dwars is gaan liggen. Mogen Protocol en Overeenkomst formeel gesproken de Gemeenschap met regelgevende bevoegdheden begiftigen, de praktijk zal moeten uitwijzen of de complicaties die daarbij rijzen niet een belemmering vormen voor effectief optreden in deze.[17]

Gegeven deze ontwikkelingen zou men gemakkelijk tot de conclusie kunnen komen dat Europa niet veel te bieden heeft en dat de modernisering van het arbeids- en sociale zekerheidsrecht een aangelegenheid is van de nationale staten. Dat zou mijns inziens op twee gronden te pessimistisch zijn. In de eerste plaats mag worden verwacht dat er van de toenemende verwevenheid van de economieën van de Europese landen die in gang is gezet door de economieën zelf en haar beslag heeft gekregen in de vorming van de interne markt, een zekere drang uitgaat om op z'n minst te komen tot enige samenwerking en afstemming van het sociale beleid binnen de Unie. Een

---

14 Een herijking en herinrichting van de verzorgingsstaat wordt overigens niet alleen 'veroorzaakt' door het voorgenomen en in gang gezette economisch-monetaire beleid van de Europese Unie. Door de regeringen wordt dit onophoudelijk en stelselmatig beklemtoond met de kennelijke bedoeling de kritiek uit de sociale hoek op dit beleid -de vorming van de monetaire unie onder strenge toetredingsvoorwaarden- te smoren.

15 Het Sociaal Handvest van de Raad van Europa wist zich in de afgelopen decennia evenmin te versterken. Een updating van dit sociaal charter stuit op -soms hardnekkige- tegenstand van machtige Europese Lid-Staten.

16 De Europese Commissie laat zich niet ontmoedigen en ontplooit de nodige initiatieven in een sociaal actieprogramma ter uitvoering van het charter en niet zonder succes. Via een aantal richtlijnen worden een aantal punten gerealiseerd.

17 Interessant en tegelijkertijd het communautair optreden bedreigend is de discussie over de reikwijdte van Protocol én Overeenkomst mede in het licht van het in artikel 3B EG opgenomen subsidiariteitsbeginsel. Nieuwe stof voor deze discussie heeft de uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 12 oktober 1993 opgeleverd. Dat gaat de scope van deze bijdrage echter te buiten. Zie daarover recentelijk o.a. Bertram Zwanziger, Zur Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, in: Arbeit und Recht, 12/95, p. 430 e.v.

succesvol economisch beleid moet rekening houden met sociale aspecten om het economisch voordeel uit de interne markt te kunnen blijven halen.[18]

Een tweede reden voor een perspectief voor communautair beleid is gelegen in de doelstellingen die in het verdrag zelf zijn neergelegd en die aanzetten tot optreden. Verwezen hoeft hier slechts te worden naar het reeds eerder genoemde artikel 2 van het EG-Verdrag met de sociale doelstelling, namelijk 'een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming, een verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan' in combinatie met de 'opdracht' tot actie in artikel 3, onder i van het EG-Verdrag: het voeren van een sociaal beleid. Een andere aanwijzing zou men kunnen vinden in artikel 117 EG dat naar letter en strekking bepaalt dat Lid-Staten bij de uitoefening van hun bevoegdheden op sociaal terrein moeten streven naar een opwaartse convergentie.

Deze beide bepalingen zouden in elk geval een dam kunnen en ook moeten opwerpen tegen het gevaar van negatieve beleidsconcurrentie tussen de Lid-Staten op het sociale vlak ter verkrijging van concurrentievoordeel of alleen maar ter behoud van de verworven concurrentiepositie.[19] Tenslotte zou, hoewel de meest gebruikelijke invulling van het subsidiariteitsbeginsel de negatieve is, dat beginsel in een positieve betekenis kunnen worden ingeroepen om Lid-Staten te helpen aan de randvoorwaarden van een gemeenschappelijk sociaal beleid op een redelijk niveau te kunnen voldoen. Dat zou aansluiten bij de oproep, ook in het EG-Verdrag[20] tot meer economische en sociale samenhang, mede als uitdrukking van de solidariteit tussen Lid-Staten.

De Gemeenschap in een intermediaire rol?

Welk perspectief biedt nu het beleid van de Gemeenschap meer in concreto? Sinds een aantal jaren vormt het werkgelegenheidsbeleid één van de speerpunten van het

---

18 Zo wordt wel gewaarschuwd dat sterk oplopende werkloosheid als gevolg van ongecoördineerd economisch en monetair beleid een bedreiging vormt voor de economische ontwikkeling zelf. Werkgelegenheid wordt daarom als economisch noodzakelijk sociaal beleid gezien.

19 Vaak wordt in dit verband gesproken van 'sociale dumping', een wellicht wat misleidende, maar pakkende term die verwijst naar het gevaar dat Lid-Staten elkaar op het vlak van sociale regelingen en bescherming gaan beconcurreren met als gevolg een stapsgewijze afbraak van het niveau van sociale bescherming: het sociaal beleid wordt 'gedumpt'. Commissievoorzitter Delors hanteerde die term ter aanduiding van een in zijn ogen reëel dreigend gevaar. In het Economisch en Sociaal Comité klinkt zij ook regelmatig op. Zie hierover o.a. Teun Jaspers, Desirability of European legislation in particular areas of social policy, in: L. Betten, The Future of European Social Policy, Deventer-Boston 1991, p. 47 e.v.

20 Het doelstellingenartikel (art. 2 EG) noemt die samenhang en de onderlinge solidariteit ook zelf. Uitgewerkt is de samenhang in de artikelen 130A-130G die bij de Europese Akte in het verdrag zijn ingevoegd en die met name zien op een harmonische ontwikkeling van de economische activiteit en daarmee van de werkgelegenheid en welvaart in geografische zin. Zie hierover o.a. K.J.M. Mortelmans, De 'Economische en Sociale Samenhang' en de 'Interne Markt': enkele juridische aspecten van een LAT-relatie, in SEW 1989, pp. 766-781; en A.Ph.C.M. Jaspers en K.J.M. Mortelmans, Sociaal en economisch recht in Europees perspectief: ge(s)laagde integratie?, in: K. Hellingman, Europa in de steigers: van Gemeenschap tot Unie, Deventer 1993, p. 89 e.v.

sociaal-economische beleid van de Unie én van de Lid-Staten.[21] De toenemende werkloosheid -ondanks economische groei- dwingt daartoe eenvoudig, zeker als die werkloosheid een sterk structureel karakter kent dat het gevaar in zich bergt van sociale uitsluiting van grote groepen burgers. Dat wordt gezien als een ernstige bedreiging en als sociaal onaanvaardbaar.[22] Werkgelegenheidsbevorderende maatregelen worden niet voldoende geacht. Het bestaande beleidsinstrumentarium, dus met inbegrip van de sociaalrechtelijke regelingen, moet worden doorgelicht op de vraag of en in welke mate het bijdraagt of zou kunnen bijdragen aan het hoge niveau van langdurende werkloosheid. De bestaande regeldichtheid wordt gezien als een omstandigheid die de werking van de markt verstoort en daardoor werkloosheid creëert of in elk geval bevordert.

Een tweede aangrijpingspunt is gelegen in het hoge kostenniveau van arbeid, met name door te zwaar drukkende collectieve lasten. Behoud of nog beter een versterking van de concurrentiepositie van het bedrijfsleven in de Unie en de Lid-Staten op de wereldmarkt, die door de verdere globalisering van de economie steeds meer onder druk staat, eist een reductie van de arbeidskosten. Beschermingsregelingen worden in dat verband als kostenposten gezien en beoordeeld.

De drang tot herijking en modernisering van het sociaal beleid en recht wordt ook gevoed door de behoefte bij het bedrijfsleven[23] aan flexibiliteit als gevolg van veranderingen in produktiemethoden en -technieken mede veroorzaakt door het op grote schaal toepassen van nieuwe, met name informatie-technologieën; flexibiliteit die aansluit bij arbeidspatronen en -wensen die bij mensen in de huidige samenleving bestaan en die mede gebaseerd zijn op een doorbreking van het meer traditionele gezinspatroon, ook wel aangeduid als de individualiseringstendens.[24]

Tegen deze achtergrond rijst de vraag of en welke functie het sociaal recht kan vervullen ter ondersteuning van een sociaal beleid dat in Gemeenschaps- en in nationaal verband zich in de eerste plaats richt op de bestrijding van de omvangrijke langdurende

---

21 Het witboek Delors van 1993 en studies die de laatste jaren in de Gemeenschap zijn uitgevoerd laten dat zien. Zie behalve het witboek een rapport van onafhankelijke deskundigen ten behoeve van de Forward and Strategic Planning Group van DG V van de Europese Commissie: Labour Market, Fundamental Rights and Social Policy in the Community, mei 1993. Zie het Groenboek en het daarop volgende Witboek Europees Sociaal Beleid van commissaris Flynn van juli 1994.

22 Isolatie en maatschappelijke desintegratie kan het gevolg zijn wat ongewenste maatschappelijke effecten kan hebben, zoals bijvoorbeeld een afglijden in het criminele circuit, vandalisme en ander maatschappij-ontwrichtend gedrag. Maatschappelijk minder bedreigend maar sociaal even weinig aanvaardbaar is het risico van (geestelijke en lichamelijke) gezondheidsproblemen bij 'the outcasts'.

23 Dat moet ruim worden opgevat, daaronder moet ook worden gevat alle commerciële en niet-commerciële dienstverlening, ook als die door overheidsinstellingen wordt verricht. Die behoefte bestaat in de hele ontwikkelde Westerse wereld dus ook in de Lid-Staten van de Gemeenschap.

24 In ons land kan men constateren dat het aantal arbeidsuren in de laatste decennia nauwelijks is veranderd en dat ondertussen wel het aantal werkenden en dus inkomen verwervenden flink is toegenomen. Met name is dat op het conto van de toeneming van het aandeel van vrouwen in de (betaalde) arbeid te schrijven. Dat geeft aanleiding voor de gedachte dat de kostwinnersbasis niet langer noodzakelijk is voor het inkomenspatroon.

werkloosheid. Het sociaal beleid en de daarbij passende sociale maatregelen, neergelegd in het arbeids- en sociale zekerheidsrecht, worden geplaatst in het kader van de (verbetering van de) arbeidsmarkt. Dat heeft consequenties voor de functies die aan dat rechtsgebied worden toegekend. De beschermingsfunctie komt in een scherpere concurrentie te staan met de ordenende functie, met name waar dat de werking van de arbeidsmarkt betreft. Het arbeids- en sociale zekerheidsrecht wordt niet meer in de eerste plaats als regime ter bescherming van de werkenden gezien en beoordeeld. Die functie wordt gerelativeerd en vervolgens gerelateerd aan de mate waarin zij dienstbaar is aan de werking van de arbeidsmarkt. Dat kan betekenen dat de beschermingsdoelstelling moet worden opgeofferd aan de ordenende doelstelling: een bijdrage te leveren aan de betere werking van de arbeidsmarkt.[25] Wordt prioriteit gelegd bij die laatste doelstelling, waarvoor als men het beleid in de Gemeenschap en in de Lid-Staten bekijkt veel aanwijzingen zijn, dan lijkt zich dat moeilijk te verdragen met een netwerk van regelingen van posities (van actoren) op de arbeidsmarkt. Dat impliceert een reductie van beschermingsregelingen naar aantal en niveau en een actiever optreden waar het de ordening van en op de arbeidsmarkt betreft. Dat optreden tendeert -aansluitend op de decentraliseringstendens die zich overal openbaart- ook naar een 'aanpak' van de collectieve machtsvorming op die markt door marktpartijen welke immers een belemmering voor de vrije marktwerking kan vormen. Dat houdt in dat de overheid machtsconcentratie op de (arbeids)markt moet bestrijden, zo nodig met behulp van regelgeving of bestuurlijk handelen.

Deze ontwikkelingen dwingen het arbeids- en sociale zekerheidsrecht tot een heroriëntatie van de wijze waarop in deze veranderende omgeving de twee hoofdfuncties moeten worden gecombineerd. Het vorm geven aan de arbeidsmarktordenende functie op Gemeenschapsniveau stuit op de moeilijkheid dat er eigenlijk niet een transnationale, Europese arbeidsmarkt bestaat. In grensstreken is er wel al lang sprake van mobiliteit van werknemers over de grenzen heen en ook in enkele sectoren beperken nationale grenzen de bewegingen van werknemers 'all over Europe' geenszins.[26] Maar van één Europese arbeidsmarkt is om verschillende redenen -zoals taalverschillen, verschillen in culturen, tradities en praktijken- evenwel geen sprake.[27] Dat beperkt

25 Met als rechtvaardiging dat een betere werking van de arbeidsmarkt een hogere graad van arbeidsparticipatie inhoudt en dus in dienst staat van de werkloosheidsbestrijding. Vergroting van de arbeidsparticipatie door bestrijding van inactiviteit wordt ook gebaseerd op de noodzaak tot terugdringing van de te zware collectieve lasten. Het hoge niveau van inactiviteit is bovendien een gevaar voor het draagvlak, zowel uit financieel-economisch als uit maatschappelijk oogpunt, van een redelijke sociale bescherming voor degenen die buiten het arbeidsproces geraken.

26 De grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit binnen de Gemeenschap is gering. Inmiddels overtreft de mobiliteit van witte boorden-arbeid die van blauwe boorden-arbeid. De mobiliteit van werknemers vanuit derde landen naar de Gemeenschap is overigens nog steeds vele malen groter dan de bewegingen van de factor arbeid binnen de Gemeenschap.

27 De integratie van Europa is op die punten achter gebleven vergeleken met bijvoorbeeld de VS waar de mobiliteit van werknemers altijd al groter is geweest ondanks bestaande verschillen tussen de onderscheiden staten. Een aardig vergelijkingspunt vormt overigens het Duitsland van na de hereniging. Daar moesten, hoewel één taal- en in menig opzicht ook één cultuurbegied, Länder met geheel

uiteraard de mogelijkheden van communautair optreden. Dat belet evenwel de Gemeenschap niet om -zij het op meer beperkte schaal- actief te zijn. De garantie van vrijheid van verkeer van personen/werknemers binnen de Gemeenschap verplicht haar om barrières die op dat terrein bestaan, op te ruimen. Dat betreft veelal een garantie van -binnen zekere grenzen- vrije toegang tot de nationale arbeidsmarkten, althans het bestrijden van drempels die de toegang belemmeren dan wel verhinderen.[28] De laatste jaren heeft de Gemeenschap haar actieterrein wat uitgebreid. Op het gebied van scholing en beroepsopleiding wordt een stimulerend beleid gevoerd met het doel personen met een zwakke arbeidsmarktpositie op grond van hun gebrek aan of gebrekkige scholing dan wel verkeerde opleiding -veelal met het gevolg van langdurige werkloosheid- beter uit te rusten voor een plaats op de arbeidsmarkt. De basis daarvoor is art. 127 EG waar het een taak van de Gemeenschap is om de aktiviteiten van de Lid-Staten op dit terrein te versterken en aan te vullen.[29] Ook de middelen van het Europees Sociaal Fonds kunnen daarvoor worden gebruikt.[30]

De Gemeenschap op de bres voor sociale grondrechten

Gegeven het feit dat de mogelijkheden voor een communautair optreden op het terrein van integratie van de arbeidsmarkt zo beperkt zijn -eigen bevoegdheden heeft de Gemeenschap niet of nauwelijks- rijst de vraag of de functie van de Gemeenschap op sociaal beleidsterrein meer zou moeten worden gezocht in het garanderen van een redelijk niveau van bescherming. Naast economische motieven -waarbij bewaking van faire concurrentieverhoudingen ter verzekering van de werking van de vrije interne

---

verschillende sociaal-economische structuur en achtergrond in één nieuwe natie en sociaal-economisch entiteit met één rechtsregime op sociaal terrein opgaan. Een ander interessant voorbeeld is België met zijn federale structuur en zijn twee (grote) taal- en cultuurgebieden. Bestaat daar één arbeidsmarkt waardoor voor de overheid in elk geval de materiële voorwaarden gecreëerd zijn om een nationaal arbeidsmarktbeleid te voeren? Dat hoeft overigens nog geenszins in te houden dat er ook een nationaal beleid gevoerd wordt, afhankelijk als dat is van de bevoegdheidsverdeling tussen de federatie en de Länder resp. de Gewesten. Nauw verbonden daarmee is de vraag naar het nationale dan wel het Lands- resp. Gewestelijk karakter van het geldende rechtsregime op sociaal terrein. Nader onderzoek daarnaar kan behulpzaam zijn naar de condities voor een realistisch en effectief arbeidsmarktbeleid door de communautaire overheid.

28 Men denke in dit verband aan twee verordeningen: Vo (EEG) 1612/68 die een erkenning inhoudt van het fundamentele recht van vrij verkeer en Vo (EEG) 1408/71 die de sociale verzekeringsaanspraken van migrerende werknemers coördineert.

29 Overigens onder eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de Lid-Staten voor inhoud en opzet van de beroepsopleiding terwijl zij zich eveneens dient te onthouden van het nemen van maatregelen die strekken tot harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten.

30 Art. 123 EG noemt met name beroepsopleiding en omscholing als bestemmingsterreinen voor aanwending van ESF-middelen in het kader van de bevordering van werkgelegenheid. Conform de opzet van dit structuurfonds is het een cofinanciering van de zijde van de Gemeenschap. Dat benadrukt nog eens dat het gaat om ondersteuning en versterking van activiteiten van de Lid-Staten zelf. Aanwending van communautaire middelen in het kader van de bevordering van de 'economische en sociale samenhang', geïntroduceerd in het EEG-Verdrag bij de Europese Akte in 1987, is slechts beperkt mogelijk gebonden als deze hulp is aan de economisch zwakke delen van de Gemeenschap, waarbij men met name Ierland, Griekenland, Spanje en Portugal op het oog had.

markt een belangrijke rol speelt en heeft gespeeld- kan zij ook sociale belangen laten meewegen.[31] Dat is ook van belang voor de te voeren gemeenschappelijke werkgelegenheidspolitiek. Ter vermijding van het gevaar van negatieve beleidsconcurrentie die Lid-Staten er toe kan brengen het niveau van de in hun landen gerealiseerde sociale bescherming omlaag te brengen met het oog op onder andere hun nationale werkgelegenheidsbeleid, ook al levert dat wellicht maar tijdelijk voordeel op, kan op Gemeenschapsniveau getracht worden een evenwicht te zoeken tussen de verschillende belangen en doelstellingen. Het is immers bepaald niet uitgesloten dat een actief beleid op werkgelegenheidsgebied -vanuit de gedachte dat werk de beste sociale bescherming biedt- leidt tot een afbraak van sociale bescherming omdat die op grond van het kostenaspect de ontwikkeling van de werkgelegenheid belemmert. Voor het behoud van het sociale karakter van onze samenleving kan en moet de Gemeenschap een intermediaire functie vervullen en daarmee een opmaat geven voor het sociaal recht van de naaste toekomst in een verenigd Europa. Daartoe zou de gedachte van een set van fundamentele sociale rechten als basis daarvoor levend moeten worden gehouden. Dat betekent dat in het EG-Verdrag niet kan worden volstaan met het vastleggen van sociale doelstellingen, maar dat ook in het artikel dat de activiteiten van de Gemeenschap opsomt (art. 3 EG) expressis verbis verwezen wordt naar concrete actiebevoegdheden op sociaal terrein. Een volgende stap is dan het opnemen van fundamentele sociale rechten in de betreffende titels van het verdrag waarbij te rade gegaan dan wel aangesloten kan worden bij het Europees Sociaal Handvest, het Community Charter en de Sociale Overeenkomst. De vastlegging van deze fundamentele rechten waarvan sommige noodgedwongen een algemener en daarom abstracter karakter hebben, verplichten de Gemeenschap en dus de Lid-Staten op grond van hun verplichtingen ten aanzien van de Gemeenschap tot actief optreden ter realisering van die rechten.

Om echt vooruitgang te bereiken lijkt het dienstig en aangewezen om in het vernieuwde verdrag[32] met betrekking tot deze fundamentele sociale rechten onderscheid aan te brengen naar de aard van de verplichtingen die op Gemeenschapsniveau worden aangegaan en naar de juridische effectieve afdwingbaarheid van naleving ervan.[33] Bepaalde fundamentele rechten op sociaal terrein zijn gemakkelijker, zowel juridisch

---

31 Veel communautaire regelgeving op sociaal terrein of met een overwegende sociale impact is ingegeven door dergelijke motieven. Men denke aan de gelijke beloning van mannen en vrouwen (art. 119 EG), maar ook aan regelingen op het terrein van arbeidsomstandigheden, veiligheid en gezondheid. Al sinds het arrest van het Europese Hof van Justitie in de Defrenne-zaak (HvJ 8 april 1976, zaak 43-75, Defrenne-II) worden sociale motieven naast economische erkend als grondslagen voor communautair optreden.

32 De InterGouvernementele Conferentie (IGC) die in maart van dit jaar begonnen is, biedt een mooie gelegenheid daartoe.

33 Recentelijk is op een symposium van beleidsmakers, vakbonden en wetenschappers van de Gemeenschap en uit de Lid-Staten aan deze problematiek, ingeleid door prof. dr L. Betten, aandacht geschonken ter voorbereiding op de discussies op de IGC: Protection of fundamental social rights in the European Union.

als politiek, te incorporeren in het recht van de Europese Unie omdat en voorzover zij gerekend kunnen worden tot de categorie van burger- en politieke rechten.[34] Men zou dan kunnen denken aan sociale grondrechten als het verbod op dwangarbeid, het recht op gelijke behandeling, althans het verbod van discriminatie, het recht van vrije vakvereniging, zowel in zijn positieve als in zijn negatieve betekenis, het recht op privacy voor de werknemer en het recht op lichamelijke integriteit voor de werknemer.[35]

Een tweede categorie fundamentele sociale rechten die vanwege de aard en de afdwingbaarheid ervan moeilijker is te incorporeren bestaat uit sociale rechten die ook in andere internationale verdragen worden erkend. Zij behoeve geen verdere actie van de nationale overheid ter implementatie in de nationale rechtsorde. Het gaat hier om zowel individuele als collectieve rechten, zoals bijvoorbeeld het recht op vrije arbeidskeuze (het recht om met vrijelijk gekozen arbeid inkomen te verdienen), het recht op gelijke behandeling op bepaalde terreinen afhankelijk van de reële maatschappelijke en/of sociaal-economische condities om gelijke behandeling te garanderen, het recht op vrije onderhandelingen, het stakingsrecht, het recht van werknemers of werknemersvertegenwoordigers op informatie en consultatie op ondernemingsniveau. De erkenning van deze rechten op het niveau van de Europese Unie zal meer voeten in de aarde hebben vanwege de verschillen in historie, cultuur, traditie en instituties. Een tweede reden voor onderscheiden behandeling van deze categorie ten opzichte van de eerste in de 'sterkte' van deze rechten. De gerechtvaardigde en toegestane uitzonderingen op de eerste categorie rechten zijn vanwege de aard van de rechten zeer beperkt. Conform de formuleringen in de onderscheiden verdragen op dit terrein houdt dit in dat die beperkingen bij wet moeten worden aangebracht en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid en de volksgezondheid.[36] Bij de tweede categorie zijn meer beperkingen denkbaar.

De derde te onderscheiden categorie van fundamentele sociale rechten kenmerkt zich doordat zij het karakter hebben van instructienormen: opdrachten aan de nationale overheid tot positieve actie om ze te realiseren. Werknemers of correcter gezegd burgers kunnen er niet rechtstreeks een beroep op doen omdat zij 'vertaling' behoeven in de nationale structuren en instituties van de Lid-Staten. Zij behoren veeleer tot het terrein van het sociale beleid, waarop het Unie-beginsel van de subsidiariteit hoog in het vaandel staat geschreven, ook uit praktische overwegingen. Het gaat

34 Sommige rechten lenen zich daar zeker toe. Dat zal moeten zijn gebeurd op grond van de gebruikelijke en in de jurisprudentie erkende voorwaarden: 1. de bepaling moet voldoende duidelijk en precies zijn voor toepassing; 2. zij moet een onvoorwaardelijke verplichting opleggen; 3. de implementatie moet niet afhankelijk zijn van maatregelen genomen door de Gemeenschap of Lid Staten. Dat betekent niet dat er geen enkele beperking op die rechten kan bestaan.

35 Daarbij kan worden aangesloten bij andere internationale rechtsbronnen die bescherming bieden aan de uitoefening van deze burger- en politieke rechten; bijvoorbeeld het ECRM waaraan het Europese Hof van Justitie doorslaggevende betekenis heeft toegekend, het IVBPR en ILO-verdragen.

36 Zie bijvoorbeeld de verdragen EVRM, ESH en IVESCR.

hier om recht op arbeid, recht op sociale zekerheid, recht op sociale en medische bijstand, recht op beroepsopleiding en -training.

Een fasering van de realisering van fundamentele sociale rechten in de Europese context lijkt nodig om de kansen op succes te vergroten. Afstemming van sociaal beleid binnen de Gemeenschap en tussen de Lid Staten is het minimale dat nodig is om negatieve beleidsconcurrentie en de gevolgen ervan te vermijden. Er zal in de naaste toekomst een stap verder moeten worden gezet mede ingegeven door de noodzaak om samenhang te brengen tussen het economisch en monetaire beleid aan de ene kant en de sociale politiek aan de andere kant. Voor sociaal rechtsgeleerden breken ook daarom bociende tijden aan.

Sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid

De sociale-zekerheidsmens (1946-1996)

F.M. NOORDAM

1 Inleiding

Sociale zekerheid en individuele of persoonlijke verantwoordelijkheid lijken met elkaar op gespannen voet te staan. Immers, sociale zekerheid is een systeem dat bol staat van heteronome verplichtingen. Zo is er sprake van gedwongen deelnemerschap. Verder moet men zich voortdurend aan allerlei, soms merkwaardige voorschriften[1] en controles onderwerpen. Doet men dat niet, dan wordt men van de voordelen van de sociale zekerheid uitgesloten. Ten slotte wordt men geacht de sociale zekerheid weer zo snel mogelijk te verlaten: een onnodig lang verblijf wordt bestraft. Het is een bureaucratisch, massaal en nogal onvriendelijk systeem, waarvoor men waarschijnlijk niet zelf zou kiezen. Maar die keuzevrijheid heeft men niet, de wetgever heeft al gekozen.

Toch bevredigt deze karakterisering van de relatie sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid niet helemaal. Is zij juist, dan zijn bijvoorbeeld de vele betuigingen van oprechte dankbaarheid die Drees (PvdA) naar aanleiding van de totstandkoming van de Noodwet Ouderdomsvoorziening (1947) ontving, niet goed te plaatsen. Uitkeringstrekkers prezen zichzelf in contactadvertenties - heel vertederend - aan als Dreesmannetjes op zoek naar, bij voorkeur, Dreesvrouwtjes. Eveneens onverklaarbaar is dan het massale, emotionele verzet tegen de maatregelen tot herziening (verslechtering) van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering in de eerste helft van de jaren negentig. De PvdA is er bijna door gespleten, het kabinet-

1 Zo mag een zieke werknemer zijn huis niet verlaten tussen 12.00 en 14.30 uur. Dit verbod geldt evenwel niet wanneer hij zijn werk weer heeft hervat, zo bepalen de controlevoorschriften van de bedrijfsverenigingen.

Lubbers III erover gestruikeld. De relatie sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid heeft kennelijk ook andere kanten dan alleen verplichtende en keuzen uitsluitende. Sociale zekerheid is een waardevol bezit, zij is een onmisbare voorwaarde voor de ontplooiing van hen die buiten het betaalde-arbeidsproces staan, zij is, volgens het moderne jargon, een opportunity. Dit is een tweede facet.

Een derde facet van de relatie sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid is een functionele. Sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid zijn complementaire instrumenten voor de voorziening in het bestaan. Die instrumenten zijn, zij het niet altijd perfect[2], op elkaar afgestemd, beide beogen hetzelfde: bestaanszekerheid. Het probleem is hier waar de grens tussen sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid nu eigenlijk ligt. Die grens ligt niet vast.

Ten slotte bestaat er - volgens sommigen - een verband tussen sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid in die zin dat sociale zekerheid een negatief effect op de individuele verantwoordelijkheid heeft, tot uiting komend in overconsumptie, calculerend gedrag en misbruik en oneigenlijk gebruik van de sociale zekerheid.

Wellicht hangen sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid op nog meer wijzen samen. Ik beperk mij tot de vier zojuist genoemde. Verder realiseer ik mij dat de vier aspecten raakvlakken vertonen, terwijl er waarschijnlijk ook van enige overlap sprake is. In deze bijdrage probeer ik een antwoord te vinden op de vraag hoe deze viervoudige relatie tussen sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid in het normensysteem en in het denken over dat normensysteem benaderd is. Gelet op het thema van de bundel - 'mensbeeld en arbeidsrecht 1946-1996' - wordt vooral aandacht besteed aan de periode na de Tweede Wereldoorlog.

Vooraf nog het volgende. Ik zie sociale zekerheid als een collectief, door de overheid gedragen systeem van inkomens- en bestaanszekerheid. Sociale zekerheid is publiekrechtelijk georganiseerde maatschappelijke solidariteit, zij is de belichaming van het beginsel van sociale rechtvaardigheid. Individuele (persoonlijke) verantwoordelijkheid is, in mijn opvatting, de verantwoordelijkheid van het individu voor de inrichting van en zingeving aan zijn bestaan, dat overigens altijd een bestaan met anderen is.

2 Sociale zekerheid als verplichting

Ik besef dat ik mij niet helemaal kan houden aan de zojuist aangekondigde beperking tot de sociale zekerheid van na 1945. De soms hevige discussie over sociale zekerheid en verplichtingen - ik beperk mij tot het gedwongen deelnemerschap - is namelijk vooral in de beginjaren van de sociale zekerheid gevoerd. Bepaalde stromingen binnen het liberale kamp en binnen het rechtschristelijke volksdeel wezen de sociale verzekering als dwangverzekering af. Fabius wijdde er een boek van bijna 300 pagina's aan,

2 Vgl. W.J.P.M. Fase, Wederzijds begrip: over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht, Kluwer, 1993.

Scheurer een dissertatie.[3] De verplichte verzekering werd gezien als een onnodige bemoeiing van de overheid met het individuele leven, een schending van de vrijheid van het individu en de organische levenskringen, een vorm van staatsvoogdij over de vrije burger, etc.[4] Door sommige christenen, politiek verenigd in de Staatkundig Gereformeerde Partij, werd de sociale verzekering radicaal afgewezen als strijdig met het geweten. Typisch Nederlands[5] was het om met die gewetensbezwaren rekening te houden door de bezwaarden buiten het verplichte sociale-verzekeringssysteem te laten. Religieus geïnspireerd was ook, vele jaren later, het verzet van sommige christenen tegen de toepassing van de Algemene Ouderdomswet (AOW) op de voorgangers van kerkelijke gemeenten. De gemeente moest voor haar predikant zorgen, voor de overheid was op dat terrein geen plaats, een redenering die overigens door de wereldlijke rechter niet werd onderschreven.[6] Eveneens bestonden er bezwaren tegen de Algemene Bijstandswet (ABW). Deze wet maakte inbreuk op de ambtelijke dienst van de kerk en werd om die reden afgewezen.[7]

Ook de trage ingroei van de zelfstandigen in het systeem van sociale zekerheid hield deels verband met de inbreuk van de sociale zekerheid op de vrijheid van het individu, een vrijheid die voor de zelfstandige het zelf dragen van de risico's van ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid inhield. Die ingroei begon pas na de Tweede Wereldoorlog, nadat de commissie-Van Bruggen daarvoor in 1942 het fundament had gelegd.[8] Zij werd afgerond met de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet in 1976.

Liberale en christelijke groeperingen kwamen - zoals opgemerkt - in verzet tegen het dwangkarakter van de sociale zekerheid. Hun argumenten liepen echter niet altijd parallel. Bij de liberalen stond de inbreuk op de individuele verantwoordelijkheid centraal, bij de christenen de godsdienstige overtuiging en de verhouding kerk-overheid. Wat in beide gevallen opviel was dat collectieve zorg niet werd afgewezen, slechts de collectieve, verplichte zorg door de overheid. De liberalen leunden sterk op de particuliere verzekering, die verzekeringstechnisch gezien op spreiding van risico's was gebaseerd. In het tweede geval werd vertrouwd op de solidariteit van de geloofsgemeenschap, met haar eigen, soms benauwende systeem van verplichtingen en sancties.

---

3 D.P.D. Fabius, Verzekeringsdwang, Utrecht, 1909 en Joh. H. Scheurer, Verplichte verzekering en de Anti-Revolutionaire Partij, Amersfoort, 1931.

4 Scheurer, a.w., p. 57-58.

5 M.G. Levenbach, Het Nederlandse in onze arbeidswetgeving, in: M.G. Levenbach, Arbeidsrecht: een bundel opstellen, Alphen aan den Rijn, 1951, p. 283 e.v.

6 Zie o.a. HR 13 april 1960, NJ 1960, 436, m.n. B.V.A.R.

7 M.J.C. Blok en J. Douma, Autarkie of Bijstandswet: kerkelijke of algemene bijstand, Groningen, 1973, p. 38.

8 Zie ook het pleidooi voor uitbreiding van de sociale verzekering tot kleine zelfstandigen van Van Esveld in zijn Verplichte Ouderdomsverzekering voor Kleine Zelfstandigen, Amsterdam, 1940.

In de jaren van uitbouw van het huis van de sociale zekerheid tot in het midden van de jaren zeventig verstomden de liberale bezwaren tegen het verplichte karakter van de sociale zekerheid nagenoeg geheel.[9] De nog wel gehoorde christelijke bedenkingen waren niet meer dan aantekeningen in de marge van de verzorgingsstaat, waarin verder iedereen geloofde. In de dan volgende jaren van verbouw van de sociale zekerheid werden de bezwaren weer sterker, zij werden ook breder onderschreven. Zelfs sociaal-democraten, de politieke nazaten van Drees, keerden zich op den duur, zonder rood te worden, tegen de sociale zekerheid.

3 Sociale zekerheid en de ontplooiing van het individu

Een maatschappij zonder sociale zekerheid kunnen wij ons moeilijk voorstellen, sociale zekerheid is als water zo gewoon. Een dergelijke maatschappij ligt evenwel niet veel meer dan een halve eeuw achter ons. Kort na de Tweede Wereldoorlog bestonden er slechts enkele, bescheiden regelingen voor beperkte groepen personen. De Ongevallenwet, de Ziektewet (ZW), twee Invaliditeitswetten, de Kinderbijslagwet, allemaal verplichte arbeidersverzekeringen, met daarnaast voor andere belanghebbenden de mogelijkheid tot vrijwillige verzekering. En natuurlijk de Armenwet. De andere kant van deze medaille was dat de individuele verantwoordelijkheid ruim baan had -- noodgedwongen. Intermediaire verbanden als het gezin, de kerk en de arbeidsgemeenschap speelden in aanvulling daarop een bijzonder belangrijke rol.

Met de wederopbouw van het land en de daarop volgende decennia van economische groei kreeg de verzorgingsstaat vorm. Er was werk voor iedereen en dus ook inkomen voor de werkenden en hun gezinnen. De sociale zekerheid groeide met het onderwijs-, het welzijns- en het gezondheidszorgsysteem uit tot de kernarrangementen van de naoorlogse verzorgingsstaat. Sociale zekerheid was de plechtige belofte van de overheid dat zowel de jaren dertig, waarin de overheid grote delen van de bevolking in de steek had gelaten, als de rechteloosheid van de Tweede Wereldoorlog voorgoed voorbij waren. Niet langer de gunst van de Armenwet, maar een breed stelsel van sociale zekerheid voor iedereen. Sociale zekerheid betekende vrijwaring van gebrek op basis van juridisch afdwingbare aanspraken.[10] Sociale zekerheid was voor invaliden, werklozen, bejaarden en weduwen een noodzakelijke voorwaarde voor deelneming aan en integratie in de maatschappij.[11] Sociale zekerheid werd niet met één, maar met twee hoofdletters geschreven[12], elke nieuwe regeling was een evenement.[13]

---

9 Zie bijvoorbeeld Van Esveld die voor de overheid een duidelijke taak op sociaal-politiek terrein ziet (N.E.H. van Esveld, De ontplooiing van het individu in het arbeidsrecht, Amsterdam, 1946, p. 222 e.v.).

10 Staatscommissie-Van Rhijn, Sociale Zekerheid, Deel II, 's-Gravenhage, 1945, p. 10.

11 Vgl. J.J.M. van der Ven, Sociale zekerheid als maatschappelijk verschijnsel, SMA 1963, p. 7 e.v.

12 Zie bijvoorbeeld A.A. van Rhijn, Sociale Zekerheid, Amsterdam, 1947.

13 Vgl. de beschrijving van het aanvaarden van het wetsontwerp-AOW op 23 maart 1956, eindigend met: 'Zelfs enkele diensters van het buffet hadden zich verdekt in de zaal opgesteld om van de aanneming van het wetsontwerp getuige te zijn ...' (N.W.A. van Eijk, Onze Algemene Ouderdomsverzekering, IJmuiden, 1957, p. 28).

Het idee dat sociale zekerheid een onmisbare voorwaarde is voor de individuele verantwoordelijkheid, voor de ontplooiing van het individu, wordt een aantal malen in de geschiedenis van de sociale zekerheid van na de Tweede Wereldoorlog zichtbaar. In de eerste plaats in de discussie over de rechtsgrond van de sociale zekerheid en voorts, zij het minder duidelijk, in het debat over de sociale grondrechten.

Dat sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid nauw met elkaar verweven zijn, komt fraai tot uiting in de memorie van toelichting bij het ontwerp-AOW (1955). Daarin wordt over de rechtsgrond van de nieuwe regeling opgemerkt: 'In de huidige maatschappelijke verhoudingen kan de gedachte van de persoonlijke verantwoordelijkheid ook voor het materiële bestaan tijdens de oude dag slechts op vruchtbare wijze gerealiseerd worden door middel van een stelsel van verplichte algemene ouderdomsverzekering. Derhalve heeft de staat in het algemeen belang de plicht en het recht om zulk een verzekering tot stand te brengen.'[14] Een decennium later vindt er een opnieuw een rechtsgronddiscussie plaats, maar dan in verband met de totstandkoming van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO). De katholiek Veldkamp, de voor die wet verantwoordelijke bewindsman en met Drees de personificatie van de naoorlogse sociale zekerheid, gaat ervan uit dat ieder mens, derhalve ook de arbeidsongeschikte of de gehandicapte mens, een recht op zelfontplooiing en, daarmee verband houdend, een recht op gelijke kansen heeft. Om die rechten te kunnen realiseren is een beroep op de maatschappelijke solidariteit noodzakelijk.[15] Sociale zekerheid is een participatie- en reïntegratieinstrument, maatschappelijke uitsluiting wordt erdoor voorkomen. In dit verband is van belang dat Veldkamp de WAO niet uitsluitend zag als een uitkeringsregeling. Essentieel waren de zogenaamde voorzieningen, de werk- en de leefvoorzieningen. Zij waren gericht op participatie, op deelneming aan het arbeidsproces en het maatschappelijk verkeer. De participatiefunctie van de sociale zekerheid en de activerende werking van het sociale-zekerheidsstelsel zijn, zo blijkt, geen ontdekkingen van de laatste jaren.[16]

De rechtsgronddiscussie is na de jaren zestig verstomd. Illustratief daarvoor is dat men de term rechtsgrond in de moderne sociale-zekerheidsliteratuur nog nauwelijks tegenkomt. Het idee van de sociale zekerheid als onmisbare voorwaarde voor ontplooiing van het individu was in Veldkamps tijd nagenoeg algemeen aanvaard. In een later stadium verlegt de discussie zich. De vraag of de sociale zekerheid de individuele verantwoordelijkheid niet te zeer belemmert, komt nu centraal te staan. Is er niet een teveel aan maatschappelijk georganiseerde solidariteit?

De rechtsgronddiscussie is een interne sociale-zekerheidsdiscussie. In een wijder verband bezien gaat zij echter over hetzelfde type vragen als het debat over de sociale grondrechten. Tot die rechten behoren de rechten op bestaanszekerheid, sociale zekerheid en bijstand (art. 20 Grondwet). Wat is de taak van overheid op het terrein

14 Zie J.F. Rang, Kernproblemen van de Algemene Ouderdomsverzekering, Amsterdam 1960, pp. 83-84.

15 TK 1964-1965, 7171, nr. 3, p. 2.

16 Vgl. ook F.M. Noordam, Recht en reïntegratie, Deventer 1987, pp. 9-11.

dat door de sociale grondrechten wordt bestreken? De complementaire vraag is die naar de verantwoordelijkheid van het individu (en de intermediaire verbanden). Sociale grondrechten zijn een opdracht aan de overheid, de gemeenschap, om, algemeen geformuleerd, het welzijn van de leden van die gemeenschap te waarborgen. De sociale grondrechten hebben de strekking 'ervoor te zorgen dat de mens beter tot zijn recht komt.'[17] Overheidsinterventie als voorwaarde voor de ontplooiing van het individu.[18]

Grondrechtendiscussie en rechtsgronddiscussie. In de tijd gezien hobbelt de eerste achter de tweede aan. De sociale grondrechten worden immers pas in 1983 in de Grondwet opgenomen. Merkwaardig is dat dat gebeurt op een moment dat het gebouw van de sociale zekerheid al enige tijd af is en de euforie over de sociale zekerheid en de rol van de overheid daarin sterk onder druk staat. De betekenis van de sociale grondrechten is beperkt, meestal scoren zij niet meer dan een mager zesje. Dat blijkt duidelijk in het huidige debat over de privatisering van de sociale zekerheid. Artikel 20 Grondwet biedt nauwelijks bescherming tegen het uitkleden van de publieke sociale zekerheid, zo is het algemene oordeel.[19] De weg terug naar de nachtwakersstaat zou er echter door zijn afgesneden.[20] In dit verband is het nuttig dat men zich realiseert dat Nederland gebonden is aan de minimumnormen van de IAO-Conventie nr. 102, die stellig meer verlangen dan de aalmoes van de nachtwakersstaat.

4 De grens tussen sociale zekerheid en individuele verantwoordelijkheid

Sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid zijn complementaire instrumenten van bestaanszekerheid, zij vullen elkaar aan.[21] De term complementair is overigens niet helemaal adequaat om de relatie volledig te karakteriseren. Zij drukt namelijk niet uit dat de relatie tevens een hiërarchische is. De individuele verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan staat voorop. Slechts wanneer het individu het zelf niet redt, komt de sociale zekerheid in beeld. De sociale zekerheid is dus in wezen een subsidiair instrument. De geschiedenis van de sociale zekerheid laat zien dat men het over het hiërarchische karakter van de relatie tussen sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid in theorie eens was, maar dat de praktijk daar zeker niet altijd aan beantwoordde. In het bijzonder tijdens de bloeitijd van de verzorgingsstaat, de jaren zestig en zeventig, leek het erop dat niet de persoonlijke verantwoordelijkheid, maar de sociale zekerheid de boventoon voerde.

17 Aldus minister De Gaay Fortman (Handelingen TK 1976-1977, p. 2120).

18 TK 1975-1976, 13 873, nrs 1-4, p. 3.

19 Zie bijv. Sociaal-Economische Raad, Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid, Den Haag, 1994, p. 173-176.

20 W.J.P.M. Fase, Sociale grondrechten in de Grondwet, NJCM-Bulletin 1983, p. 208.

21 Zie ook de overbekende rechtsgrondomschrijving van de commissie-Van Rhijn.

Behoeften van het - aanvankelijk vooral mannelijke (zie par. 5) - individu werden in aanspraken vertaald, die vervolgens bijna automatisch door de gemeenschap werden gehonoreerd. De hiërarchie was omgedraaid.

De voorbeelden van de complementariteit van sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid zijn talrijk: wachtdagen, maximumdagloon, maximumuitkeringsduur, uitsluiting van zelfstandigen van de werknemersverzekeringen, eigen bijdragen, middelentoetsen, verhaal van bijstand tegen een nihilbeding in, etc. Een ander voorbeeld is de loongrens die nu nog in de Ziekenfondswet voorkomt, maar tot de komst van de WAO ook in veel andere sociale-zekerheidsregelingen, zoals de ZW en de Werkloosheidswet (WW), was opgenomen. Die loongrens was een welstandsgrens. Wie een hoger inkomen had dan de loongrens aangaf, werd geacht over voldoende middelen te beschikken om het betreffende risico zelf te dragen. Men viel buiten de verplichte verzekering, ook voor het gedeelte beneden de loongrens. De loongrens was een scherpere markering tussen sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid dan de maximumverzekeringsgrens in de huidige sociale verzekeringen. Die laatste grens bepaalt immers de bovengrens van de verzekering waartoe men, ongeacht de hoogte van het inkomen, behoort. De loongrenzen in de ZW en de WW zijn in de jaren zestig zonder veel protest geschrapt. Argumenten als: ook werknemers boven de loongrens lopen het risico van werkloosheid of arbeidsongeschiktheid, belanghebbenden blijken, hoewel dat wel mocht worden verwacht, zelf geen verzekering af te sluiten en ook hun werkgevers zijn daartoe niet bereid, waren in die tijd voldoende overtuigend.[22] Nu zouden zij dat waarschijnlijk niet meer zijn. Ik wijs op de recente 'privatisering' van de ZW. Deze geldt zelfs voor alle werknemers in dienstbetrekking, dus los van hun inkomen. De tijden zijn veranderd. De afschaffing van de loongrenzen past goed bij het eerder gesignaleerde verschijnsel van de omgekeerde hiërarchie tussen sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid.

De tot nu toe genoemde voorbeelden hebben veelal een digitaal karakter: hetzij sociale zekerheid, hetzij persoonlijke verantwoordelijkheid. De belanghebbende kan hier niet kiezen, de twee mogelijkheden zijn gedragsonafhankelijk. Maar er zijn ook voorbeelden waar dat anders is. Denk aan de volgende verplichtingen: voorkomen dat men verwijtbaar werkloos wordt, passende arbeid aanvaarden en het uitvoeringsorgaan volledig en op tijd informeren. Schiet men tekort, dan krijgt men de rekening gepresenteerd, de gemeenschap betaalt niet (mee).

Dat er ergens een grens is tussen sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid die niet mag worden overschreden, wordt niet betwist. Die grens moet ook worden bewaakt. Toch passen hier enkele kanttekeningen. De ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de persoon van de dader behoren in een rechtvaardig en evenwichtig sanctiesysteem een rol te spelen en zullen dat ook doorgaans doen.[23] Verder is van belang dat de opvattingen over de grensbepaling tussen sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid meedeinen met de golfslag van de maatschappe-

22 Zie TK 1963-1964, 7171, nr. 3, p. 13-14, nr. 8, p. 11-12 en TK 1963-1964, 7735, nr. 3, p. 7.

23 Voor een voorbeeld waarin de wetgever ver over de schreef gaat, zie J.J.A. Kooijman, Verwijtbaar werkloos? Naar de bijstand!, SMA 1995, p. 493-509.

lijke, financiële en economische ontwikkelingen. De van tijd tot tijd oplaaiende discussie over de invulling van het begrip passende arbeid tussen voorstanders van een zachte en een harde aanpak is daar een mooi voorbeeld van. Voor het mensbeeld 1946-1996 is van belang dat de harde benadering in 1996 de dominante is. De lijn loopt van de - overigens onjuiste - opvatting dat een werkloze pas het derde aanbod van passende arbeid behoeft te aanvaarden[24] over het niet gerealiseerde voorstel van de liberale Teldersstichting Commissies Passende Arbeid in te stellen[25] en de onverbindende ministeriële Richtlijn passende arbeid[26] naar de recente algemene maatregel van bestuur voor werkloze schoolverlaters en werkloze academici met arbeidservaring ex artikel 24, lid 4 WW.[27]

Ook de vorige en de huidige Bijstandswet zitten vol verwijzingen naar de elkaar aanvullende sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid. Misschien is de Bijstandswet wel het symbool van die symbiose. In artikel 14, lid 1, Abw is sprake van 'besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan'. Schiet men in dat besef tekort, dan heeft dat consequenties voor het recht op en de hoogte van de bijstandsuitkering. Individuele verantwoordelijkheid, die voorrang heeft, naast collectieve solidariteit, met een stok achter de deur. In geen enkele andere sociale-zekerheidswet is zo expliciet sprake van de verantwoordelijkheid van het individu voor de voorziening in het bestaan als in de Abw. Wanneer gedraagt de bijstandsbehoevende zich normconform? Gaat men de rechtspraak op dit punt na, dan rijst daaruit het beeld op van de wat brave burger die behoort te sparen voor zijn volgende bankstel, zich niet aan uitspattingen mag overgeven, zijn vorderingen moet innen en zich 'rondom' dient te verzekeren. Zo heeft hij/zij alles in de hand -- behalve natuurlijk zijn werkgever, die hem kan ontslaan, en haar echtgenoot, die haar kan verlaten. In die twee gevallen kan een beroep op de Abw worden gedaan.[28]

5 Intermezzo: intermediaire verbanden

Sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid werden complementaire instrumenten van inkomens- en bestaanszekerheid genoemd. Dat is juist, maar toch ontbreekt hier iets essentieels. Zij zijn namelijk niet de enige instrumenten op dat terrein. Immers, ook de intermediaire verbanden zijn van belang. Alleen de kerk kwam even ter sprake (par. 2), het gezin en de arbeidsgemeenschap, beide van veel meer belang dan de kerk, nog niet. Op de intermediaire verbanden kan door het individu een beroep worden gedaan, wanneer de eigen middelen en de sociale zekerheid ontbreken of onvoldoende zijn. De twee-eenheid (sociale zekerheid en persoonlijke

24 Zie CRvB 29 september 1958, RSV 1958/118.

25 Zie voor dit voorstel van de Teldersstichting: Sociale wetgeving; misbruik, oneigenlijk gebruik, nieuwe wegen, 's-Gravenhage, 1972, p. 34.

26 Richtlijn passende arbeid van 13 mei 1992, PS 1992/340.

27 KB van 1 december 1995, Stb. 1995, 604.

28 In 64% van de gevallen is werkloosheid de oorzaak van de bijstandsbehoefte, in 23% echtscheiding en verlating (Onderzoekscommissie toepassing ABW, Het recht op bijstand: naar een beheerst proces bij de toekenning van bijstand, Den Haag, 1993, p. 23).

verantwoordelijkheid) is in feite een drie-eenheid (sociale zekerheid, persoonlijke verantwoordelijkheid en intermediaire verbanden).

Ook hier doen zich vragen voor naar de grens tussen - in het bijzonder - de intermediaire verbanden en de sociale zekerheid. Het is lastig om daarover in algemene zin iets te zeggen. De scheidslijn is onvast, zij verschuift ook in de tijd. Ik stip enkele voorbeelden aan die betrekking hebben op de relatie tussen het gezin en de sociale zekerheid.[29]

Sinds ongeveer twintig jaar is er in de Nederlandse sociale zekerheid een ontwikkeling aan de gang die de gehuwde vrouw een zelfstandige plaats verschaft onder de sociale-zekerheidszon. Factoren die voor die ontwikkeling van belang zijn, zijn de toegenomen arbeidsparticipatie van de vrouw, de doorwerking van het juridische gelijkheidsbeginsel en de algemene tendens tot individualisering. Daarvóór moest de gehuwde vrouw een beroep doen op het gezin, in feite op het inkomen van de in het gezin aanwezige mannelijke kostwinner. Hier zien wij een verschuiving van de grens. De rol van het intermediaire verband wordt minder belangrijk, die van de sociale zekerheid neemt toe. Terzijde: het is opvallend dat deze verschuiving zich grotendeels voordoet in een tijd waarin de positie van de sociale zekerheid overigens aan het afbrokkelen is.

Ongeveer tegelijkertijd voltrekt zich een volledig tegengestelde ontwikkeling, namelijk van sociale zekerheid naar gezin. Ik doel in eerste instantie op de zich vooral in de jaren tachtig doorzettende tendens van gelijke behandeling van niet-huwelijkse en huwelijkse samenlevingsverbanden. De partners in de niet-huwelijkse verbanden worden gedeïndividualiseerd, zij maken voortaan deel uit van een voor de sociale zekerheid relevant intermediair verband. Andere voorbeelden van het toenemend belang van het gezin/samenlevingsverband vindt men in de gezondheidszorg, waar de informele hulp een steeds meer centrale plaats krijgt, en de bijstand, waar de jongeren tot 21 jaar naar het ouderlijk huis worden teruggestuurd. Een zelfstandig recht op uitkering komt hun slechts bij uitzondering toe.[30] Het individu wordt in deze gevallen, wanneer het zich niet zelf kan redden, verwezen naar de intermediaire verbanden, wat herinneringen oproept aan de eerste tijd na de Tweede Wereldoorlog. Deze ontwikkeling spoort weer wel met de zojuist genoemde afbrokkelende positie van de sociale zekerheid.

6 De burger als profiteur

In 1965 verscheen een rapport van het Nederlands Gesprek Centrum over het onderwerp Sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid.[31] De centrale vraag van het rapport was of de sociale zekerheid de persoonlijke verantwoordelijkheid bedreigde,

29 Voorbeelden van de relatie arbeidsgemeenschap en sociale zekerheid vindt men bij Fase (zie noot 2).

30 Zie art. 9 en 10 Abw.

31 Nederlands Gesprek Centrum, Sociale zekerheid en persoonlijke verantwoordelijkheid, Kampen/Utrecht-Antwerpen/Den Haag, 1965.

aantastte en uitholde. Aandacht werd besteed aan de verminderde arbeidslust, het overnemen door de gemeenschap van verantwoordelijkheid die 'van nature' bij de individuen behoort te liggen en aan het misbruik van de sociale zekerheid. Hoewel het rapport een wat moralistische smaak nalaat, is de centrale vraag een legitieme, de aandachtspunten zijn interessant. Het zijn ook vragen en aandachtspunten van deze tijd, zij het dat zij nu veel zakelijker worden verpakt. Ik beperk mij vooral tot het misbruik.

Het is niet duidelijk of er een bijzondere aanleiding voor het uitbrengen van het rapport was. Waarschijnlijk niet. Vanaf de opkomst van de sociale zekerheid is er - vooral van de rechterkant van de maatschappij - kritiek op een bepaald aspect van de sociale zekerheid uitgeoefend. Zij zou, samengevat, een lazy man's paradise zijn, en een leven zonder risico, zonder uitdaging, betekenen. De sociale zekerheid zou zwakke, afhankelijke mensen kweken. Het antwoord dat het rapport op de centrale vraag geeft, is nogal mistig. 'Het valt allemaal nogal mee', lijkt de teneur te zijn. Een dergelijke reactie is ook wel begrijpelijk als men weet dat de samenstellers van het rapport alle levensbeschouwelijke richtingen vertegenwoordigden.

Was het rapport qua inhoud weinig helder, het markeerde wel het begin van een politieke en maatschappelijke discussie over misbruik en oneigenlijk gebruik, die vooral door de VVD is gestimuleerd. Het VVD-kamerlid - later staatssecretaris van Sociale Zaken - Rietkerk moet in dezen met name worden genoemd. Binnen en buiten de Tweede Kamer heeft hij zich met het thema van het rapport beziggehouden.[32] De discussie resulteerde in wettelijke maatregelen ter bestrijding van, eerst, het oneigenlijk gebruik van de sociale zekerheid en, later, het misbruik van de sociale zekerheid. Oneigenlijk gebruik, het verkennen van de grenzen van de wettelijke mogelijkheden, moest worden bestreden vanwege de infecterende werking ervan. Het tegengaan van oneigenlijk gebruik werd als betrekkelijk eenvoudig gezien, het was een technische kwestie. Door enkele, te ruim geformuleerde wettelijke bepalingen aan te passen kon aan wat later gebruikersruimte is gaan heten een einde worden gemaakt.[33]

De bestrijding van misbruik kwam veel trager van de grond. Lange tijd is door velen, vooral in het politieke midden en aan de linkerkant van het politieke spectrum, ontkend dat er misbruik werd gemaakt van de sociale zekerheid. Hier was duidelijk sprake van een politiek taboe. Een voorbeeld daarvan biedt de ABW. Omstreeks 1970 meende 73% van de Nederlandse bevolking dat er veel misbruik van die wet werd gemaakt. Veel politici waren echter van oordeel dat het allemaal wel meeviel en dat die 73% het bij het verkeerde eind had. Voorts werd gewezen op een steekproef waaruit bleek dat het misbruikpercentage slechts 1 was. Voorlichting zou de 'misvatting' bij de bevolking moeten wegnemen.[34] Een voorstel om in de Bijstandswet een

32 J.G. Rietkerk, Sociale verzekering en eigen verantwoordelijkheid, SMA 1968, p. 159-167, en Handelingen TK 1970-1971, p. 2143 en 2205. Zie ook het in noot 25 genoemde rapport van de Teldersstichting.

33 Wet van 14 december 1977, Stb. 1977, 670.

34 Handelingen TK 1971-1972, p. 4096.

bijzondere strafbepaling terzake van misbruik op te nemen, sneuvelde. De bijstandsbehoevende was geen profiteur, hij behoorde tot de meest kwetsbare groepen van de samenleving. 'Vele duizenden leven liever in armoede dan van de A.B.W. gebruik te maken', zo meende een deel van politiek Den Haag in die tijd.[35] Bijstand was een welzijnsvoorziening en in die sfeer passen geen strafbedreigingen. Ook veel colleges van B en W hadden een tamelijk optimistische kijk op de bijstandsontvanger, hetzelfde gold voor het management van de sociale diensten. Vanaf het midden van de jaren tachtig is men het gelijk van de publieke opinie gaan inzien, waarmee de politici 15 tot 20 jaar bij hun kiezers, de buren van de profiteurs, achterliepen. Dit culmineerde in het aanstellen van sociale rechercheurs en, met de komst van de huidige Bijstandswet, in de verplichting voor de gemeentebesturen om fraudebeleidsplannen op te stellen. In Amsterdam zijn de sociale dienst en de politie, heel symbolisch, in één gebouw gehuisvest.[36] Ook bij andere sociale-zekerheidsregelingen ziet men een zelfde ontwikkeling van misbruikontkenning naar planmatige misbruikbestrijding. Misbruik wordt nu algemeen als een volstrekt onacceptabel verschijnsel afgewezen, misbruik is in feite het verraad van de burger aan de solidariteit van de gemeenschap. Men realiseert zich dat het individu (ook) waar het de sociale zekerheid betreft graag naar zich toerekent. De dankbare burger van kort na de Tweede Wereldoorlog blijkt vijftig jaar later een uiterst berekenende burger te zijn geworden.

7 Mensbeeld anno 1996

Vijftig jaar na de Tweede Wereldoorlog zien wij een - in ieder geval in ideologisch opzicht[37] - krimpende sociale zekerheid. De publicaties over privatisering van de sociale zekerheid zijn talrijk. In zijn huidige omvang is de verzorgingsstaat niet langer betaalbaar en bestuurbaar, zo is de opvatting van rechts tot links. Bovendien sluit hij niet goed aan bij de wensen en capaciteiten van de geïndividualiseerde burger.[38] Deze wil voor zichzelf zorgen en hij kan dat ook. Wat inkomen en ontwikkeling betreft staat hij ver af van de hulpbehoevende burger van kort na de Tweede Wereldoorlog. De sociale zekerheid is te zeer een keurslijf, de zorg van de overheid is te ver doorgeschoten. Het in wezen liberale mensbeeld van de zelfstandige, onafhankelijke en rationeel handelende burger, bepaalt nu vooralsnog de richting van de politieke besluitvorming over de sociale zekerheid. De markt is het dominante welvaart- en welzijnverdelingsmechanisme. De georganiseerde solidariteit garandeert niet meer dan een sociaal minimum, met voor enkele probleemgroepen die geen toegang tot de markt hebben wegens het ontbreken van voldoende financiële middelen of een risico vormen dat voor particuliere verzekeraars niet interessant is, wat meer.

---

35 TK 1971-1972, 11 278, nr. 11, p. 2.

36 President Kennedylaan 11.

37 De sociale-zekerheidsuitgaven vertonen nog geen dalende lijn (zie de Sociale Nota 1996, tabel 1.J., p. 81), voor individuele takken van sociale zekerheid ligt dat mogelijk anders.

38 K. Groenveld e.a., Tussen vrijblijvendheid en paternalisme: bespiegelingen over communitarisme, liberalisme en individualisering, 's-Gravenhage, 1995, p. 99.

Juristen zien er op toe dat ten minste aan de verdragsverplichtingen wordt voldaan. Binnen de sociale zekerheid is het steekwoord 'uitstroombevordering'. De computer draagt de verantwoordelijkheid voor de uitkeringen, de behandelend beambten zijn omgeschoold tot opstellers van traject- en reïntegratieplannen. Met de uitkeringsontvangers worden overeenkomsten afgesloten, waarin wordt vastgelegd op welke wijze en binnen welke tijd zij het systeem weer moeten verlaten. Misbruik van de sociale zekerheid wordt streng bestraft, overconsumptie door het introduceren van eigen risico's tegengegaan.

Op zich heeft dit beeld iets aantrekkelijks. Het individu wordt als een verantwoordelijke volwassene en niet als een voorwerp van zorg benaderd. De verantwoordelijkheid van het individu en de rol van de intermediaire verbanden worden geaccentueerd, de verplichtingen van de sociale zekerheid worden teruggedrongen, waar deze niet langer functioneel zijn. Het beeld beantwoordt aan het uitgangspunt dat de sociale zekerheid in de grond van de zaak een subsidiair instrument is, wat in de hoogtijdagen van de verzorgingsstaat wel eens vergeten is.

Toch vraag ik mij af of het wel verantwoord is dat de individuele verantwoordelijkheid de vormgeving en inrichting van het sociale-zekerheidsstelsel zo sterk bepaalt. Voor belangrijke groepen van de bevolking is individuele verantwoordelijkheid een volstrekt holle uitdrukking, voor velen klanken in een voor hen vreemde taal. Zonder sociale zekerheid komen zij aan de beleving van die eigen verantwoordelijkheid niet toe. Voor hen is sociale zekerheid nog steeds een onmisbare levensvoorwaarde, een opportunity. De afkalving van de sociale zekerheid sluit hen van de maatschappij uit. Moderne sociale-zekerheidsinstrumenten als trajectplannen en uitstroomovereenkomsten zijn goed bedoeld, maar vormen geen inkomenscompensatie, men kan er nu eenmaal niet van eten.

Voorts moet men zich realiseren dat niemand, ook de liberale mens niet, onkwetsbaar is waar het de sociale risico's betreft. Het lot is blind en onberekenbaar. De ervaring leert dat men vaak te lichtvoetig over de eigen toekomst denkt en nalaat passende voorzorgsmaatregelen te treffen, bijvoorbeeld in de vorm van particuliere verzekering. De consequentie daarvan is dat de gemeenschap te zijner tijd voor de schade moet opdraaien, wat haaks staat op het uitgangspunt van de individuele verantwoordelijkheid.

Het meer accentueren van de individuele verantwoordelijkheid gaat veelal gepaard met een versterking van de rol van de intermediaire verbanden op het terrein van de risico-opvang. Een hoofdrol daarbij speelt, naast het gezin, de arbeidsgemeenschap, die, omdat zij die rol niet volledig aankan of aandurft, de hulp moet inroepen van de particuliere verzekeraars. Deze bieden de gevraagde hulp op voorwaarde van collectieve, verplichte verzekering van de te beschermen werknemers. Hier is sprake van een merkwaardige verschuiving van verzorgingsstaat naar, wat Schuyt[39] noemt, verzekeringenstaat.

---

39 C.J.M. Schuyt, Tegendraadse werkingen: sociologische opstellen over de onvoorziene gevolgen van verzorging en verzekering, Amsterdam, 1995, p. 63.

Niet alleen de eerste, maar ook de tweede is gebaseerd op verplicht deelnemerschap. Wie is bij die verschuiving gebaat? Komt de individuele verantwoordelijkheid op deze manier wel meer tot haar recht?

Voor de ontwikkeling van de sociale zekerheid zou het funest zijn, indien zij zou worden versmald tot inkomenszekerheid voor bepaalde probleemgroepen die geen toegang tot de arbeidsmarkt en de particuliere verzekeringsmarkt hebben. Men denke aan vreemdelingen, gehandicapten en langdurig werklozen. In dat geval krijgt de sociale zekerheid een negatief imago. De bereidheid van degenen die, vrij toevallig, in een wat gelukkiger positie verkeren, om eraan mee te betalen, zal sterk afnemen. De solidariteit zal verwateren, de welfare state verworden tot een unfair state. Dat moet worden voorkomen.

In de sociale zekerheid is de laatste jaren veel aandacht besteed aan reïntegratie van arbeidsongeschikten en werklozen. Terecht. Arbeid is - nog altijd - de sleutel tot bestaanszekerheid. Reïntegratie sluit aan op de eigen verantwoordelijkheid voor de voorziening in het bestaan. Reïntegratie en eigen verantwoordelijkheid zijn echter beide afhankelijk van de feitelijke beschikbaarheid van werk in het betaalde-arbeidsproces. Dat werk is in onvoldoende mate aanwezig, althans niet rechtvaardig verdeeld. Voor de werkgevers, voor het individu en voor de overheid ligt hier een uitdagende taak. De energie die nu gaat zitten in het inperken van de sociale zekerheid, kan beter worden besteed aan het creëren van nieuw en het herverdelen van bestaand werk. Met name dit laatste is onvermijdelijk. Voor de overheid betekent dit dat zij meer serieus dan tot nu toe invulling moet geven aan de verplichting van art. 19, lid 1, Grondwet om voldoende werkgelegenheid te bevorderen en ook langs die weg te zorgen voor bestaanszekerheid en spreiding van de welvaart (art. 20, lid 1, Grondwet). Werkgevers mogen hun maatschappelijke verantwoordelijkheid niet langer afkopen of zich verschuilen achter de fetisj van de markt. Verantwoordelijkheid is nu eenmaal een normatief verschijnsel. Dit geldt overigens ook voor de verantwoordelijkheid van het individu. Verantwoordelijkheid is in feite een verplichting, zoals sociale zekerheid ook een verplichting hoort te blijven.

Gelijkberechtiging van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid. Van een kostwinnerscultuur naar een erkenning van de onbetaalde zorgarbeid?

K. WENTHOLT

1 Inleiding

Ontegenzeggelijk heeft er zich op het gebied van de sociale zekerheid een strijd voor gelijkberechtiging van mannen en vrouwen voorgedaan. Met een beroep op met name EG-Richtlijn 79/9 (gelijke behandeling in de sociale zekerheid) en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) zijn er zeer veel juridische procedures gevoerd teneinde direct en indirect discriminerende bepalingen in de sociale zekerheid te bestrijden. Als de resultaten op een rijtje worden gezet, dan kan dat niet anders dan teleurstellend worden genoemd. Zo is de oorspronkelijke uitsluiting van gehuwde vrouwen van de AAW weliswaar ten gunste van gehuwde vrouwen gerepareerd, maar dit heeft geleid tot een verslechtering voor andere groepen (vrouwen en mannen). De in procedures verdedigde stelling dat de kostwinnerstoeslagen indirect discriminerend waren is uiteindelijk niet overgenomen.

Al in 1973 constateerden Asscher-Vonk en Van den Heuvel dat ons sociaal zekerheidsstelsel is gegrondvest op het kostwinnersdenken. Uitgegaan wordt van een bepaalde rolverdeling binnen het gezin, waarbij de man kostwinner is en de vrouw belast is met de zorg voor het huishouden en de opvoeding en geen verzekeringswaardige arbeid verricht.[1] Deze gedachte is in latere jaren steeds meer uitgewerkt, waarbij de ongelijke positie van mannen en vrouwen ten opzichte van de betaalde en de

1 I.P. Asscher-Vonk en L.H. van den Heuvel, Rapport Vrouw en Sociale Verzekering (verkorte versie), Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1974.

onbetaalde arbeid een belangrijke rol in de analyse van de sociale zekerheid ging spelen.[2] De betaalde arbeid is (zij het in steeds mindere mate) met name het domein van mannen, vrouwen zijn voor een belangrijk deel geheel of gedeeltelijk afhankelijk van, zoals Holtmaat het heeft benoemd, inkomensdeling in leefverband. Deze tweedeling heeft niet alleen tot gevolg dat er een stelsel van aan vooral mannen ten gunste komende kostwinnersvoordelen is ontstaan en blijven bestaan, maar deze heeft ook consequenties voor het recht op uitkering via de relatie tussen het recht op sociale zekerheid en de band met het arbeidsproces.

Verschillende in het onderzoeksrapport van Asscher-Vonk en Van den Heuvel aangehaalde tekenen van het kostwinnersdenken zijn inmiddels geëlimineerd. Van een uitsluiting van gehuwde vrouwen, denk aan de WWV, de AAW en de minimumgrondslag in de WW, is inmiddels geen sprake meer; ook weduwnaars krijgen (voor zolang als het nog duurt) een AWW-uitkering; AOW en de kinderbijslag worden niet meer als vanzelfsprekend aan de man uitbetaald; het recht op gehuwdenpensioen AOW hangt niet meer af van het 65-worden van de man en de WW kent (dit overigens al sinds 1964) geen speciale, laagste, uitkeringscategorie meer voor de gehuwde vrouw. Dit kostwinnersdenken was ook te zien in de voorwaarden die bijvoorbeeld in de WW werden gesteld om in aanmerking te komen voor een WW-uitkering. In eerste instantie via de uitsluiting van 'arbeid van bijkomstige aard', waarvoor onder meer bepalend was in welke verhouding het inkomen dat door vrouwen met de betreffende arbeid werd verdiend stond tot het totale gezinsinkomen. Na het schrappen van deze zinsnede in 1964 was de gedachte dat kleine banen niet verzekeringswaardig zijn, echter nog niet uit de WW verdwenen. Dit kwam nu naar voren in de redenering dat er geen sprake kan zijn van werkloosheid als er produktieve arbeid van enige omvang werd verricht. Hieronder werd ook de zorg voor gezin en huishouden verstaan, zodat vrouwen, afhankelijk van de omvang van deze 'resterende dagtaak', geen recht op WW-uitkering hadden. Sinds de jaren '70 is er een kentering in de jurisprudentie te zien en wordt het accent gelegd op de vraag of er sprake is van het 'in betekende mate niet in een voor hem of haar normaal te achten omvang werk hebben', waarbij de huishoudelijke arbeid een steeds meer ondergeschikte rol gaat spelen, omdat de vraag naar de beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt centraler komt te staan.

Dit wil echter niet zeggen dat het kostwinnersdenken daarmee niet langer aanwezig is in de sociale zekerheid. Met name in de verschillende toeslagregelingen komt dit denken sterk naar voren. Met het verlagen van de uitkeringspercentages en daarmee van het individuele uitkeringsniveau in de werknemersverzekeringen werkt dit kostwinnersdenken overigens zwaarder door in de op zichzelf geïndividualiseerde uitkeringen. In die zin is het verdwijnen van het kostwinnersdenken in de hier bovenbedoelde regelingen weer 'ingehaald' door het verlagen van de uitkeringspercentages in de werknemersverzekeringen.

In deze bijdrage wil ik enkele overblijfselen van het kostwinnersdenken in de huidige sociale zekerheid de revue laten passeren, waarbij de vraag aan de orde komt

2 Zie onder andere R. Holtmaat, Met zorg een recht?, Zwolle 1992; K. Wentholt, Arbeid en zorg, Amsterdam 1990.

of de sociale zekerheid nu meer toegesneden is op een mensbeeld waarin vrouwen niet langer primair als 'huisvrouw' worden beschouwd. Het spreekt voor zich dat niet de sociale zekerheid in extenso besproken wordt; ik licht er slechts enkele aspecten uit.

2 Toeslagregelingen

Met name aan de uitspraken in de zaak Teuling-Worms is te illustreren hoe een argument vertaald naar het juridische discours noodzakelijkerwijs van inhoud verandert.[3] Deze zaak had betrekking op de kostwinnerstoeslag in de AAW.[4] De kritiek op een stelsel van toeslagen is tweeërlei: vrouwen komen daarvoor minder in aanmerking omdat ze vaker een verdienende partners hebben en ze zijn potentieel remmend voor de arbeidsparticipatie van vrouwen omdat een inkomen van vrouwen een verlagend effect heeft op het inkomen van hun echtgenoot. Maar alleen het eerste argument komt in de juridische discussie aan bod, aangezien moet worden nagegaan of de regeling verschillend uitwerkt voor mannen en vrouwen. Voor het tweede argument is echter geen plaats. In het kader van de 'indirecte discriminatietoets' moet worden nagegaan of de 'gehanteerde middelen' (de toeslagenregeling) geschikt en noodzakelijk zijn om het doel (het garanderen van een sociaal minimum) te bereiken. Deze toets levert andere vragen op. Het draaide uiteindelijk om de vraag of de AAW-toeslagenregeling nu wel of niet te ruime vrijlatingsbepalingen kende. Elke vrijlating meer ontnam simpel gezegd het karakter van een garanderen van het sociaal minimum, waardoor de regeling niet langer 'geschikt' en 'noodzakelijk' kon worden geacht om een minimuminkomen te garanderen. Zoals bekend oordeelde de CRvB uiteindelijk dat de AAW-vrijlatingsbepalingen onvoldoende afdeden aan het minimumkarakter van de AAW en werd de AAW derhalve niet discriminerend geacht. De door verschillende rechters gegeven uitspraken in de zaak Teuling-Worms zijn uitputtend besproken en gekritiseerd in de literatuur. De aard van de AAW als gecombineerde loondervingsverzekering en sociaal minimumregeling kwam in het arrest van het EG-Hof niet uit de verf en de CRvB ging wel erg laks om met de indirecte discriminatietoets, maar dit neemt het belangrijkste probleem niet weg te weten dat de op de maatschappelijke gevolgen gerichte kritiek van 'de' vrouwenbeweging niet op die wijze in de indirecte discriminatietoets verwerkt kan worden.

Jurisprudentie over kostwinnerstoeslagen in andere sociale zekerheidswetten maakt steeds duidelijker dat in juridische zin deze objectief gerechtvaardigd zijn.[5] Met andere woorden, de kostwinnersgedachte blijft ondanks het verbod om onderscheid naar geslacht te maken overeind.

---

3 Onder andere HvJEG 11 juni 1987, NJ 1988, 103; RvB Amsterdam 29 december 1987, NJCM-bulletin 1988, p. 104; CRvB 19 april 1990, RSV 1990, 323.

4 Voor een overzicht van de jurisprudentie met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de AAW: C.F. Sparrius, Variaties op een schema, Lelystad 1994.

5 HvJEG 19 november 1992, AB 1993, 52; CRvB 30 maart 1993, RSV 1993, 286.

3 Het primaat van de betaalde arbeid

Het is uiteraard een open deur te stellen dat de sociale zekerheid uitgaat van het primaat van de betaalde arbeid. Iets anders is te wijzen op de verschillende verschijningsvormen hiervan. Hieronder ga ik op enkele van die verschijningsvormen in.

3.1 Het loondervingskarakter van de AAW

Het (mede) loondervingskarakter van de AAW is, zoals gezegd, een van oorzaken geweest van de juridische commotie rond het wel of niet gerechtvaardigd zijn van de kostwinnerstoeslagen in de AAW. Daarnaast zijn er verschillende procedures gevolgd die te maken hebben met de individuele grondslag voor deeltijdwerkers en de 'inkomenseis' in de AAW. In de kwestie Ruzius-Wilbrink meende het EG-Hof dat de individuele grondslag voor deeltijders in strijd was met de derde EG-Richtlijn.[6] Het argument van de Nederlandse overheid dat deze regeling in overeenstemming was met het beginsel dat de uitkering niet hoger mag zijn dan het gederfde inkomen, was in de ogen van het EG-Hof onvoldoende nu andere groepen, zoals vroeggehandicapten niet aan een inkomenseis hoeven te voldoen, zodat er voor hen geen koppeling is tussen gederfd loon en de uitkering. De CRvB meende echter dat deze verschillende benadering in de AAW wel toegestaan was, omdat hieraan geoorloofde nevendoelstellingen van sociaal beleid ten grondslag lagen.[7] Het blootleggen van de, wel of niet gerechtvaardigde, inconsistentie in de AAW met betrekking tot de grondslagenregeling, heeft geleid tot het voorstel voor iedereen een individuele grondslag in het leven te roepen met het minimumloon als maximum.

In dit wetsvoorstel zit tevens vervat de discussie over de inkomenseis in de AAW.[8] In dit voorstel is de inkomenseis vervangen door een '22 gewerkte dagen eis', die voor een ieder geldt met uitzondering van vroeggehandicapten. Vergelijkbare vragen als bij de kostwinnerstoeslag en bij de individuele grondslag spelen bij de inkomenseis een rol. De CRvB heeft gesteld dat de hoogte van deze inkomenseis in strijd is met artikel 26 IVBPR omdat deze eis veel meer vrouwen dan mannen treft.[9] Een inkomensdervingseis kan op zichzelf gerechtvaardigd zijn, maar het bedrag is in belangrijke mate te hoog. Geëist kan slechts worden dat er sprake is van enig inkomen. In het arrest Roks verwerpt ook het EG-Hof de inkomenseis nu budgettaire overwegingen geen objectieve rechtvaardigingsgrond opleveren voor het optredende effect dat met name vrouwen niet kunnen voldoen aan de inkomenseis.[10]

De parlementaire behandeling van wetsontwerp 22 968 is (ten tijde van het schrijven van deze bijdrage) nog niet afgerond, maar ik vermoed dat de regering geen gevolg

6 HvJEG 13 december 1989, RSV 1990, 313, m.n. S. Feenstra.
7 CRvB 6 juni 1991, RSV 1992, 75, m.n. F.W.M. Keunen.
8 T.K. 1991-1993, 22 968.
9 CRvB 23 juni 1992, RSV 1992, 317.
10 HvJEG 24 februari 1994, RN 1994, 417.

geeft aan de het voorstel van het 'Comité gelijke rechten nu' om verzorgers van kinderen een fictief inkomen toe te kennen ter hoogte van het minimumloon, zodat ze bij arbeidsongeschiktheid recht hebben op een AAW-uitkering.[11] Het gaat hier ook om diegenen die in verband met de zorg voor kinderen (of anderen) hun beroepsarbeid tijdelijk onderbreken. Ongetwijfeld vanuit een verschillende perspectief hebben zowel Groen Links, D66 als de RPF gevraagd te bezien of er wellicht een 'verzorgingsforfait' kan worden ingevoerd. Bij de vaststelling van de referteperioden van arbeidsongeschikten met zorgtaken zou moeten worden geabstraheerd van de tijdvakken die zij hebben besteed aan de verzorging van kinderen jonger dan 12 jaar.[12] Groen Links en de GPV wijzen daarbij op het lage realiteitsgehalte van de argumentatie van het kabinet dat het besluit van vrouwen voor hun kind te gaan zorgen en af te zien van (verdere) participatie op de arbeidsmarkt een 'eigen keuze' zou zijn.

3.2 Arbeidsverledeneis als ontstaansvoorwaarde WW

De in maart 1995 inwerking getreden aanzienlijke verscherping van de referte-eis en de arbeidsverledeneis heeft in belangrijke mate de toegang tot de WW als loondervingsverzekering bemoeilijkt. Voor diegenen met een minder sterke band met de arbeidsmarkt, denk aan herintredende vrouwen, ligt slechts de WW als minimumregeling in het verschiet. Fase heeft al gewezen op het feit dat deze wijzigingen nauwelijks bediscussieerd zijn door het Parlement.[13] De inschatting is dat voor bijna de helft van de werkloos wordende werknemers de WW het karakter van een loondervingsverzekering verliest, omdat zij een minder sterke band met de arbeidsmarkt hebben.[14]

De WW kent sinds maart 1995 niet alleen een verscherpte, maar ook een dubbele referte-eis. Om in aanmerking te komen voor een loongerelateerde uitkering (van 70%) moest men voorheen in de laatste 52 weken in 26 weken arbeid hebben verricht (de referte-eis). Deze had de duur van zes maanden, die werd verlengd afhankelijk van arbeidsverleden en leeftijd, als men tevens voldeed aan de zogenaamde 3 uit 5 eis: in de vijf jaar voorafgaande aan de werkloosheid in drie jaar arbeid hebben verricht (de arbeidsverledeneis). Beide eisen zijn verscherpt: nu moet men in de laatste 39 weken in 26 weken arbeid hebben verricht en de 3 uit 5 eis is een 4 uit 5 eis geworden: men moet de laatste vijf jaar vier jaar arbeid hebben verricht. Een belangrijke aanscherping zit in het vervolg. Om überhaupt in aanmerking te komen voor een loongerelateerde uitkering moet men aan beide eisen voldoen. Voldoet men slechts aan de eerste eis, in de laatste 39 weken in 26 weken arbeid hebben verricht, dan komt men alleen in aanmerking voor een kortdurende uitkering van zes maanden ter hoogte van 70% van het minimumloon (of 70% van het dagloon als dit lager is dan het minimumloon).

---

11 Zie Joke Bol, Delen of dokken, Nemesis 1994, p. 143 e.v.

12 TK 1992-1993, 22 968, nr. 5, p. 14 e.v.

13 W.J.P.M. Fase, 'Werkloosheidswet aanzienlijk ontoegankelijker', NJB 1995, p. 670.

14 Zie ook TK 1994-1995, 23 985, nr. 3, p. 18.

Wel is de vervolguitkering (70% van het minimumloon, ingaande na het einde van de duur van de loongerelateerde uitkering) verhoogd van één naar twee jaar. Maar hiervoor komen dus alleen diegenen in aanmerking die aan de beide ontstaansvereisten voldoen.

In de schriftelijke parlementaire behandeling wordt er in een afzonderlijke paragraaf steeds aandacht besteed aan gevolgen voor de positie van vrouwen', maar hierover wordt niet buitengewoon moeilijk gedaan. Het effect van de nieuwe toelatingsvoorwaarden is groot voor zowel mannen als vrouwen. Het verschil is volgens het kabinet echter marginaal. De consequenties van de instroombeperking zijn wat betreft de scherpere wekeneis voor vrouwen marginaal ingrijpender, terwijl de 4 uit 5 eis juist iets meer gevolgen voor mannen heeft. Gemakshalve wordt van regeringszijde, hiertoe overigens wel uitgenodigd door CDA, D66 en GroenLinks, niet ingegaan op het feit dat dit verschil optreedt ten opzichte van de huidige wekeneis en 3 uit 5 eis. Een discriminerend effect van de 3 uit 5 eis zal op die manier versterkt worden.[15] Volgens onderzoek van de SVr en het GAK uit 1985 trad dit effect wel op, de CRvB denkt hier echter anders over, althans waar het om oudere vrouwen gaat.[16] Het is in ieder geval wat wrang dat het kabinet opmerkt dat de wetswijziging voor vrouwen juist positief is omdat de vervolguitkering verlengd wordt. Op zichzelf is het juist dat omdat de populatie met een vervolguitkering met name uit vrouwen bestaat en omdat vrouwen vaker dan mannen een partner met inkomen hebben, het belang van vrouwen bij verlenging van de vervolguitkering groot is. Na afloop van de vervolguitkering zullen immers weinig vrouwen zelfstandig recht op een bijstandsuitkering hebben. Dit neemt echter niet weg dat de mogelijk discriminerende effecten van de dubbele en verzwaarde referte-eis hadden moeten worden onderzocht.

3.3 De (niet) erkenning van onbetaalde zorgarbeid

De mogelijk nadelige effecten voor vrouwen worden verzacht door de regeling van het verzorgingsforfait in de WW. Hierdoor wordt voor de referteperiode tevens meegeteld de periode waarin men (mannen of vrouwen) de zorg heeft gehad voor kinderen. Betreft het kinderen jonger dan zes jaar, dan telt deze periode in zijn geheel mee. Gaat het om de zorg voor kinderen tussen zes en twaalf jaar dan telt de verzorgingstijd voor de helft mee (overigens onafhankelijk van de vraag of daadwerkelijk gezorgd is; het 'hebben' van een (pleeg)kind is voldoende). Omdat het verzorgingsforfait maar aan één ouder toekomt, zou het, zeker nu de toegang tot de WW drastisch beperkt is en de 4 uit 5 eis al bij de intrede van belang is geworden, interessant zijn cijfers te zien over de vraag aan wie van de partners het onderzoeksforfait wordt toebedeeld en in hoeverre de vraag naar de feitelijk verrichte zorg daarbij een rol speelt.

---

15 TK 1994-1995, 23 985, nr. 4, p. 9.

16 SVr-rapport 'De uitkeringspositie van werklozen in de nieuwe Werkloosheidswet', 19985, R85/11; CRvB 9 april 1991, RSV 1991. 247.

Zijn hiervoor de consequenties van het kostwinnersdenken voor het in aanmerking komen voor een uitkering aan de orde gekomen, het eveneens met het kostwinnersdenken samenhangende primaat van de betaalde arbeid komt terug in de voorwaarden die worden gesteld om in aanmerking te blijven komen voor een uitkering. Zo beperkt de inhoudgeving van het begrip 'zijn arbeid' in de ZW zich tot de betaalde arbeid. Door niet het geheel van de arbeidsverrichting, bestaande uit een combinatie van betaalde en onbetaalde arbeid, als uitgangspunt te nemen, verdwijnt een specifieke oorzaak van overbelasting van met name vrouwen uit beeld.[17] Dit uitgangspunt van de ZW is echter niet te bestrijden met behulp van de in de derde EG-Richtlijn en het IVBPR neergelegde discriminatieverboden en zal, gezien de privatiseringsontwikkelingen in de sociale zekerheid, evenmin door overheidsingrijpen gecorrigeerd gaan worden. Voor wat betreft de WW heb ik al eerder betoogd dat in de ten behoeve van de uitvoeringspraktijk gehanteerde concepten heel goed rekening gehouden zou kunnen worden (en veelal ook wordt) met zorgtaken van werkloze werknemers.[18] Evenzogoed kan het aspect van de onbetaalde arbeid echter veronachtzaamd worden. Zo is het de vraag in hoeverre vrouwen zich beperkt beschikbaar mogen stellen met betrekking tot specifieke arbeidstijden. Dat een beperkte beschikbaarstelling voor deeltijdwerk geen problemen meer oplevert is immers iets anders dan met betrekking tot de verdeling van de arbeidsduur over de werkweek. Hiernaast is het de vraag hoe de criteria met betrekking tot de passendheid van de arbeid toegepast worden. Uit de rechtspraak, bevestigd en voorzien van halfjaarlijkse cesuren in de Richtlijn passende arbeid, blijkt dat de criteria ruimer worden geïnterpreteerd naarmate de werkloosheid langer duurt. Binnen die stapsgewijze verruiming is echter nog steeds ruimte voor een individuele beoordeling, waarbij rekening gehouden kan worden met het feit dat werkloze werknemers zorgtaken hebben en daardoor terecht eisen stellen met betrekking tot bijvoorbeeld werktijden en reistijden. Onderzoek naar de uitvoeringspraktijk in deze is wenselijk.

De in de heringerichte Algemene bijstandswet (Abw) opgenomen 'arbeidsplicht' voor bijstandsgerechtigden met kinderen ouder dan vijf jaar, mag in een overzicht als dit uiteraard niet ontbreken. Kenmerkend voor de categorie 'bijstandsmoeders' is dat hun situatie vrijwel categoriaal viel onder de 'redenen van medische, sociale of andere aard' die zich verzetten tegen aan de bijstand te stellen voorwaarden (artikel 3, eerste lid ABW-oud).[19] Afhankelijk van het gehanteerde beleid, waarbij de laatste jaren een aanscherping is te zien, wordt als de kinderen ouder zijn, onder omstandigheden, wel een arbeidsplicht opgelegd.[20] De heringerichte Abw gaat uit

17 K. Wentholt, Arbeid en zorg, hoofdstuk 9, Amsterdam 1990.

18 Idem, met name hoofdstuk 8.

19 Zie over de categorie bijstandsmoeders R. Holtmaat, 'Bijstandsvrouwen. De produktie van een nieuw type vrouw in het bijstandsrecht', Recht&Kritiek 1994, pp. 248-271.

20 Zie voor het beleid in Leiden en Rotterdam de studie van K. Festen-Hoff, Vrouwen uit de bijstand. Verslag van een onderzoek naar de bevordering van de zelfstandige voorziening in het bestaan bij twee Sociale Diensten, Rijksuniversiteit Leiden, Afdeling Vrouw en Recht 1992.

van meer activering richting arbeidsmarkt dan nu het geval is.[21] Hoe dit zou uitpakken voor bijstandsmoeders die tot nu relatief 'met rust' werden gelaten als het om de inschakeling in de arbeid ging, is een van de aandachtspunten in de parlementaire behandeling (en daarbuiten) geweest. Oorspronkelijk voorzag het wetsvoorstel in een bepaling dat ten aanzien van ouders met een verzorgende taak voor (pleeg)kinderen jonger dan 12 jaar de verplichtingen in het kader van (onder meer) de inschakeling in de arbeid worden afgestemd op die zorgtaken, waarbij opgemerkt zij dat deze verplichtingen aan beide ouders kunnen worden opgelegd. De gedachte was dat de leeftijdsgrens niet meer dan een indicatie was. Het gaat in de Abw tenslotte om maatwerk. Beoogd werd dat zorgtaken voor kinderen onder de 12 jaar een indicatie zouden geven tot vrijstelling van in ieder geval de plicht tot het aanvaarden van voltijdswerk. Het volgen van arbeidsmarktgerichte scholing of het aanvaarden van een deeltijdbaan zouden echter, afhankelijk van de situatie van de betrokken bijstandsgerechtigde, wel degelijk kunnen worden gevraagd. En ook zou als regel de noodzaak om in het bijzonder met de zorg voor het kind rekening te houden vervallen als het kind ouder werd.[22] Naar aanleiding van de beruchte Beleidsbrief vernieuwing Abw werd de voorzichtige ontheffing van de arbeidsplicht voor verzorgers van kinderen onder de twaalf jaar geschrapt, aangezien het hanteren van een leeftijdsgrens in feite haaks stond op het uitgangspunt van individuele maatwerk.[23] Na kamerbrede aanvaarding van de motie Schutte werd uiteindelijk in artikel 107 toch een leeftijdsgrens opgenomen, implicerende dat aan de ouder met een volledig verzorgende taak voor kinderen jonger dan 5 jaar, ontheffing van onder andere de arbeidsplicht wordt verleend. Voor diegene die deze zorg deelt (bijvoorbeeld een co-ouder of twee samenwonende ouders) geldt dat ofwel één ouder wordt vrijgesteld, ofwel beiden geacht worden zich voor de helft van de arbeidstijd beschikbaar te stellen.

Zonodig moet de onderlinge taakverdeling van de ouders worden aangepast aan de omstandigheid dat één van de ouders meer kans op een baan heeft. Dit kan meebrengen dat de individueel afgesproken keuze dat de vrouw voor het kind zorgt wordt doorbroken als zij meer reële kansen op de arbeidsmarkt zou hebben.

Bij de activering richting arbeidsmarkt speelt overigens het begrip passende arbeid een belangrijke rol. Ook voor de Abw geldt uiteraard dat in het individuele maatwerk rekening gehouden wordt met persoonlijke omstandigheden van mensen, maar ik wil wel wijzen op de opmerking van regeringszijde dat de criteria uit de Richtlijn passende arbeid in het kader van de Abw strenger zullen worden gehanteerd aangezien de Abw het sluitstuk van de sociale zekerheid is.[24]

De regering is niet voornemens de gemeenten nadere aanwijzingen, bijvoorbeeld door middel van circulaires, te geven over de wijze waarop met de arbeidsplicht moet worden omgegaan, bevreesd als men is voor teveel regelzucht van bovenaf. De toekomst zal dus moeten uitwijzen hoe gemeenten hiermee omgaan. Hetzelfde

21 Kamerstukken 22 545.
22 TK 1992/1993, 22 545, nr. 8, p. 82 e.v.
23 TK 1993-1994, 22 545, nr. 14.
24 Idem, p. 80.

geldt voor het 'verplichte vrijwilligerswerk'. Als vrijwilligerswerk een bijstandsgerechtigde kan leiden naar de arbeidsmarkt, dan kan dit als voorwaarde worden opgelegd zo moet worden afgeleid uit de parlementaire behandeling van de herinrichting Abw. Westerveld spreekt het bange vermoeden uit dat dit kan betekenen dat een bijstandsmoeder kan worden verplicht tot het vrijwillig en onbetaald werken in een crèche.[25] De zorg voor het kind is geen probleem, want die kan immers mee naar de crèche. De regering heeft ook al aangegeven dat het kopen van kindplaatsen vanuit de bijzondere bijstand een optie is om het de ouder mogelijk te maken te gaan participeren op de arbeidsmarkt.[26] Ik wil niet zeggen dat dit per definitie onwenselijk is; wellicht dat het in een individuele situatie een te verkiezen optie zou zijn, maar het is niet zonder complicaties. Te wijzen valt op de lage waardering van arbeid in de kinderopvang, het is kennelijk niet noodzakelijk professionele krachten aan te stellen en zeker niet om te komen tot een (financiële) opwaardering van het werken in dit veld. Gezien de emotionele reacties op het opleggen van een arbeidsplicht voor ouders, vrijwel allemaal moeders, zit de grootste pijn echter in de suggestie dat de door de eigen moeder verrichte zorg inwisselbaar is met de opvang door kinderopvanginstellingen.

Hoewel ik het niet eens ben met de impliciete claim van moeders op het zorgmonopolie, vind ik de emotionele reacties wel verklaarbaar. De arbeidsmarkt is immers nog steeds onvoldoende toegesneden op de combineerbaarheid van arbeid en zorg. Dit bestendigt een 'moederschapscultuur' waarin de moeder de primaire zorg voor de kinderen draagt. In feite komt daar de situatie voor veel ouders nog op neer. Het blijkt moeilijk om beiden te kiezen voor deeltijdparticipatie op de arbeidsmarkt die aansluit bij de tijd die aan de zorg voor de kinderen moet worden besteed. De traditionele 'keuze' dat de man voltijds werkt en de vrouw, in de periode dat de kinderen klein zijn, thuis blijft of in zeer geringe mate participeert op de arbeidsmarkt, blijkt nog steeds het gevolg te zijn. Het is dan toch op zijn minst tweeslachtig te noemen dat in de periode van bijstandsgerechtigdheid afstand genomen moet worden van die moederschapscultuur.

Dit neemt niet weg dat de niet meer categoriale ontheffing van de arbeidsplicht voor bijstandsmoeders ook de mogelijkheid biedt het recht op betaalde arbeid in combinatie met zorgverplichtingen voor kinderen (of anderen) te benadrukken. Voor deze benadering biedt de parlementaire behandeling meer dan ruimte. Dit impliceert dat de overheid de mogelijkheden moet creëren de betaalde arbeid te kunnen combineren met zorgtaken, zoals bijvoorbeeld het wettelijke vastleggen van het recht om in deeltijd te gaan werken. Kortom, de overheid moet dan ook afstand nemen van de door haarzelf in stand gehouden moederschapscultuur en het ouders (vaders en moeders) mogelijk maken arbeid en zorg te combineren.

---

25 Mies Westerveld, 'Sociale onzekerheid', Nemesis 1995, p. 44 e.v. Overigens zou dit alleen spelen als de vrouw de gedeelde zorg heeft voor haar jonge kind; als er sprake is van volledige zorg wordt immers ontheffing van de arbeidsplicht verleend.

26 TK 1993-1994, 22 545, nr. 17, p. 31.

4 Naar een zorguitkering?

Vanuit 'de' vrouwenbeweging wordt inmiddels creatief nagedacht over de mogelijkheid het risico dat samenhangt met het verrichten van zorgtaken onder de sociale zekerheidsrisico's te brengen.[27] Aan de ene kant worden eisen gesteld om de arbeidsmarkt toegankelijker te maken voor arbeidskrachten die naast hun betaalde arbeid ook zorgtaken hebben. Het begrip 'de nieuwe werknemer', de werknemer die de betaalde en onbetaalde arbeid combineert, is met het oog op deze eisen geïntroduceerd. Dit impliceert aan de andere kant dat de sociale zekerheid dan ook gestoeld moet zijn op dat nieuwe werknemersbegrip. De risico's die het dragen van zorg meebrengt zouden door de sociale zekerheid moeten worden gedekt. Te wijzen valt op het hiervoor genoemde voorstel van het 'Comité gelijke rechten nu' om dit binnen de AAW te realiseren. Ook over het creëren van een volksverzekering voor diegenen die hun arbeidstijd tijdelijk verminderen wegens zorgtaken wordt in kringen van de vrouwenbeweging nagedacht. Holtmaat heeft al in 1993 gepleit voor een hernieuwde maatschappelijke discussie over het benoemen van sociale inkomensdervingsrisico's die door middel van sociale verzekeringen zouden moeten worden afgedekt.[28] Zij stelt de vraag waarom het arbeidsongeschikt worden van een werknemer tijdens een skivakantie wel door de WAO/AAW moet worden afgedekt, terwijl de fulltime werkende huisvrouw die van haar keukentrap valt helemaal geen AAW-uitkering krijgt. Zoals bekend heeft het eerste deel van haar vraag wel degelijk in de maatschappelijke discussie veel aandacht gekregen; het tweede deel lijkt een wat ander lot beschoren.

In de huidige privatiseringsontwikkelingen lijkt geen plaats te zijn voor een discussie over een andere risicoselectie dan in de huidige sociale zekerheid het geval is. Het woord privatisering heeft het op zichzelf in zich om een einde te maken aan de dichotomie die in ons sociaal zekerheidsrecht vervat zit tussen de private en de publieke sfeer. Deze invulling van het begrip privatisering sluit echter niet aan bij het gebruikelijke onderscheid tussen de publieke en de private sociale zekerheid, waarbij de overheid juist niet verantwoordelijk is voor de private sociale zekerheid. Ik wil hier de slotzin citeren van de uitgave 'Met zekerheid herzien' van het Breed Platform vrouwen voor economische zelfstandigheid: 'het maatschappelijke debat over sociale zekerheid dient te worden gestimuleerd en we moeten wegen vinden om de politiek de ogen te laten openen voor sociale zekerheidsbehoeften die de maatschappelijke werkelijkheid (van onder andere vrouwen) met zich meebrengt'.[29]

---

27 Zie o.a. Louise Boelens, Met zekerheid herzien, beschouwingen over vrouwen en sociale zekerheid, Uitgave van het Breed Platform vrouwen voor economische zelfstandigheid, december 1993; Joke Bol, 'Delen of dokken', Nemesis 1994, p. 143 e.v.; R. Holtmaat, 'Bijstand, burgerschap en economische zelfstandigheid', SMA 1993, p. 82 e.v.; Mies Westerveld, a.w.

28 R. Holtmaat, a.w. (noot 27), p. 92.

29 Louise Boelens, a.w. (noot 27), p. 37.

5 Anno 1996 een gelijke positie voor mannen en vrouwen?

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat er anno 1996 geen sprake is van een gelijke positie van mannen en vrouwen in de zin dat het totaal van arbeidsverrichtingen van met name vrouwen, te weten een combinatie van betaalde en onbetaalde arbeid, een volwaardige plaats heeft binnen de sociale zekerheid. Het kostwinnersdenken is nog aanwezig in de sociale zekerheid en kan niet worden bestreden met behulp van het verbod om sexe-onderscheid te maken. Ook al zouden kostwinnerstoeslagen wel indirect discriminerend zijn, dan nog is het de vraag of het afschaffen hiervan een oplossing biedt. Hiermee wordt weliswaar bereikt dat de sociale zekerheid meer geïndividualiseerd wordt in de zin dat de uitkering onafhankelijk wordt van het verdere inkomen in de leefeenheid, maar zoals Holtmaat afdoende heeft aangegeven, draagt dit de paradox in zich dat deze 'geïndividualiseerde' sociale zekerheid is afgestemd op een kostwinnersmodel van betaalde arbeid.[30] Daarnaast zal de uitkeringshoogte van een geïndividualiseerde uitkering dermate laag zijn dat er nimmer economische zelfstandigheid mee kan worden gegarandeerd.

Zolang de arbeid niet meer is aangepast op een combinatie van betaalde arbeid en onbetaalde zorgtaken, lijkt het individualiseringsstreven een te beperkte strategie. Als het concept van de 'nieuwe werknemer' volwaardig is geïntegreerd in ons arbeidsbestel, dan gaat ook de scheiding tussen het mannen- en vrouwendomeinen tot het verleden behoren. De in deze bijdrage geschetste consequenties van het primaat van de betaalde arbeid zullen daarmee eveneens kunnen verdwijnen. Dit vereist echter nog wel het doordenken van de plaats van zorg binnen de sociale zekerheid. Wil de situatie bereikt worden dat er daadwerkelijk een herverdeling van betaalde en onbetaalde arbeid tot stand komt, hetgeen betekent dat meer mannen de tijd besteed aan betaalde arbeid inruilen voor de onbetaalde zorgarbeid, dan zal de sociale zekerheid deze keuze mogelijk moeten maken. Dit impliceert bijvoorbeeld dat het opnemen van zorgverlof voor een langere periode dan het nu geldende halfjaartje ouderschapsverlof niet mag leiden tot het inleveren van sociale zekerheidsaanspraken.[31] Kortom, alles hangt weer met alles samen. Voorwaarde voor de ingang van een ander mensbeeld in de sociale zekerheid is dat de 'nieuwe werknemer' een normaal verschijnsel is op de arbeidsmarkt. Wil de 'nieuwe werknemer' zijn intrede echter kunnen doen in het arbeidsrecht, dan zal de sociale zekerheid dit mede mogelijk moeten maken.

30 Riki Holtmaat, 'Naar een gefeminiseerd sociale zekerheidsbestel?', AA 1992, p. 379 e.v.

31 Zie hierover SVr-advies, Sociale zekerheidsaspecten van zorgverlof, A 94/33.

Individualisering en privatisering in de sociale zekerheid en de positie van de uitvoeringsorganisatie

E.P. DE JONG

1 Grote lijnen in de periode 1946-1996

1.1 De actualiteit

Financiële prikkels moeten werkgevers ertoe aanzetten arbeidsongeschiktheidsrisico's in bedrijven en instellingen terug te dringen en de reïntegratie van arbeidsongeschikte en langdurig werkloze werknemers te bevorderen. 'Nieuwe solidariteit' en meer eigen risico dienen werknemers en meer in het algemeen burgers te stimuleren arbeid te verrichten. Meer marktwerking op het terrein van de sociale werknemersverzekeringen moet tot minder uitvoeringskosten leiden alsook tot een vermindering van het aantal mensen dat een beroep moet doen op een uitkering. Afwentelen van risico's en leungedrag moeten zoveel mogelijk worden verhinderd en afgestraft. Betere volumeresultaten tegen lagere kosten, meer samenwerking tussen de organisaties op het terrein van de sociale zekerheid (verzekeringen én voorzieningen) en de arbeidsvoorziening, meer administratieve vereenvoudigingen en meer administratieve lastenverlichting moeten de resultaten zijn van een voortdurend proces van vernieuwing van de sociale zekerheid.

Dit alles speelt hedentendage vooral op het gebied van werkloosheid en arbeidsongeschiktheid.[1] Op het terrein van de gezondheidszorgverzekering spelen soortgelijke overwegingen, maar dat laat ik buiten beschouwing. Ten aanzien van de sociale zekerheid met betrekking tot ouderdom en overlijden, het kind en het gezin lijkt zich een ontwikkeling af te tekenen waarbij burgers meer eigen voorzieningen

1 Vgl. T. van Peijpe, Postmoderne zekerheid, SMA 50 (1995), pp. 211-214, alsmede: Renovatie en nieuwbouw, inhoud en organisatie van het sociale stelsel, SMA 50 (1995), pp. 343-347.

moeten treffen. Ook hier een nieuwe definitie van solidariteit, zoals bijvoorbeeld in de eerste hoofdstukken van de Memorie de van Toelichting bij de Algemene nabestaandenwet. Overigens wordt duidelijk dat het armoedeprobleem steeds groter wordt onder degenen die aangewezen zijn op uitsluitend een uitkering krachtens een volksverzekeringswet respectievelijk de Algemene Bijstandswet.

1.2 Het aanvankelijke concept van sociale verzekering

Ruim een jaar voor de oprichting van de Vereniging voor Arbeidsrecht was het rapport verschenen van de commissie-Van Rhijn. Het was haar opdracht algemene richtlijnen vast te stellen voor de toekomstige ontwikkeling van de sociale verzekering in Nederland. In 1947 werd de gemengde commissie-Van Rhijn ingesteld die in 1948 rapporteerde over de herziening van de sociale verzekering. De Organisatiewet Sociale Verzekering (1952) en de Werkloosheidswet zijn als directe resultaten van de werkzaamheden van deze commissie te bestempelen. Eveneens in 1947 werd een staatscommissie in het leven geroepen, die in 1954 adviseerde over de herziening van de Armenwet van 1912 en over het vraagstuk van de maatschappelijke zorg. De Algemene Bijstandswet van 1963 kan als resultaat van de discussies over dat advies gezien worden.

Van het midden van de vijftiger jaren tot het midden van de zeventiger jaren is het stelsel van wettelijke sociale verzekeringen gestaag gegroeid dankzij een toenemende welvaart. Wettelijke regelingen op het terrein van de sociale zekerheid vertoonden een gestage expansie zowel qua verzekerd risico als ten aanzien van de personele werkingssfeer alsook qua prestaties, premies en contributies. Leidend was het concept van sociale verzekeringsregelingen waarin voor werkgever en werknemer, potentiële werknemer en gewezen werknemer (schade)risico's vrijwel volledig kunnen worden afgedekt met bij wet geregelde verplichte verzekeringen, een concept dat reeds herkenbaar is in de rapportages van de commissies-Van Rhijn. De sociale verzekeringen, zowel werknemers- als volksverzekeringen, waren geënt op een traditioneel gezinsmodel van man, vrouw en enkele kinderen, waarin de man als regel kostwinner was in een betrekking van een volledige werkweek gedurende een lange reeks van jaren.

1.3 De stelselherziening 1987

In de tachtiger jaren doen ingrijpende veranderingen in het stelsel van sociale verzekeringen hun intrede. Vooruitlopend op de stelselherziening van 1987 zijn uitkeringen zowel absoluut als relatief verlaagd ten opzichte van de lonen in Nederland door verlaging van het uitkeringsniveau alsmede door het achterwege laten van aanpassingen aan de welvaartsontwikkeling. De aanleiding voor de stelselherziening van 1987 luidde kort samengevat:

- de betaalbaarheid, de beheersbaarheid en de legitimiteit van het stelsel bij wisselende economische omstandigheden;

- het terugdringen van de collectieve lastendruk (waarvan de sociale zekerheidsuitgaven een substantieel deel uitmaken) als noodzakelijke voorwaarde voor het herstel van de economie;
- de toegenomen omvang en het structurele karakter van werkloosheid en arbeidsongeschiktheid (te groot aantal uitkeringsgerechtigden in verhouding tot het aantal werkenden);
- veranderende maatschappelijke opvattingen over de rol van vrouwen en mannen, over individualisering en verzelfstandiging van mensen, over gezins- en samenlevingsverbanden anders dan via het huwelijk;
- het verbeteren van beleidssamenhang op diverse terreinen.

Deze stelselherziening leidde tot belangrijke veranderingen in de arbeidsongeschiktheidswetgeving, de werkloosheidswetgeving en in de Algemene Ouderdomswet en de Algemene Bijstandswet.[2]

1.4 Synthesemodel voor de uitvoeringsorganisatie

Ten aanzien van de uitvoering van het stelsel van sociale werknemersverzekeringen stond in die tijd het synthesemodel centraal. De grondgedachte bij het synthesemodel was, dat de geïntegreerde gevalsbehandeling zou bijdragen tot een beter functioneren van de uitvoeringsorganisatie maar vooral tot het terugdringen en beheersen van het arbeidsongeschiktheidsvolume. Sociaal-medische, arbeidskundige en juridische kennis en know-how met betrekking tot preventie, beoordeling en controle, coördinatie en begeleiding, revalidatie en reïntegratie zouden door de bedrijfsverenigingen en hun uitvoeringsinstellingen vanuit uniforme doelstellingen en vanuit één organisatie en één managementlijn ingezet kunnen worden. Deze inzet betrof niet alleen de situatie van de verzekerde, maar ook die van de collectiviteit waarin deze werkzaam was: bedrijf, onderneming, branche, bedrijfstak. Met andere woorden een grotere effectiviteit en efficiency in preventie en reïntegratie, in de verzorging van uitkeringen en andere voorzieningen.

1.5 Van volumevraagstuk naar een andere verantwoordelijkheidsverdeling

De ontwikkeling van het volumevraagstuk riep de behoefte op aan meer in het systeem ingebouwde en in te bouwen 'prikkels' en dwong dus eigenlijk tot vernieuwing van de verantwoordelijkheidsverdeling. Aldus zijn na de stelselherziening van 1987 opnieuw grote veranderingen aangebracht in de ordening van de sociale verzekering en haar uitvoeringsorganisatie. In de eerste plaats valt hier te noemen het wetgevingsprogramma volumebeperking:

- de wet terugdringing arbeidsongeschiktheidsvolume (TAV),

---

2 Zie ook: Veertig jaar sociale zekerheid: 1945-1985, in: G.M.J. Veldkamp e.a. (red.), Sociaal-rechtelijk en sociaal-politiek denken sedert de Tweede Wereldoorlog (Veertig jaar Sociaal Maandblad Arbeid), Samsom, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1986, pp. 415-429, alsmede: De sociale zekerheid in 1986, stilstaan bij 40 jaar SMA, SMA 42 (1987), pp. 20-26.

- de wet terugdringing ziekteverzuim in samenhang met een wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet (TZ/Arbo),
- de wet terugdringing beroep op arbeidsongeschiktheidsregelingen (TBA).

Deze wetten bevatten veranderingen in het stelsel van rechten en plichten van werkgevers en verzekerde werknemers waarmee een belangrijke vergroting van de verantwoordelijkheid wordt bewerkstelligd van werkgever en werknemer bij het beroep op sociale zekerheidsregelingen. De geïntegreerde gevalsbehandeling in de zin van het synthesemodel is niet meer te realiseren vanuit de bedrijfsvereniging. Taken en activiteiten op het gebied van preventie en begeleiding gaan over van de uitvoeringsorganen sociale verzekering naar de werkgever en zijn arbodienst; als regel geldt voor claimbeoordeling, betaling en controle hetzelfde, tenminste voor de eerste twee of zes weken van ziekteverzuim (en binnenkort voor het eerste verzuimjaar na aanvaarding van het Wetsvoorstel uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte).

De Ziektewet is aldus grotendeels 'geprivatiseerd'. Werkgevers moeten hun zieke werknemers loon doorbetalen gedurende het eerste ziektejaar. Voor een beperkte groep werknemers geldt de Ziektewet als vangnetvoorziening. De werkgever kan het financiële risico verbonden aan de loondoorbetalingsplicht zelf dragen danwel dit verzekeren bij een particuliere verzekeraar. In het wetsvoorstel inzake premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen is een adaptieve premie voorgesteld ten laste van de werkgever. Op basis van een bedrijfstakpremie wordt de premie per werkgever verder gedifferentieerd met een korting of een opslag al naar gelang het feitelijk arbeidsongeschiktheidsrisico in de onderneming afwijkt van het gemiddelde risico in de bedrijfstak. Voorts krijgen werkgevers de keus tussen het publieke WAO-bestel bij de bedrijfsverenigingen en het onderbrengen van het WAO-risico bij een particuliere verzekeraar (opting out). De uitkeringen van mensen die al arbeidsongeschikt zijn op het moment van invoering van deze keuzemogelijkheid worden gefinancierd via de bekende landelijk-uniforme WAO-premie.

De Algemene Arbeidsongeschiktheidswet wordt afgeschaft. Voor zelfstandigen en hun meewerkende echtgenoten wordt een verplichte wettelijke arbeidsongeschiktheidsverzekering ingevoerd. Deze wet zal ook voorzien in een uitkering in verband met bevalling. De premie wordt opgebracht door de kring van verzekerden. Overigens komt de regeling inhoudelijk grotendeels overeen met de AAW. Voor vroeggehandicapten die nu nog onder de AAW vallen komt er een speciale wettelijke arbeidsongeschiktheidsvoorziening.

Ook de Werkloosheidswet is aan veranderingen onderhevig. Deze staan in het teken van verhoogde toetredingsdrempels, een versnelde uitstroom en een versterkt accent op premieverschillen per bedrijfstak.[3]

---

3 Zie de studie van de SER, Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid, Den Haag, 1994; zie voor een overzicht ook: De Nederlandse sociale werknemersverzekering: beweging of verwarring? in: D. Lahaye (red.), Sociale zekerheid in beweging, Liber amicorum J. Viaene en R. Vandendriessche, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 1993, pp. 93-107.

1.6 Het verzekeringsgehalte van de sociale verzekering

De aanstaande vervanging van de Algemene Weduwen- en Wezenwet door de Algemene nabestaandenwet leidt tot een aanzienlijke inbreuk op het oorspronkelijke sociale verzekeringsconcept. Burgers die het niveau van de huidige AWW-verzekering willen handhaven (reparatie van het 'Anw-gat'), zullen zich aanvullend particulier moeten verzekeren, individueel of via hun pensioenregelingen. De Anw stelt het behoeftenprincipe centraal. Het wetsvoorstel gaat eigenlijk niet uit van te verzekeren rechten waarbij de individuele inkomenssituatie geen rol speelt. Het is de vraag of bij eventuele herziening van de Algemene Ouderdomswet voor een andere benadering gekozen kan worden (zodat de hoogte van het wettelijk basispensioen bepaald wordt door de hoogte van het aanvullende pensioen en eventueel het (pensioen)inkomen van de partner).

Het verzekeringskarakter van de kinderbijslagwetgeving is in het algemeen nooit hoog aangeslagen. Sinds de kinderbijslagen niet meer via premieheffing, maar uit de algemene middelen worden betaald, is dat karakter nog verder vervaagd.[4]

2 De uitvoeringsorganisatie

2.1 Inleiding

Van tal van de bovengenoemde veranderingen is gezegd dat zij de afsluiting waren van een ontwikkeling, dat zij een solide basis vormden voor betaalbaarheid en beheersbaarheid van het systeem van sociale zekerheid, dat zij een periode van rust inluidden etc. Het tegendeel bleek vaak waar: veel veranderingen waren de opmaat naar ingrijpender maatregelen met een beroep op noties als 'nieuwe solidariteit', 'meer marktwerking en concurrentie', 'individualisering en eigen risico'. De Ziektewet heeft nog slechts een vangnetfunctie, de Algemene Weduwen- en Wezenwet maakt plaats voor de Algemene nabestaandenwet, de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering staan onder zware druk, over het toekomstig lot van de Algemene Ouderdomswet verneemt men uiteenlopende geluiden, de Werkloosheidswet en andere werkloosheidsregelingen (Algemene Bijstandswet) moeten strenger en straffer worden opgezet en uitgevoerd, in de uitvoeringsorganisatie worden zeer ingrijpende veranderingen aangebracht. Een 'eindplaatje' lijkt wel niemand te kunnen (durven?) schetsen, ook politici niet.

2.2 Van ontvlechting naar privatisering

De aldus geschetste ontwikkelingen van de sociale zekerheid impliceren een ingrijpende positieverandering van de uitvoeringsorganisaties sociale verzekering. Voor een

---

4 Over de verzekeringsgedachte: De verzekeringsgedachte in de sociale zekerheid, in: F.A.J. van den Bosch en A.M. Dancot-Devriendt (red.), Sociaal en zeker (Veldkamp-bundel), Kluwer, Deventer, 1986, pp. 65-79.

belangrijk deel was deze positieverandering ook bevorderd door de nieuwe Organisatiewet sociale verzekeringen die met ingang van 1 januari 1995 in werking is getreden. De nieuwe Osv verplicht de bedrijfsverenigingen om hun uitvoeringstaken uit te besteden aan een ministerieel erkende uitvoeringsinstelling. De bedrijfsvereniging is verantwoordelijk voor de uitvoering van de wetten, maar het werk wordt verricht door de uitvoeringsinstelling. Uitvoeringsinstellingen werken in principe uitsluitend voor bedrijfsverenigingen; zij worden geacht met elkaar te concurreren om de gunst van de bedrijfsverenigingen. De uitbesteding moet gebaseerd zijn op een door het College van toezicht sociale verzekeringen goedgekeurde overeenkomst. Overigens moeten andere banden van financiële en bestuurlijke aard tussen de bedrijfsverenigingen en de uitvoeringsinstellingen worden losgeknoopt: de ontvlechtingsoperatie. De ontvlechting leidt ertoe, dat de uitvoeringsinstelling een zelfstandige organisatie wordt die op zakelijke, contractuele basis haar dienstverlening gestalte geeft. Gegeven het feit dat uitvoeringsinstellingen volstrekt privaatrechtelijk zijn opgezet en dat zij onderling concurreren, zal de ontvlechting stellig tot gevolg hebben dat zij in toenemende mate als private ondernemingen gaan functioneren.

De ontvlechting vergt van de bedrijfsvereniging dat zij zichzelf voorziet van adequaat secretariaat, dat haar tegenover de uitvoeringsinstelling ondersteunt in de onderhandelingen alsmede bij de controle op de naleving van de overeenkomst.

Door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is aan de ontvlechting ook de consequentie verbonden, dat de gevalsbehandeling volledig aan de uitvoeringsinstelling moet worden gemandateerd.

Intussen is de toekomst van de bedrijfsvereniging ongewis. In zijn standpunt over de uitvoeringsorganisatie voor werknemersverzekeringen van 30 mei 1995 heeft het kabinet aangegeven het einde van de bedrijfsverenigingen te voorzien per 1 januari 1997.[5] Dit heeft ingrijpende consequenties. De enige contractpartij die de uitvoeringsinstelling mag hebben zal binnen afzienbare tijd verdwenen zijn terwijl niet helder is door wie de bedrijfsvereniging zal worden opgevolgd. Uitgaande van het gegeven dat de bedrijfsverenigingen worden opgeheven, is het meest waarschijnlijke scenario dat de rechtsopvolger van het Tijdelijk instituut voor coördinatie en afstemming als contractspartij van de uitvoeringsinstellingen in de plaats treedt van de bedrijfsverenigingen. Of en in hoeverre die rechtsopvolger daarbij ruimte kan danwel moet laten aan zogenaamde sectorcommissies of sectororganen valt niet te voorspellen. Sectorcommissies of sectororganen worden gezien als samenwerkingslichamen van werkgevers- en werknemersorganisaties op het niveau van bedrijfstakken of branches.[6]

---

5 Zie kamerstukken over de toekomstige uitvoeringsorganisatie werknemersverzekeringen onder nummer 24 215.

6 Zie ook: In het spanningsveld van bedrijfstak, regio en concurrentie: over de toekomstige uitvoeringsorganisatie van de sociale verzekering, in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), Sociaal recht: de grenzen verkend (De Leede-bundel), Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, pp. 203-217.

2.3 Publiek en privaat in het uitvoeringsproces

De hiervoor beschreven veranderingen in het stelsel van de wettelijke sociale zekerheid en in de organisatie van de uitvoering leiden samen tot structurele verschuivingen binnen het bestel.

Het bereik van de wettelijke sociale zekerheid en de wettelijke risicodekking nemen af, zodat alleen al daardoor meer ruimte ontstaat voor private arrangementen op het niveau van de bedrijfstak, de sector, de branche en de onderneming. Verzekeraars en pensioenfondsen merken dat direct in hun omzet, want de Nederlandse cultuur is 'verzekerings-minded': men houdt niet zo van het nemen van risico's. Deze verschuiving wordt nog verder gestimuleerd door het feit, dat het bedrijfsverenigingen en hun uitvoeringsinstellingen in een aantal opzichten verboden wordt private arrangementen aan te bieden.

Betekent dat nu, dat aldus een waterscheiding is aangebracht tussen enerzijds de groeiende private arrangementen en anderzijds de uitvoering van het krimpend wettelijk bestel? Dit is allerminst het geval. Ik wijs op strategische verkenningen van zowel particuliere verzekeraars als van bedrijfsverenigingen en hun uitvoeringsinstellingen: die gaan alle uit van een verzekeringsbestel, waarin - op termijn - wettelijke en private arrangementen als vergaand geïntegreerde dienstverleningspakketten aan werkgevers en werknemers worden aangeboden. Dit hoeft geen verbazing te wekken: als dienstverleners weten zij - beter dan de wetgever - dat de afnemers in de markt geen prijs stellen op produkten die inhoudelijk samenhangen, doch onoverzichtelijk zijn geordend doordat ze gescheiden, en dus met veel overbodige administratieve rompslomp, moeten worden aangeboden omdat de wetgever dat zo heeft bepaald!

Tegen deze achtergrond moet de herpositionering van de uitvoeringsinstellingen worden beoordeeld. Zij stellen zich op als zakelijke dienstverleners voor bedrijfsverenigingen of hun rechtsopvolgers; uitvoeringsinstellingen die zich verbinden met verzekeraars, arbodiensten, pensioenfondsen en andere zakelijke dienstverleners teneinde aan werkgevers en hun werknemers een modulair opgebouwd volledig pakket van diensten te kunnen aanbieden.

Thans is het nog zo dat de individuele werkgever van rechtswege aangesloten is bij een bedrijfsvereniging terwijl zijn werknemers van rechtswege verzekerd zijn. In het licht van deze ontwikkelingen rijst als vanzelfsprekend de vraag of het niet geleidelijk aan de werkgever, de onderneming zou moeten zijn die een keus maakt voor aansluiting bij een bepaalde uitvoeringsinstelling waarvan hij diensten betrekt terzake van de uitvoering van wettelijke sociale verzekeringen en waarbij die werkgever, ondernemer in volle vrijheid ook kan kijken naar het pakket van diensten dat uit één hand tezamen met de uitvoering van sociale verzekeringswetten geleverd kan worden. Men zou dus de stelling kunnen betrekken dat op termijn elke werkgever zijn eigen uitvoeringsinstelling kiest. Immers het bepalen van de premiehoogte kan veilig door het Tica geschieden, zowel in de WAO als in de WW. De regeling rond de premievaststelling levert een eenduidige berekening per onderneming op zonder dat enige tussenkomst van een bestuurlijk orgaan op bedrijfstak- of sectorniveau vereist is. Ten aanzien van het sanctiebeleid in de uitvoeringspraktijk van de werknemersver-

zekeringen ligt vrijwel alles in wetgeving vast zodat er nauwelijks enige vrijheid resteert voor besturen van bedrijfsverenigingen of sectororganen. Indien dus de relatie tussen onderneming en bedrijfsvereniging of sectororgaan niet meer dan een formeel-juridische zou zijn, zou men eigenlijk net zo goed dat niveau kunnen schrappen en een rechtstreekse relatie aanbrengen tussen uitvoeringsinstelling en ondernemer. Dit zou bovendien bijdragen aan een gezonde concurrentie. De afzonderlijke uitvoeringsinstellingen zullen zich naar werkgevend en werknemend Nederland willen onderscheiden naar de mate van klantgerichtheid, kwaliteit van dienstverlening en de uitvoeringskosten.

3 Individualisering en privatisering

3.1 Verschuivende risico's

Er is over al die 'prikkelende' (wets)voorstellen veel gezegd en geschreven. In het bijzonder is gewezen op de positie van de economisch en sociaal meest kwetsbare groeperingen: mensen die niet kerngezond zijn, alsook mensen die op de arbeidsmarkt slechts een theoretische kans van slagen hebben. Er is aandacht gevraagd voor toenemende gestrengheid in selectieprocedures. Ook is gewezen op de moeilijke positie van tal van werkgevers, speciaal in het midden- en kleinbedrijf, die het ziekterisico niet zelf kunnen dragen en die bij een particuliere verzekeraar duurder uit zijn dan bij de bedrijfsvereniging. Wellicht worden bedrijven en instellingen zo georganiseerd, dat per groep van personeel (jong danwel ouder, veel danwel weinig risico lopend) de gunstigste verzekering, publiek of privaat wordt gekozen. Misschien worden het arbeidsongeschiktheids- en werkloosheidsrisico wel (mede)bepalend voor de vraag wanneer en waar de werkgever welk personeel inzet: zijn eigen (flexibele) personeel, uitzendkrachten of gedetacheerd personeel. Fusies, splitsingen, bedrijfsbeëindigingen en faillissementen worden uitdrukkelijk methoden voor het behalen van premievoordelen of het ontlopen van sociale lasten. Misschien komen er straks solidariteitsheffingen wanneer de WAO-premies bij de bedrijfsverenigingen tot onaanvaardbare hoogte stijgen als gevolg van de omvang van het beroep op opting out. Hiertegenover is ook gesteld dat opting out nauwelijks tot ontwikkeling zal komen als gevolg van het verschil tussen het omslagstelsel in het publieke bestel en de rentedekkingsbasis van de particuliere verzekering, waardoor het financieel maar zelden interessant is over te stappen van een bedrijfsvereniging naar een particuliere verzekeraar. In termen van een mogelijke volumebeperking, van een verhoogd beroep op de Algemene Bijstandswet, van een verhoogd beroep op enigerlei vorm van rechtsbescherming (een verharding in de verhouding tussen individuele werkgever en individuele werknemer), valt maar moeilijk met precisie iets over de wetsvoorstellen te zeggen.

Individualisering en decollectivisering hebben definitief hun intrede gedaan in het stelsel en de uitvoering van de sociale verzekering. Twee bewegingen zijn helder: een verdere accentverlegging van publieke naar private verzekering én een verschuiving van het collectieve niveau naar het niveau van de individuele onderneming.

3.2 Méér individualisering, méér privatisering?

Valt deze lijn door te trekken? Van belang is natuurlijk de vraag welke risico's zo een ontwikkeling in zich draagt. Met andere woorden: wat kan er mis gaan? Ten eerste, dat aan één van de kernvoorwaarden voor een gericht volumebeleid, met name reïntegratie van mensen die in een dienstverband ziek of arbeidsongeschikt worden, niet meer voldaan is omdat er geen financiële middelen worden vrijgespeeld voor de reïntegratie. Reïntegratie bij de werkgever, hetzij elders op de arbeidsmarkt. Een individuele werkgever heeft geen blijvend individueel belang bij het reïntegreren van langdurig werkloze en arbeidsongeschikte werknemers. Het financiële belang van de individuele werkgever en van de gemeenschap lopen daardoor al gauw uiteen. De werkgever zal de kosten van reïntegratie zoveel mogelijk willen beperken, behalve in die bijzondere gevallen waarin sprake is van extreem schaarse kennis en vaardigheden, want alleen dan wegen de baten op tegen de kosten van reïntegratie. Dat betekent een zekere mate van afwenteling op de arbeidsmarkt, respectievelijk op de individuele werknemer. Natuurlijk kan men pogen dit te verhinderen door bonus/malus-achtige sancties in de publieke of private verzekering. Zulke barrières zal een werkgever echter nemen door nog selectiever te werk te gaan bij de aanstelling van vaste medewerkers. En dan maar aanstellings- en pensioenkeuringen verbieden? Zou de wetgever deze gedachtengang volgen, dan zal hij ongetwijfeld veel symbolische, niet te handhaven wetgeving tot stand brengen!

Hoe valt zo'n spiraal te vermijden? Door toch een zekere basis voor reïntegratiemaatregelen te houden in het overleg tussen sociale partners. Dat kan veel beter op branche- en cao-niveau dan op ondernemingsniveau. Het niveau van de branche en de cao leent zich veel beter voor de organisatie van maatschappelijke medeverantwoordelijkheid dan dat van de onderneming (met name de kleinere).

Een tweede nadeel van een benadering waarin de individuele onderneming de centrale rol speelt in de (organisatie van de) sociale zekerheid vrijwel met uitsluiting van branche, sector en bedrijfstak, vormt de aantasting van het handhavingsbeleid. Individuele werkgevers kunnen door publieke verzekeraars alleen worden geconfronteerd met een scherp handhavings- en opsporingsbeleid, bij de gratie van het feit dat er door uitvoeringsinstellingen geen direct commercieel gewin valt te behalen bij de aansluiting van een individuele werkgever. Als dit laatste wel het geval is, kan dit afdoen aan de handhavingsinspanning. Het gevaar immers doemt op, dat werkgevers hun uitvoeringsinstellingen selecteren op de afwezigheid van een scherp handhavingsbeleid. Ook hier werkt het sector-, branche- en bedrijfstakverband positief. Zie de voorbeelden van bedrijfstakken of sectoren, die niet zo goed bekend staan als het gaat om de mate waarin 'grijs, zwart of wit' wordt gewerkt, de mate ook waarin sociaalrechtelijke regels en andere normen in acht genomen worden. Bedrijfstakken, branches en sectoren beseffen terdege, dat zij zich een zwart of grijs imago maatschappelijk niet kunnen veroorloven en doen er dus alles aan om een goed handhavingsbeleid te voeren. Ook hier dus een voorbeeld waar de branchegewijze aanpak als zodanig een veel beter resultaat oplevert, dan wanneer alles tot individuele rechten en plichten wordt teruggebracht.

3.3 De individuele verzekerde

Aparte aandacht verdient de positie van de individuele verzekerde. Het is onmiskenbaar dat het er voor de individuele werkgever, maar vooral ook voor de individuele werknemer niet eenvoudiger op wordt zichzelf te voorzien van een verzekerd pakket, dat voldoende waarborgen biedt voor opvang van calamiteiten. Niet alleen moeten veel meer individuele afwegingen worden gemaakt van moeilijk in te schatten risico's, die in de loop van een heel arbeidsleven kunnen intreden; bovendien wordt steeds moeilijker te overzien of het totale aanbod van regelingen waarmee een individu wordt geconfronteerd, een precies passende dan wel te ruime (overlappende) dan wel te geringe dekking biedt. Waar ondoorzichtigheid van de markt en van regelingen voor kortdurende risico's (zoals reisverzekeringen) of risico's van beperkte omvang (zoals rijwielverzekeringen) minder van belang is, kunnen bij ziekte- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen de gevolgen voor het individu desastreus zijn. In dit opzicht kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de verbodsbepalingen van overheidswege ten aanzien van vrijwillige aanvullingen op de wettelijke verzekeringen door de bedrijfsverenigingen.

Dit klemt te meer daar het verzekeringsgehalte van het sociale zekerheidsstelsel steeds verder lijkt af te nemen. Voorzieningsregelingen waarin het minder gaat om duidelijk gedefinieerde rechten van rechthebbenden, maar meer om de budgettaire mogelijkheden van de overheid en de behoeften en het overige (gezins)inkomen van de betrokkene, onderstrepen dat afnemende verzekeringsgehalte.

4 Samenvatting en conclusies

4.1 Evenwicht

Samengevat hebben de recente veranderingen en wijzigingsvoorstellen in het bestel van de wettelijke sociale zekerheid positieve zowel als negatieve effecten. Positief is dat in vele opzichten aan afwentelingsgedrag in de wettelijke regelingen een halt is toegeroepen door verantwoordelijkheden te verleggen van de overheid naar degene die aanspraak maakt op of de vruchten plukt van wettelijke rechten. Alle sociaal-economische indicatoren wezen er in internationale vergelijking op, dat de correctie noodzakelijk was.

Als negatieve punten komen de volgende naar voren. In de eerste plaats zijn er gedragseffecten waar te nemen die er op wijzen dat de verschuiving van verantwoordelijkheden in een aantal gevallen leidt tot onevenredige belasting van de individuele burger. Dit als gevolg van het feit dat de risico's in een aantal gevallen weliswaar in eerste aanleg naar de ondernemingen zijn verlegd - en niet meer bij een wettelijk geregelde, grotere of kleinere collectiviteit zijn ondergebracht zoals in de Ziektewet en de WAO het geval was -, maar vervolgens in aanmerkelijke mate worden doorgeschoven naar de individuele werknemer. Indien niet voldoende evenwicht in de verdeling van lusten en lasten wordt bewaard, valt te vrezen dat schade wordt toegebracht aan de arbeidsverhoudingen.

In de tweede plaats bemoeilijkt de overheid als wet- en regelgever in bepaalde opzichten eenvoud in uitvoering door scherpe scheidingen te willen aanbrengen tussen de uitvoering van wettelijke en private verzekeringen en arrangementen. Evident is, dat verzekerden en hun werkgevers hier niet bij gebaat zijn. Verzekeraars, arbodiensten, pensioenfondsen, uitvoeringsinstellingen en andere dienstverleners op sociaal terrein zullen weliswaar hun best doen om waar mogelijk aan elkaar te lijmen wat de wetgever heeft verknipt, maar dat leidt onherroepelijk tot onnodig hoge uitvoeringskosten.

4.2 Ruimte voor collectiviteiten in een privatiserend stelsel

Aldus komt de vraag op, hoe voordelen van de ingezette veranderingen kunnen worden behouden en de nadelen zoveel mogelijk kunnen worden vermeden.

Alle verschillende regelingen en de nog op stapel staande voorstellen zouden uiteraard wel op de één of andere manier kunnen worden aangepast. In plaats daarvan zou ik echter liever zoeken naar een algemene sleutel waarmede kan worden bevorderd dat evenwicht wordt bewaard tussen enerzijds de gewenste verantwoordelijkheidsverdeling over overheid, bedrijfsleven en individuele burger en anderzijds een rechtvaardige lastenverdeling aan de voet tussen burgers onderling.

In dit verband verdient aandacht, dat het Nederlandse sociale verzekerings- en uitvoeringsbestel langs twee dimensies tegelijk aan veranderingen wordt onderworpen. Er is sprake van verschuiving van overheids- en collectieve lasten naar lasten van ondernemingen en burgers (privatisering van de verzekering en haar uitvoering). Tegelijkertijd wordt op verschillende manieren ontmoedigd dat zich in private arrangementen nieuwe collectiviteiten vormen (individualisering). Deze twee bewegingen kennen overlappingen, ze lijken ook op elkaar, maar zij zijn principieel verschillend. Zo is het heel goed mogelijk lasten in de sfeer van ziekte en arbeidsongeschiktheid te verschuiven naar het ondernemingsniveau en tegelijkertijd te bevorderen dat ondernemingen en bedrijven deze financiële risico's branchegewijs gemakkelijk kunnen afdekken. Wordt dit laatste ontmoedigd, dan wordt de tweede dimensie van verandering - de individualisering - zwaar aangezet. En het is met name deze dimensie, niet die van privatisering als zodanig, die verzekerden en hun werkgevers doet zoeken naar (nieuwe) mogelijkheden van afwenteling.[7] Het is een ijzeren wet, dat hiervan altijd de zwaksten de dupe worden.

Een manier om dergelijke schadelijke neveneffecten zoveel mogelijk te vermijden is samenwerkingsverbanden tussen particuliere verzekeraars, wettelijke uitvoeringsinstellingen en andere dienstverleners op sociaal zekerheidsterrein op het niveau van branches en sectoren te stimuleren, eerder dan af te remmen. Want met name van het niveau van branches, met betrokkenheid van sociale partners, valt met volledig behoud van de doelstellingen van privatisering een gezonde 'countervailing power' te verwachten tegen te ver doorschietende individualisering. De sectorcommissies of -organen, die ingevolge het kabinetsstandpunt over de toekomstige uitvoeringsorganisatie voor

7 Vgl. J.P. Balkenende, Over verantwoordelijkheid en economie: wat nu? Oratie VU, 1993, in het bijzonder p. 25.

de werknemersverzekeringen worden opgericht, kunnen hierbij een rol vervullen, mits zij niet de weg terug inslaan en de individuele prikkels in het stelsel ongedaan trachten te maken. Deze prikkels zijn immers wel degelijk nodig om het stelsel beheersbaar te houden.

4.3 Dynamiek van organisatieverandering

Bij individualisering en privatisering van de sociale zekerheid kan men natuurlijk ook denken aan het wegvallen van de stabiele, klassiek normale loopbaan en het stabiele, klassiek normale gezin als grondpatronen voor de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel. Vanuit die invalshoeken zou men ook de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, van gehuwden en ongehuwden en de actuele betekenis van het kostwinnersbeginsel aan een beschouwing kunnen onderwerpen.[8] Die veranderingen beïnvloeden de positie van de uitvoeringsorganisatie als zodanig niet structureel. Het gaat dan vooral om meer of minder werk voor het uitvoeringsorgaan, al dan niet complexer.

Maar wet- en regelgeving die vanuit de notie van minder collectieve en meer individuele verantwoordelijkheden voor sociale zekerheid is opgezet, die een verschuiving tussen het publieke en het private domein inhoudt, brengt ook de uitvoeringsorganisatie in een andere positie. Deze verandering in positie heeft vervolgens wel een zodanige dynamiek tengevolge, dat de ontwikkelingen in de uitvoering van doorslaggevende betekenis kunnen zijn voor de inhoud van het stelsel. Organisatieveranderingen kunnen aldus stelselveranderingen bevorderen of bepaalde wenselijke wijzigingen onmogelijk maken. In deze context heb ik de toezegging verstaan van het kabinet aan de Tweede Kamer, dat de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte geheel of ten dele ongedaan wordt gemaakt indien uit een evaluatie zou blijken dat hiertoe aanleiding zou bestaan.

De betekenis van individuele verantwoordelijkheden van werkgever en werknemer ter zake van sociale zekerheid is in de loop van de afgelopen vijftig jaar verschillend geweest. Met de groei van het wettelijk stelsel nam die betekenis af. Sedert het einde van de tachtiger jaren zijn verantwoordelijkheden op het sociale zekerheidsterrein in toenemende mate bij de individuele werkgever en de individuele werknemer gelegd. Daarbij wordt in het bijzonder door de overheid het individuele belang als maatstaf genomen. Het voorop stellen van individuele belangen draagt niet als vanzelf bij aan een evenwichtige solidariteit tussen mensen.[9] De 'invisible hand' is niet zonder meer de hand van de rechtvaardige. Er is bepaald toekomst voor de beoefening van het arbeidsrecht en het sociaal recht als disciplines!

---

8 Zie ook: F. Thomése, Van een pluriforme levensloop naar een pluriforme sociale zekerheid, Socialisme en Democratie 52 (1995), pp. 505-515.

9 Zie: Het mensbeeld in het sociaal recht, SMA 43 (1988), pp. 88-107.

Internationale aspecten van de sociale zekerheid

F.J.L. PENNINGS

1 Aanduiding van de probleemstelling

Welke grenzen stelt het internationale sociale-zekerheidsrecht aan de verwerkelijking van de notie van individuele verantwoordelijkheid? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet ik eerst ingaan op de vraag wat verstaan moet worden onder de notie van de individuele verantwoordelijkheid. Dit begrip is immers erg vaag en er bestaat nog weinig literatuur over.[1] De betekenis ervan moet voornamelijk afgeleid worden uit beweringen die over individuele verantwoordelijkheid worden gedaan. Zo'n stelling is bijvoorbeeld dat het solidariteitsprincipe als niet onbelangrijk bijverschijnsel heeft dat het individu zich te gemakkelijk ontslagen acht van zijn eigen verantwoordelijkheid, waardoor het niet het individu is dat op zoek gaat naar wat het nog kan als hij arbeidsongeschikt wordt of werkloos wordt, maar de overheid tot in de kleinste details moet aangeven wat van het individu verwacht wordt. Diegenen die pleiten voor meer individuele verantwoordelijkheid zien dit begrip vaak als tegenpool van het solidariteitsprincipe. Ze stellen dat het solidariteitsprincipe tot gevolg heeft gehad dat sommige mensen het niet meer als hun plicht zien een zo klein mogelijk beroep op de sociale zekerheid te doen. Deze mensen denken niet meer voor zichzelf te hoeven zorgen, maar kosten en risico's af te kunnen schuiven op de gemeenschap. Vergroting van de individuele verantwoordelijkheid zou moeten inhouden dat mensen voor een belangrijk deel weer zelf voorzieningen moeten treffen.

Ofschoon het verleidelijk is om in te gaan op de juistheid van dit soort beweringen, zal ik dat hier niet doen, omdat dit meer in de lijn ligt van de bijdragen over de nationale sociale zekerheid. Ik zal de wens tot vergroting van de individuele

---

1 Ofschoon de titel 'Tussen individuele verantwoordelijkheid en overheidsregulering: een derde weg voor de werknemersverzekeringen' van F.A.J. van den Bosch (in: F.A.J. van den Bosch en A.M. Dancot-de Vries, Sociaal en zeker, Deventer, 1986, p. 263 e.v.) wellicht verwachtingen wekt dat ingegaan wordt op dit begrip, gebeurt dit niet.

verantwoordelijkheid als uitgangspunt nemen en nagaan in hoeverre de internationale sociale zekerheid hieraan grenzen stelt.

In de volgende paragraaf wil ik wat dieper ingaan op de verschillende aspecten van vergroting van de eigen verantwoordelijkheid.

2 Aspecten van de notie van eigen verantwoordelijkheid

Vergroting van de individuele verantwoordelijkheid kan op twee wijzen gerealiseerd worden. De ene wijze is te bevorderen dat mensen *binnen het stelsel* een niet groter dan noodzakelijk beroep doen op een uitkering. Deze benadering beoogt te stimuleren dat mensen gebruik maken van een stelsel op een wijze die beantwoordt aan de doelstelling van het stelsel. De andere wijze van vergroting van eigen verantwoordelijkheid gaat er van uit dat hardere maatregelen nodig zijn en kiest er dan ook voor dat de omvang van het bestaande sociale-zekerheidsstelsel verkleind wordt. Individuen of groepen van individuen moeten dan zelf een voorziening treffen.

2.1 Vergroting eigen verantwoordelijkheid binnen het stelsel

Om iets te kunnen zeggen over de vergroting van de individuele verantwoordelijkheid binnen het stelsel van sociale zekerheid is het zinvol de volgende aspecten te onderscheiden. Een eerste vorm van individuele verantwoordelijkheid is dat een individu de verplichtingen zoals gesteld in de uitkeringsregels nakomt. Het lijkt op het eerste gezicht overdreven om hier te spreken van individuele verantwoordelijkheid; de regels worden immers van hogerhand vastgesteld en gecontroleerd. Aangezien het echter zeer moeilijk of onmogelijk is om in alle opzichten te controleren of iemand alle verplichtingen met volle inzet (zoals het zoeken naar passend werk) nakomt, is hier al de individuele verantwoordelijkheid in het geding. Daarnaast dient het individu ook *in de geest* van de betreffende regelingen te handelen. Dat betekent onder meer dat mensen geen groter beroep doen op een uitkering dan strikt noodzakelijk is. Hoe ver deze norm precies reikt is moeilijk aan te geven. In zijn algemeenheid mag verwacht worden dat mensen zelf initiatieven nemen om een beroep op uitkering te voorkomen, bijvoorbeeld door in geval van werkloosheid niet alleen te solliciteren, maar ook bereid te zijn zich te laten omscholen, door bereid te zijn als zelfstandige aan het werk te gaan, door een ruime opvatting te hanteren van welke arbeid passend is, etc. Dit aspect komt in par. 4 aan de orde.

Een tweede vorm van eigen verantwoordelijkheid kan zijn dat iemand een zo klein mogelijk beroep op de sociale zekerheid wil doen maar toch de hulp nodig heeft van een tijdelijke of gedeeltelijke uitkering om een bepaald doel te bereiken. Zo'n doel kan zijn om aan het werk te blijven of weer aan het werk te gaan. Het is de verantwoordelijkheid van het individu om een optimale combinatie te zoeken. Dit kan het beste aan de hand van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd. Stel dat iemand gedeeltelijk arbeidsongeschikt wordt en niet meer in staat is om zijn oude werk volledig te verrichten, terwijl hij wel lager betaald werk kan krijgen. Hij zou dan kunnen wensen dat hij een uitkering krijgt die het loonverlies aanvult. Indien

uitkeringsregels dit zouden verbieden of als dit slechts met een ontoereikende uitkering mogelijk is, dan zou betrokkene het gevoel kunnen hebben zijn eigen verantwoordelijkheid niet te kunnen realiseren. Als deze persoon, door af te zien van de lagerbetaalde baan, een hogere uitkering zou krijgen, dan zou het beroep op de 'eigen verantwoordelijkheid' om alsnog die baan aan te nemen wel heel groot zijn.

Deze vorm van eigen verantwoordelijkheid kan er ook uit bestaan dat mensen als doel nastreven om een bepaalde eigen inkomensvoorziening te creëren, bijvoorbeeld door aanvullende verzekeringen af te sluiten of door te sparen voor de oude dag (het kopen van een koopsompolis). Zulke eigen maatregelen zijn aangepast aan de individuele situatie en zijn een vorm van individuele verantwoordelijkheid, omdat betrokkene een inschatting maakt van zijn latere behoeften en voorkomt dat hij tekort komt. Dit type initiatieven kan tegengewerkt worden of in strijd komen met de regels van de sociale zekerheid. Tussen eigen initiatief en uitkeringsregels kunnen spanningen ontstaan indien als gevolg van uitkeringsregels het effect van een eigen voorziening (grotendeels) verdwijnt. Dat zou het geval zijn als bijvoorbeeld in de AOW een middelentest ingevoerd wordt die rekening houdt met aanvullende pensioenen en eigen vermogen. Als iemand op zo'n wijze door uitkeringsregels wordt tegengewerkt, kan hij het gevoel hebben dat hij zijn individuele verantwoordelijkheid niet kan nakomen.

Overigens wreekt zich hier het feit dat het begrip 'individuele verantwoordelijkheid' niet scherp omschreven is en in hoge mate politiek van aard: hoe ver strekt de verantwoordelijkheid van het individu en hoe ver die van de gemeenschap? Zo kan men een absolute opvatting hebben over de individuele verantwoordelijkheid en in het voorbeeld van de persoon die een beroep op uitkering doet om te kunnen reïntegreren vinden dat iemand hoe dan ook het werk moet aannemen. Ik besteed echter vooral aandacht aan vormen van individuele verantwoordelijkheid die wèl rekening houden met het gegeven dat iemand geen voorziening voor zichzelf zal willen treffen als hij daardoor zijn uitkering verliest, of dat iemand geen baan zal willen aannemen lager dan de uitkering waarop hij recht kan doen gelden. Een andere opvatting zou al snel de steun van individuen voor het stelsel ondergraven. Bovendien betreft deze bijdrage een onderzoek naar de vraag hoe het internationale recht de verwerkelijking van de individuele verantwoordelijkheid kan begrenzen. Ik zal daarom zoveel mogelijk vormen van dit begrip onderscheiden. Dit aspect komt in par. 5 aan de orde.

De derde vorm van eigen verantwoordelijkheid kan eruit bestaan dat mensen groepsgewijze een regeling maken, bijvoorbeeld een cao- of bedrijfstakregeling. Ook deze vorm kan worden gezien als eigen verantwoordelijkheid, ook al is het dan meer een collectieve dan een individuele aangelegenheid. Dit onderdeel komt in par. 6 aan de orde.

De vormen van individuele verantwoordelijkheid die tot dusver geschetst zijn nemen successievelijk meer afstand van de verplichte sociale-zekerheidsregelingen: het begint met het navolgen van de letter van de regels, via het in de geest handelen van die regels en de gedachten die ten grondslag liggen van die regels, tot het treffen van eigen voorzieningen.

2.2 *Verkleining van de publieke sociale zekerheid*

De tweede dimensie van de notie van individuele verantwoordelijkheid gaat niet uit van versterking van de verantwoordelijkheid van het individu binnen het systeem, maar beoogt de verantwoordelijkheid te vergroten door (delen van) het collectieve stelsel te vervangen door de mogelijkheid of de plicht om zelf voorzieningen te treffen. Vanuit dit perspectief gezien kan de individuele verantwoordelijkheid inhouden dat de overheid helemaal geen bemoeienis meer heeft met de sociale zekerheid. Een minder vèrgaande stap is dat de overheid zich bepaalt tot het garanderen van minimumuitkeringen; het is dan aan het individu (of niet-overheidsorganisaties, zoals vakbonden) om aanvullingen te creëren. Een derde vorm is dat de overheid zich niet volledig terugtrekt, maar individuen of groepen de mogelijkheid biedt om de eigen verantwoordelijkheid te dragen (*opting out* is hiervan een voorbeeld). Bij al deze vormen wil de overheid bewerkstelligen dat het individu meer de gevolgen voelt van zijn handelen. Dat kan gerealiseerd worden door bijvoorbeeld eigen risico's in te voeren of door op bepaalde terreinen geen voorzieningen meer te treffen.

Dit aspect betreft de vraag in hoeverre de nationale wetgever de ruimte heeft om de individuele verantwoordelijkheid van de verzekerden te vergroten. Welke ruimte is er bijvoorbeeld voor privatisering van onderdelen van de wettelijke sociale zekerheid? Dit onderdeel komt in par. 7 aan de orde.

3 De grenzen die het internationale recht stelt

Het tweede onderdeel van de probleemstelling is de vraag welke grenzen het internationale recht kan stellen aan de verwerkelijking van de individuele verantwoordelijkheid. Het internationale recht kan enerzijds grenzen stellen aan de realisering of vergroting van de notie van de eigen verantwoordelijkheid door het nationale recht te verhinderen om uitkeringsgerechtigden te verplichten een zo klein mogelijk beroep op de sociale zekerheid te doen. Ook zou het internationale recht grenzen kunnen stellen door de hulp bij reïntegratie te bemoeilijken of te verhinderen. Voorts zou de internationale sociale zekerheid het kunnen bemoeilijken of verhinderen dat mensen eigen voorzieningen treffen. Ten slotte zou het internationale sociale-zekerheidsrecht de overheid kunnen verhinderen om (op een bepaalde wijze) haar verantwoordelijkheid voor de sociale zekerheid te verkleinen.

Het internationale recht kan alleen grenzen stellen als het direct werkend is. Ik zal in het onderstaande onderzoeken of dergelijke internationale normen bestaan.

4 Verplichtingen die uitkeringsgerechtigden kunnen worden opgelegd

Een eerste vorm van verantwoordelijkheid die uitkeringsaanvragers kan worden opgelegd is dat ze hun verplichtingen nakomen. Verplichtingen die uitkeringsgerechtigden kunnen worden opgelegd kunnen worden onderscheiden in: informatieplichten; plichten om passende arbeid te zoeken en te aanvaarden; en plichten tot behoud van werk en niet (onnodig) ontslag nemen. EU-normen zien niet op dit type

verplichtingen, afgezien van de bepalingen die het territorialiteitsbeginsel tijdelijk terzijde schuiven, zodat een uitkeringsgerechtigde ook in een andere lidstaat werk kan gaan zoeken.

De verplichtingen die hier onderscheiden zijn, corresponderen wel met die van IAO-Verdragen 44, 102 en 168 (het laatste verdrag is echter door Nederland nog steeds niet geratificeerd). Deze verdragen kunnen een beperking inhouden van de wijze waarop de individuele verantwoordelijkheid geformuleerd wordt in de nationale wetgevingen en zijn daarom relevant voor ons onderwerp. Verdrag 44 bepaalt dat de uitkering kan worden ingetrokken, geweigerd en geschorst, indien de werkloze zijn betrekking heeft verloren door eigen schuld. Verdrag 168 staat een sanctie toe indien de betrokkene weloverwogen aan zijn of haar ontslag heeft bijgedragen. In de WW is als corresponderende bepaling opgenomen dat de werknemer zich zodanig verwijtbaar heeft gedragen dat hij of zij redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat dit gedrag zijn of haar ontslag tengevolge zou kunnen hebben. De formulering van de WW doet een groter beroep op de eigen verantwoordelijkheid dan de aangehaalde bepalingen uit de IAO-verdragen omdat ze veel ruimer geformuleerd is en van het individu verwacht dat deze zich bezint op de gevolgen van zijn gedrag voor de WW.

Een andere sanctiemogelijkheid uit Verdrag 44 is dat betrokkene getracht heeft op bedrieglijke wijze uitkering of bijstand te verkrijgen. Ook Verdrag 168 noemt als sanctiemogelijkheid het indienen van een bedrieglijke aanvraag. De WW-bepalingen zijn op dit onderdeel wederom ruimer: de werknemer is verplicht aan de bedrijfsvereniging op zijn verzoek of uit eigen beweging onverwijld alle feiten en omstandigheden mee te delen, waarvan het hem of haar duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op het recht op uitkering. Ten slotte, last but not least, bevat Verdrag 168 de bepaling dat uitkering geweigerd kan worden als betrokkene weigert passende arbeid te aanvaarden. In de Aanbeveling bij Verdrag 168 staan een aantal situaties genoemd waarin aangeboden arbeid geacht wordt niet passend te zijn; aangezien het hier om een aanbeveling gaat, kan deze moeilijk grenzen stellen aan de verwerkelijking van de notie van individuele verantwoordelijkheid.[2] We mogen concluderen dat de IAO-regelgeving soms wat strikter geformuleerd is dan de Nederlandse: zo geldt op basis van de WW een algemene informatieplicht, terwijl op basis van het IAO-Verdrag slechts een sanctie kan worden opgelegd bij een bedrieglijke aanvraag. Zo moet op basis van het IAO-verdrag de uitkeringsinstantie bewijzen dat iemand bewust geen passend werk heeft aangenomen of weloverwogen aan zijn ontslag heeft bijgedragen. In de Nederlandse regelingen kan ook slordig gedrag dat leidt tot ontslag of het mislopen van passend werk leiden tot een sanctie. De Nederlandse regelgeving lijkt dan ook in zoverre meer uit te gaan van de individuele verantwoordelijkheid dan de IAO-bepalingen dat uitkeringsgerechtigden vooraf minder zekerheid hebben over hoe zij zich moeten gedragen en wat de reactie zal zijn van het uitkeringsorgaan. IAO-normen stellen hogere eisen aan het uitkeringsorgaan en bieden op deze wijze

2 Zie verder F. Pennings, 'De bevordering van werkgelegenheid en de bescherming tegen werkloosheid', in: A.T.J.M. Jacobs (red), Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimum-normen van de IAO en de Raad van Europa, Deventer, 1992, p. 84 e.v.

in beginsel meer rechtsbescherming. We zien hier een interessante spanning: enerzijds de notie van de individuele verantwoordelijkheid en anderzijds die van rechtsbescherming. Een strikte rechtsbescherming houdt immers in dat iemand niet bestraft kan worden als deze een niet nader gespecificeerd gedrag (niet) vertoont.

De vraag of de IAO-bepalingen werkelijk grenzen stellen aan de mogelijkheid om van individuen te verwachten dat ze hun verantwoordelijkheid verwezenlijken is hiermee nog niet beantwoord. Op zichzelf zijn de betreffende bepalingen zo geformuleerd dat directe werking aangenomen mag worden en dat sancties beperkt moeten worden tot die situaties waar het verdrag ze toelaat. Toch is de Nederlandse rechter zeer terughoudend om directe werking van IAO-verdragen aan te nemen en ook de medewerkers van het IAB-bureau in Genève hanteren, als ze er om gevraagd worden, een lossere interpretatie van juridische normen dan gebruikelijk is bij het nationale en EU-recht.[3] Bij deze verdragen wreekt zich het ontbreken van een supranationale rechter die over individuele vragen een oordeel kan geven. Vandaar dat de interpretatie van IAO-verdragen vaak minder scherp is dan bij het EU-recht. Het lijkt me dat in deze een benadering gekozen moet worden die zoveel mogelijk recht doet aan het verdrag en dat verdragsbepalingen zo vaak mogelijk strikt worden toegepast. Bij een andere opvatting wordt de betekenis van deze verdragen wel erg gering. Bovendien gaat er van een strikte toepassing van verdragen een voorbeeldfunctie uit voor andere lidstaten. Anderzijds zal er bij mondiale verdragen ook een zekere interpretatieruimte moeten zijn, anders wordt het verdrag een te nauw korset.

Een bruikbare werkwijze is dat voor de interpretatie van IAO-bepalingen (dat wil zeggen bij geconstateerde discrepanties tussen nationale en IAO-normen) primair uitgegaan wordt van de doelstelling van een verdrag. Zo moet het feit dat de ontwerpers van Verdrag 168 niet gedacht hebben aan gemoedsbezwaarden, niet de toelaatbaarheid van een uitsluitingsgrond als art. 19, lid 1 (j) WW - uitsluiting van gemoedsbezwaarden - onmogelijk maken ook al staat deze grond niet bij de sanctiemogelijkheden van het verdrag. Anderzijds beogen deze verdragen wel een bescherming te geven aan de werknemers, dus de dekkingsgraad van de verzekering en het uitkeringspercentage moet strikt worden toegepast. Bij de verplichtingen zitten we in een tussencategorie. Een bepaling die van de werknemer verlangt dat hij de voor de uitkering relevante voorwaarden vervult past in de geest van het verdrag, ook al wordt ze daarin niet genoemd. Een nationale bepaling die definieert welke arbeid passend is moet daarentegen strikt worden toegepast, omdat deze een bescherming biedt die het wezen van een werkloosheidsregeling betreft. Toegepast op de boven gesignaleerde discrepantie tussen de WW- en IAO-normen is duidelijk dat een nationale bepaling die altijd leidt tot weigering van uitkering bij ontslagname (dus die geen wettige reden toelaat) niet conform het verdrag is. Een nationale bepaling die luidt dat iemand die kan begrijpen dat zijn gedrag leidt tot zijn ontslag een sanctie kan krijgen, wijkt weliswaar af van de IAO-bepaling die eigen schuld vereist bij het verlies van de baan; IAO-verdragen eisen echter niet dat nationale wetgeving letterlijk dezelfde tekst heeft als het verdrag.

---

3 Vgl. bijvoorbeeld Th. Berben en L. Betten, 'Bescherming tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid, overlijden en ouderdom', in: Jacobs a.w., p. 71.

Dat de nationale wetgeving in deze zin afwijkt van een IAO-verdrag lijkt me dan ook toegestaan.

Deze uiteenzetting over IAO-verdragen was nodig omdat het onderdeel van de vraagstelling *welke grenzen* het internationale recht stelt niet zonder meer duidelijk is. De hier gegeven toetsing en afweging in het licht van de doelstellingen van het verdrag geven een bepaald interpretatiekader. Conclusie is dat de verdragen er niet aan in de weg staan dat nationale verplichtingen zodanig geformuleerd zijn dat van uitkeringsgerechtigden verwacht wordt dat ze zich verantwoordelijk opstellen teneinde het fonds niet onnodig belasten.

5 Hulp van uitkeringsregels bij reïntegratie-initiatieven

In dit onderdeel is de vraag aan de orde of er internationale regelingen zijn die steun door uitkeringen bij reïntegratie verhinderen. Op dit terrein zijn er geen IAO-regels die de hulp van uitkeringsregels bij reïntegratie belemmeren: integendeel, art. 2 van Verdrag 168 bepaalt dat het stelsel van sociale zekerheid niet van zodanige aard kan zijn dat werknemers gedemotiveerd worden produktieve arbeid te zoeken.

Drempels zouden wel gevonden kunnen worden in EU-Verordening 1408, die regels treft om de sociale-zekerheidspositie van migrerende werknemers veilig te stellen. We hebben als voorbeeld van steun bij reïntegratie genoemd dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer zich in staat gesteld zal willen zien om met behulp van een uitkering een lager betaalde baan aan te nemen die hij met zijn nieuwe (lagere) capaciteiten kan vervullen. Bedacht dient te worden dat de taak van de Verordening beperkt is: het coördineren van nationale sociale-zekerheidsregelingen, met het oog op migrerende werknemers. Zo wijst de Verordening voor migrerende werknemers de wetgeving aan die op hen van toepassing is. De uitkeringsgerechtigde moet aan de voorwaarden voldoen van die nationale wetgeving. Het is mogelijk dat de regels van een buitenlandse uitkering van een uitkeringsgerechtigde in Nederland het aannemen van werk belemmeren. Conclusie moet echter zijn dat het in zo'n geval niet het internationale recht is dat deze beperkingen stelt, maar een buitenlandse nationale regeling. Een uitkeringsregeling van lidstaat x kan bijvoorbeeld inhouden dat een arbeidsongeschikte werknemer die een part-time baan aanneemt de uitkering geheel verliest. Een werknemer die in Nederland verblijft met zo'n uitkering (en eventueel ook een Nederlandse arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft) kan dan gehinderd worden om aan de slag te gaan. Hier is het niet het internationale recht dat grenzen stelt.

6 Eigen voorzieningen en het vrij verkeer van werknemers

In deze paragraaf bespreken we de vraag in hoeverre het internationale recht rekening houdt met private voorzieningen. Deze eigen voorzieningen zijn te zien als mogelijkheden om de eigen verantwoordelijkheid vorm te geven. Ze kunnen op eigen initiatief van individuen getroffen zijn; het is ook denkbaar dat de overheid graag wil dat mensen zo'n voorziening treffen, al of niet in de plaats van (een deel van) het collectieve stelsel. Of zo'n vervanging geoorloofd is bespreken we in par. 7;

de vraag in hoeverre het internationale recht rekening met dit type voorzieningen wil houden komt in deze paragraaf aan de orde. Het zijn hier primair EU-regels die beperkingen op dit terrein kunnen stellen en wel met name Verordening 1408. De verordening bepaalt welk sociale-zekerheidsstelsel van welk land van toepassing is: het stelsel van het werkland is in beginsel exclusief van toepassing, zij het dat bij kortdurende werkzaamheden in een andere lidstaat onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid bestaat om een detacheringsverklaring aan te vragen.[4] Dat de algemene hoofdregel uit de Verordening dwingend oplegt welk stelsel van toepassing is (en daarmee de keuzevrijheid van het individu beperkt) is essentieel voor een goede coördinatie van sociale-zekerheidsstelsels. We gaan er hier dan ook van uit dat het positief is als de Verordening op een regeling van toepassing is en dat de problematiek vooral daar ligt waar een regeling buiten de verordening valt. Dan is het mogelijk dat iemand twee maal voor dezelfde prestatie moet betalen (of geen recht op prestatie heeft); het is dan ook mogelijk dat een uitkering buiten de landsgrenzen van de staat waar ze verworven is niet betaald wordt.

6.1 Cao's

Private voorzieningen zullen op de eerste plaats in cao's worden neergelegd. Cao's als zodanig vallen niet onder de verordening, ook niet als ze algemeen verbindend verklaard zijn. Een uitzondering bestaat als het gaat om contractuele bepalingen die de verplichte deelneming beogen aan een verzekering die voortvloeit uit de in de verordening bedoelde wetten of regelingen, of waarbij een stelsel wordt ingevoerd dat wordt beheerd door hetzelfde orgaan dat het beheer voert over de stelsels die zijn ingevoerd door de bedoelde wetten of regelingen. In die gevallen kunnen cao's toch onder het bereik van de verordening worden gebracht door een verklaring van de betrokken lidstaat.

Aangezien de verordening niet op cao's van toepassing is, behalve bij de genoemde uitzondering, bestaat er op dit terrein dus geen internationale coördinatie. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat bouwvakkers die naar België worden uitgezonden onder de sociale-zekerheidsregelingen van de betreffende Belgische cao vallen, die namelijk algemeen verbindend verklaard is. Voor korte duur uitgezonden bouwvakkers zullen vaak onder de Nederlandse wetgeving blijven vallen (detachering). Het is dus mogelijk dat deze werknemers onder de Nederlandse wettelijke sociale zekerheid vallen en onder de Belgische sociale zekerheid voorzover geregeld door cao's. Daardoor kunnen ze verplicht zijn mee te betalen aan zaken waar ze geen behoefte aan hebben (bijvoorbeeld omdat dezelfde zaken onder de Nederlandse wettelijke sociale zekerheid vallen) terwijl ze niet zonder meer voor de aanvullingen op het ziekengeld of voor het WAO-gat verzekerd zijn, terwijl ze daar wel behoefte aan hebben nu ze onder de Nederlandse sociale zekerheid vallen.

---

4 Deze heeft tot gevolg dat gedurende een periode van twaalf maanden het stelsel van het land waar iemand eerst werkzaamheden verrichtte van toepassing blijft.

Een tweede aspect waar de verordening relevant voor kan zijn is de mogelijkheid van export van uitkeringen. Als de cao-aanvullingen niet onder de verordening vallen, dan is het aan de betreffende regeling overgelaten of een bepaalde uitkering exportabel is of niet. Dit betekent dat de positie van de migrerende werknemer aanmerkelijk verslechterd kan blijken te zijn, indien de overheid terugtreedt en hij geacht wordt zelf (of de vakbond voor hem) voorzieningen te treffen: deze kunnen bij grensoverschrijding minder of niets waard blijken te zijn.

6.2 Private verzekeringen van Ziektewet- en WAO-gat

Als een stelsel wordt ingevoerd door hetzelfde orgaan dat het beheer voert over de wettelijke stelsels, dan kan dit toch onder de verordening vallen. Zoals bekend, stond de Nederlandse wetgever bij de invoering van de Wet Terugdringing Ziekteverzuim[5] niet langer toe dat aanvullingen op de ZW-uitkeringen verzekerd werden bij de bedrijfsvereniging. Zulke aanvullingen mochten noch individueel noch collectief gebeuren, omdat anders een verevening tussen hoge en lage risico's zou kunnen plaatsvinden. Dit zou in strijd zijn met het uitgangspunt van de wetgever dat de werkgever meer moest worden aangesproken op het individuele ziekteverzuim. Uitdrukkelijk is dan ook in de wet (art. 54, derde lid) bepaald dat het ziekengeldreglement van de bedrijfsvereniging geen bepaling mag bevatten inzake hogere, langere of andere uitkeringen dan de Ziektewet bepaalt. Wel werd toegestaan dat er eventueel aparte fondsen werden gesticht door de bedrijfsverenigingen voor dit type verzekeringen. Deze fondsen vallen slechts onder de omschrijving van de materiële werkingssfeer van Verordening 1408, vergelijk bovenstaande bepaling uit de verordening, voorzover een verklaring is uitgegaan van Nederland dat de betreffende regeling onder de verordening valt.

Bij de herverzekering van het WAO-gat is geen rol weggelegd voor de bedrijfsvereniging, zodat dit type verzekeringen niet onder de verordening vallen.

Het hangt overigens af van de regeling waarin iemand deelneemt of dit problemen oplevert: als een regeling geen beperkingen stelt aan de plaats waar die wordt uitbetaald en als die regeling ook buitenlandse verzekeringsperioden in beschouwing neemt voor het vaststellen en de hoogte van de uitkering dan zijn de belangrijkste problemen afwezig. Het zijn echter de polisvoorwaarden die bepalend zijn voor de rechtspositie van betrokkene.

6.3 Verplichtingen van de werkgever in plaats van de publieke sociale zekerheid

Vergroting van de individuele verantwoordelijkheid kan ook op een andere wijze geregeld worden, namelijk door de werkgever te verplichten loon door te betalen als zich een bepaald risico voordoet, bijvoorbeeld bij een zieke werknemer. De Verordening behandelt dit type regelingen anders dan de hierboven besproken categorie van cao-afspraken. Artikel 4, tweede lid bepaalt namelijk dat de Verordening ook

5 Stb 1993, 750.

van toepassing is op de regelingen betreffende de verplichtingen van de werkgever met betrekking tot de prestaties die onder de verordening vallen. Aan het Hof van Justitie van de EG werd de vraag gesteld of de wettelijke verplichting voor de werkgever om loon door te betalen onder de materiële werkingssfeer van de Verordening valt.[6] Het Hof antwoordde dat die betalingen onder de Verordening vallen, want ze worden slechts toegekend in geval van ziekte, en de betaling ervan schort voor de duur van zes weken de betaling van de wettelijke ziekte-uitkeringen. Consequentie hiervan is dat de werkgever de procedure moet volgen die geldt volgens de verordening voor migrerende werknemers in het buitenland. I.c. betekent dit dat de werkgever gebonden is aan de oordelen van de artsen verbonden aan de verbindingsorganen in de lidstaat waar de werknemer verblijft, tenzij hij de in de verordening aangewezen weg volgt van het raadplegen van een andere arts in het gebied waar de zieke werknemer verblijft.

Nu het parlement heeft besloten tot algemene privatisering van de Ziektewet, in die zin dat de werkgever de verplichting krijgt om de volle 52 weken werknemers loon (gedeeltelijk) door te betalen, valt de regeling dus onder de Verordening.

Een andere vraag is of ook eventuele regelingen die in het kader van de 'opting out' de WAO gaan vervangen onder de Verordening kunnen vallen. Zoals we hierboven hebben gezien, spreekt de Verordening over regelingen met betrekking tot de verplichting van de werkgever met betrekking tot de prestaties. De loondoorbetalingsverplichting bij ziekte valt eronder, want in deze regelingen staan de verplichtingen van de werkgever in materiële zin weergegeven: loondoorbetaling gedurende een x-periode voor y-%. Een regeling die de werkgever toestaat om uit de WAO te treden en zich te verzekeren bij een particuliere maatschappij is echter een ander type constructie. In dit geval heeft de werkgever alleen de verplichting zich te verzekeren, de inhoud van die verzekering is echter geen verplichting voor de werkgever maar voor de verzekeringsmaatschappij. Als de inhoud van de verzekering die de werkgever moet sluiten expliciet en gedetailleerd in de wet staat dan ligt het anders; dan valt die verplichting wel onder de verordening. Het hangt dus af van de redactie van de *opting-out*-wet of hier problemen ontstaan.

6.4 Conclusie

Verordening 1408 heeft in hoofdzaak betrekking op de wettelijk verplichte sociale zekerheid. Bepaalde typen algemeen verbindend verklaarde cao-regelingen op het terrein van de sociale zekerheid kunnen wel onder de verordening vallen, zij het slechts als Nederland een verklaring doet uitgaan dat dit het geval is. Omdat de overheid niet toestaat dat aanvullingen op het wettelijk stelsel verplicht geschieden is deze verklaring niet te verwachten. De verordening legt hier dus wel extra drempels, maar de nationale wetgever kan er over heen en er kan dus niet gezegd worden dat deze de mogelijkheid om de individuele verantwoordelijkheid te vergroten in de weg staan.

---

6 Vgl het arrest HvJ 3 juni 1992, zaak 45/90, Paletta - Brennet, Jurisprudentie van het Hof, 1992 p. 3423.

Anders ligt dat bij particuliere polissen die wettelijke regelingen beogen te vervangen. Deze vallen niet onder de verordening. Wil de overheid opting out realiseren met behoud van de mogelijkheid dat de nieuwe regelingen onder Verordening 1408 vallen dan is belangrijk dat de inhoud van de vereiste polissen expliciet in de wet staat.

7 Mogelijkheden voor terugtred van de overheid

7.1 Verlaging van de normen

Een tweede dimensie van de notie van de verwerkelijking van de eigen verantwoordelijkheid is, we hebben dat in de inleidende paragraaf al gezien, het aspect dat de overheid zich zou willen terugtrekken van (een deel van het terrein van) de sociale zekerheid. Dit wordt wel aangeduid met privatisering. Internationale bepalingen zouden hier grenzen aan kunnen stellen.

Verschillende bepalingen uit internationale verklaringen en verdragen bevatten sociale grondrechten, zoals art. 22 en art. 25 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Deze bepalingen leggen echter geen plicht aan de overheid op om de hier genoemde voorzieningen te treffen, mits de betreffende situatie ook kan worden bereikt door andere voorzieningen, bijvoorbeeld door adequate regelingen van de sociale partners. Belangrijker zijn daarom de bepalingen van het ESH en IAO-verdragen. Art. 12 van het ESH bevat de verplichting voor de overeenkomstsluitende partijen, ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op sociale zekerheid te waarborgen, om een stelsel van sociale zekerheid in te voeren of in stand te houden en het stelsel van sociale zekerheid te houden op een bevredigend peil, dat ten minste gelijk is aan het peil van IAO-verdrag 102. Voorts verplichten ze zich te streven naar een geleidelijke verhoging van de sociale zekerheidsnormen. Deze norm van geleidelijke verhoging verzet zich duidelijk tegen vermindering van het stelsel van sociale zekerheid; de Nederlandse rechter kent aan deze norm echter (nog) geen directe werking toe.[7]

Deze bepalingen vereisen in ieder geval een stelsel van sociale zekerheid, dat verder ontwikkeld wordt en dat een bevredigend peil heeft. Deze algemene bepalingen, getoetst aan het totale Nederlandse stelsel, houden nog weinig specifieke verplichtingen in. IAO-verdragen geven verdergaande normen. We zullen eerst de mogelijkheden voor de verlaging van de uitkeringen toetsen aan deze normen en vervolgens de mogelijkheden voor privatisering.

In verschillende IAO-Verdragen en in de herziene Code inzake sociale zekerheid worden minimumnormen gegeven voor de omvang van de bescherming die op het terrein van de sociale zekerheid moet worden gegeven. We zullen overigens niet alle aspecten behandelen van dit onderdeel, omdat er op dit terrein andere publikaties

7 CRvB 10 augustus 1988, RSV 1989, 94.

zijn.[8] Hier komen een aantal hoofddiscussiepunten aan de orde. We zullen het daarbij met name hebben over de vraag of recente plannen van de overheid, zoals afschaffing van de Ziektewet of opting out uit de WAO, mogelijk zijn.

Voor de risico's van arbeidsongeschiktheid en het verlies van inkomen door dood van de kostwinner zijn Verdragen 121 en 128 van belang. Verdrag 121 heeft uitsluitend betrekking op de gevolgen van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Omdat Nederland geen speciale wetgeving kent waarin de bescherming van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval of beroepsziekte is geregeld, moeten de reguliere sociale-zekerheidswetten die uitkeringen verstrekken aan degenen die een beroepsongeval of -ziekte is overkomen voldoen aan de normen van dit verdrag. Bij de berekening van de hoogte van de uitkering kan volgens Verdrag 121 worden gekozen uit een hoge en lage norm. De hoge norm bestaat hierin dat de uitkering wordt gerelateerd aan het vroegere verdiende loon. De uitkering dient voor een modelgerechtigde (man met vrouw en twee kinderen) zestig procent van het eerder verdiende loon te bedragen. Tot de wet TBA had Nederland zich gecommitteerd aan de hoge norm,[9] maar de regering achtte het mogelijk over te stappen op de lage norm, en dit lijkt ook door de IAO geaccepteerd te worden. De lage norm bedraagt zestig procent van het loon van een volwassen ongeschoolde arbeider. Nederland voldoet hier wel aan; in de WAO is de vervolguitkering immers gekoppeld aan een vervolgdagloon dat gelijk is aan ten minste het minimumloon.

Een andere norm uit het verdrag is dat in geval van overlijden van de kostwinner aan de modelgerechtigde (dat wil zeggen weduwe met twee kinderen) een uitkering dient te worden berekend die ten minste gelijk is aan 50% van het eerder verdiende loon. Geen enkele periodieke betaling mag minder bedragen dan het voorgeschreven minimumbedrag. Deze norm zou moeten inhouden dat het minimumbedrag niet mag worden gekort in verband met andere inkomsten van de betrokkene of zijn gezinsleden. Probleem is hierbij echter wederom hoe IAO-verdragen geïnterpreteerd moeten worden. Het Internationaal Arbeidsbureau (overigens niet gezaghebbend) merkt over deze problematiek op dat gereduceerde uitkeringen niet in strijd zijn met het Verdrag. De nationale overheden moeten bij de vaststelling van het niveau van inkomsten waarboven de weduwenuitkeringen kunnen worden verminderd of ingetrokken te goeder trouw handelen en moeten rekening houden met de door deze bepaling beoogde doelstelling, namelijk waarborgen dat aan bepaalde voorgeschreven categorieën van weduwen een vervangend inkomen wordt betaald waarvan het bedrag ten minste het niveau bereikt dat door dit instrument is vastgesteld.[10] Dit betekent dat weliswaar de minimumnormen van Verdrag 121 gehaald moeten worden met behulp van een wettelijk stelsel, maar dat bij de hogere normen ook rekening mag worden gehouden met voorzieningen uit andere bronnen (zoals inkomen uit arbeid of particuliere verzekeringen).

---

8 Eén daarvan in Jacobs, a.w.; een ander is W.J.P.M. Fase e.a., Sociale zekerheid: privaat of publiek?. Deventer, 1994.

9 TK 1992/93, 22 824, no 3 p. 70.

10 TK 22 013 nr 6, p. 46, aldus geciteerd in Berben en Betten a.w., p. 71.

Ook degenen die een beroep moeten doen op een uitkering tijdens ziekte en op wie Verdrag 121 van toepassing is, staan nog niet in de kou. De werkgever heeft immers als verplichting om zeventig procent van het loon door te betalen, met als bodemvoorziening het minimumloon. Daarmee voldoet Nederland aan de lage norm van Verdrag 121.

Conclusie is dat Nederland ook met de reeds gedane terugtred en de voorgenomen plannen vooralsnog aan de normen van de IAO-verdragen voldoet.

7.2 Wie is verantwoordelijk voor de sociale zekerheid

Tot zover spraken we over de normen met betrekking tot de hoogte van de uitkeringen. Vooronderstelling was dat deze uitkeringen worden verstrekt op basis van wettelijke regelingen, en door bij de wet geregelde sociale-verzekeringsinstellingen. Een stap verder is het afschaffen van (of alternatieven toelaten voor) de wettelijke regelingen. De vraag is in hoeverre dat geoorloofd is. Zo is inmiddels de Ziektewet afgeschaft van de meeste werknemers.[11] In plaats daarvan komt een loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever. We hebben het hier dus over de meest vèrgaande vorm van privatisering, afschaffing van een element van de sociale zekerheid. De verantwoordelijkheid die hierdoor gecreëerd wordt komt primair bij de werkgever te liggen. Doelstelling van deze privatisering is dat de werkgever zich eerder met de werknemers zal bemoeien, zodat beider verantwoordelijkheid zal toenemen. Voor de vraag of het creëren van dit type eigen verantwoordelijkheid geoorloofd is, is met name Verdrag 102 relevant. Dit luidt dat de normen van dit verdrag in beginsel moeten worden gerealiseerd in het kader van een sociale-zekerheidsstelsel met een verplichtend of algemeen geldend karakter. Niet-verplichte verzekeringen kunnen ook voldoen om ook de verdragsnormen te voldoen, als ze aan de volgende voorwaarden voldoen. Ze worden (a) uitgevoerd hetzij onder overheidstoezicht, hetzij gemeenschappelijk door werkgevers en werknemers, (b) ze strekken zich uit tot een aanzienlijk deel van de personen van wie de inkomsten uit arbeid die van een geschoolde werknemer niet te boven gaan en (c) ze voldoen aan de betreffende bepalingen van Verdrag 102. Voor uitkeringen bij arbeidsongevallen en beroepsziekten en voor zwangerschaps- en bevallingsuitkeringen zijn dergelijke andere vormen van verzekeringen niet toegestaan. De kosten van de uitkeringen en de aan die uitkeringen verbonden administratiekosten moeten collectief worden gedragen door middel van premies en/of belastingen. Personen met een geringe draagkracht mogen niet te zwaar worden belast en rekening moet worden gehouden met de economische toestand en met de groepen der beschermde personen (art. 71). Het Verdrag verplicht de Verdragsluitende Partij er voorts toe een algemene aansprakelijkheid op zich te nemen voor de verstrekking van de op grond van dit verdrag te verlenen uitkeringen en deze dient daartoe alle noodzakelijke maatregelen te nemen. Dit houdt onder meer in dat de Verdragsluitende Partij er zich van moet vergewissen dat de noodzakelijke actuariële studies en berekenin-

11 TK 1995-1996, 24 439. Vgl. ook PS 1995, no 28. In het navolgende heb ik mede gebruik gemaakt van een notitie van de minister van Sociale Zaken aan de informateur d.d. 3 juni 1994 (nr 94M003882).

gen betreffende het financiële evenwicht periodiek worden gemaakt, doch in elk geval vóór elke wijziging van de uitkeringen, van de premietarieven bestemd voor de dekking van de desbetreffende gevallen. Art. 6 van IAO-verdrag 24[12] verlangt voorts dat er een uitvoeringsorganisatie is die hetzij in stand wordt gehouden door de overheid, hetzij onder administratief en financieel toezicht van de overheid staat, die geen winstoogmerk heeft en waarin verzekerden participeren in het bestuur.

Uit deze bepalingen kunnen we concluderen dat de IAO-verdragen expliciet verlangen dat de Nederlandse overheid als Verdragsluitende partij een algemene aansprakelijkheid op zich moet nemen voor de verstrekking van ziekengelduitkeringen. Als de werkgever eigen-risicodrager wordt dan moet de overheid zich er van blijven vergewissen dat de werkgevers de uitkeringen kunnen blijven betalen. Een tweede probleem is dat als de uitvoering van de sociale zekerheidsregeling niet in handen is van de overheid maar van autonome instellingen, beide verdragen vereisen dat werknemers aan het bestuur ervan kunnen deelnemen. Als de Ziektewetverplichtingen zonder meer worden doorgeschoven naar de werkgevers, dan is bovendien niet voldaan aan art. 6 van IAO-verdrag 24. De eis uit Verdrag 102 dat de kosten van de uitkeringen en uitvoering *collectief* moeten worden opgebracht spoort niet met een stelsel waarin de werknemer uitsluitend is aangewezen op de individuele werkgever bij wie hij in dienst is.

Conclusie is dat de hier besproken IAO-verdragen eisen stellen aan uitkeringsstelsels waaraan moet worden voldaan, als Nederland met behulp hiervan aan de normen van Verdrag 102 wil voldoen. Deze eisen houden ten minste participatie van verzekerden in de uitvoeringsorganisatie in en een plicht van de overheid om de verzekering te controleren. De doelstelling van deze bepaling is om bescherming te bieden en betrokkenheid van de verzekerden bij de uitvoering van de sociale zekerheid te bevorderen.

8 Conclusie

IAO-verdragen zijn in belangrijke mate geïnspireerd door de werknemersverzekeringen uit het begin van deze eeuw. De norm van werknemers- en werkgeversparticipatie in de uitvoering van de sociale zekerheid en in de rechtsbescherming zijn daarmee te verklaren. Ofschoon in de na-oorlogse verdragen wat afstand genomen is van de verzekeringsopzet, is de werkgevers- en werknemersinbreng ook nog in die latere verdragen terug te vinden, zoals we zojuist bij Verdrag 102 nog hebben gezien.

Op dit moment beoogt het kabinet de invloed van de sociale partners aanmerkelijk terug te brengen. Het is nog niet te overzien of dit een modegril is of een structurele verandering in het Nederlandse mensbeeld.

IAO-normen zijn vooral hoog bij specifieke groepen, zoals werknemers die een beroepsongeval of -ziekte is overkomen en hun nabestaanden en bij zwangere vrouwen

12 Dit verdrag is te vinden in Trb 1957, 27.

en jonge moeders. Het eerste onderdeel levert voor Nederland vooral problemen op omdat we geen specifiek stelsel kennen voor het risico van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Het risico van zwangerschap kan ondervangen worden door bij de loondoorbetalingsverplichting voor werkgevers de Ziektewet als vangnet aan te houden. Hier is m.i. geen verschil in mensbeeld in het geding.

IAO-verdragen verschillen qua mensbeeld wel in belangrijke mate van de huidige Nederlandse sociale zekerheid, waar IAO-verdragen de normbedragen relateren aan een modeluitkeringsgerechtigde, een werknemer met echtgenote en twee kinderen. In dat opzicht zijn deze verdragen aan het verouderen; deze discrepantie levert echter nog geen problemen op bij de plannen die momenteel in Nederland bestaan om de eigen verantwoordelijkheid te vergroten.

In deze bijdrage heb ik de diverse wijzen beschreven waarop de eigen verantwoordelijkheid gestalte kan worden gegeven. Tevens ben ik ingegaan op de vraag wanneer het internationaal recht grenzen kan stellen aan de vergroting van de notie van eigen verantwoordelijkheid. Bij een aantal vormen van zulke vergroting heb ik geen problemen aangetroffen, zoals bij het stellen van uitkeringsvoorwaarden of bij hulp van uitkering bij reïntegratie. Bij een aantal andere punten heb ik gesteld dat het internationale recht niet meewerkt als buitenwettelijke eigen voorzieningen gecreëerd worden.

Ten slotte heb ik een aantal voorwaarden genoemd waaraan de organisatie van de eigen voorzieningen moet voldoen die in de plaats komen van de wettelijke sociale zekerheid en die nodig zijn om aan Verdrag 102 te voldoen. Verdrag 102 blijft overheidsbemoeienis eisen en participatie van de verzekerden in het bestuur van de uitkeringsorganisatie. Deze eisen verhinderen een volledige terugtred van de overheid.

Algemene conclusie kan echter zijn dat deze beperkingen niet de vergroting van de individuele verantwoordelijkheid als zodanig verbieden, als wel bepaalde vormen waarop de wetgever dat zou willen.

Anderzijds kan zelfs worden volgehouden dat de IAO-verdragen zelfs meer vragen van de eigen verantwoordelijkheid, omdat ze participatie van de verzekerden in het bestuur van de uitkeringsorganisaties blijven verlangen. De eisen uit de verdragen behoeden de overheid voor overhaaste overdracht van verzekerden of werknemers aan verzekeringsmaatschappijen of werkgevers. Er kan dan ook niet worden gezegd dat ze grenzen stellen aan de wens om de eigen verantwoordelijkheid te vergroten.

Over de auteurs

Prof. mr I.P. Asscher-Vonk	Hoogleraar Sociaal Recht, Katholieke Universiteit Nijmegen
Prof. Lammy Betten	Hoogleraar Europees Recht en Directeur van het Centre for European Legal Studies, Universiteit Exeter (VK)
Mr H.J. de Bijl Nachenius	Hoofd Afdeling arbeidsverhoudingen Unilever Nederland
Mr R.A.A. Duk	Advocaat te 's Gravenhage
Prof. mr A.J.C.M. Geers	Hoogleraar Sociaal Recht Rijksuniversiteit Limburg
Mw mr A.M. Gerritsen	Universitair docent Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Leiden
Mr J.A. van Gijzen	Partner Moret, Ernst & Young sector ondernemingsrecht en voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Ondernemingsrechtadviseur
Mr G.J.J. Heerma van Voss	Universitair hoofddocent Sociaal Recht, Rijksuniversiteit Limburg
Prof. mr L.H. van den Heuvel	Hoogleraar Sociaal Recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit
Prof. mr P.F. van der Heijden	Directeur Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam
Prof. mr A.Ph.C.M. Jaspers	Hoogleraar Sociaal Recht, Universiteit Utrecht

Mr C.J.H. Jansen	Universitair hoofddocent Inleiding tot de rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen
Dr E.P. de Jong	Voorzitter Raad van Bestuur Gak Groep
Mw mr Y. Konijn	Universitair docent Sociaal Recht, Universiteit Utrecht
Mr C.J. Loonstra	Universitair hoofddocent Sociaal Recht, Erasmus Universiteit Rotterdam
Prof. mr F.M. Noordam	Hoogleraar Sociale Zekerheid, Rijksuniversiteit Groningen
Mr M.M. Olbers	Hoofddocent arbeidsrecht, Universiteit van Amsterdam
Mr F.J.L. Pennings	Universitair hoofddocent Sociaal Recht, Katholieke Universiteit Brabant
Mr T. van Peijpe	Hoofddocent Sociaal Recht, Rijksuniversiteit Leiden, tevens rechter bij de rechtbank Amsterdam
Mr J. Riphagen	Hoogleraar Sociaal Verzekeringsrecht, Universiteit van Amsterdam, tevens vice-president bij de rechtbank Rotterdam
Prof. mr M.G. Rood	Hoogleraar Sociaal Recht, Rijksuniversiteit Leiden
Mw mr L.A.J. Schut	Universitair docent Sociaal Recht, Rijksuniversiteit Leiden
Loe Sprengers	Advokaat bij het Advokatenkollektief Utrecht
Mr H.W.M.A. Staal	beleidsmedewerker arbeid & zeggenschap FNV
Mr H.H. de Vries	Onderzoeker Hugo Sinzheimer instituut, Universiteit van Amsterdam
Mw mr K. Wentholt	Universitair hoofddocent vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, sectie Vrouw en Recht, Rijksuniversiteit Groningen
Wietske Zeijlstra	Advocaat bij het Advokatenkollektief Utrecht

Het onderhavige boek is verschenen ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht (1946-1996). De vraag die in dit jubileumboek centraal staat, luidt:

'Biedt het huidige positieve arbeidsrecht (waaronder het sociale-zekerheidsrecht), gelet op zijn ontwikkeling sedert 1946, een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid anno 1996? Zo ja, waarom? Zo nee, op welke wijze zouden het arbeidsrecht en het sociale-zekerheidsrecht moeten worden gewijzigd?'

Op grond van het uit deze vragen af te leiden thema ARBEIDSRECHT EN MENSBEELD is aan een aantal auteurs, leden van de Vereniging voor Arbeidsrecht, verzocht een bijdrage te leveren op grond van een aangereikt sub-thema. Tezamen bestrijken deze sub-thema's het arbeidsovereen-komstenrecht, het arbeidsomstandig-hedenrecht, het collectieve arbeidsrecht, het medezeggenschapsrecht, het Europese sociaal recht en het sociale-zekerheidsrecht.