Redactie:
prof.mr. A.R. Houweling
mr.dr. L.C.J. Sprengers



70 jaar VvA: einde van het begin

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

Nr. 44

70 jaar VvA: einde van het begin

Prof.mr. A.R. Houweling en mr.dr. L.C.J. Sprengers (red.)

Wolters Kluwer

Deventer – 2016

Aanbevolen citeertitel
70 jaar VvA: einde van het begin, Reeks VvA 44

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

Omslagontwerp: Ontwerpbureau Ghering

ISBN 978 90 13 13784 2
ISBN 978 90 13 13785 9 (E-book)
NUR 825-502

© 2016, Vereniging voor Arbeidsrecht

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

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

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

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

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

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1 Inleiding 1
Ruben Houweling en Loe Sprengers

Hoofdstuk 2 Het mensbeeld in het arbeidsrecht. 70 jaar Vereniging voor Arbeidsrecht 19
Corjo Jansen en Cees Loonstra
2.1 Inleiding 19
2.2 De Vereniging voor Arbeidsrecht 22
2.3 Het beeld van de arbeid(er) 24
2.4 Europees en internationaal 27
2.5 Nationaal: de toekomst van het arbeidsrecht 28
2.6 Maatschappij – arbeidsmarkt – arbeidsrecht 31
2.7 Uitdagingen voor de VvA 33

Hoofdstuk 3 Ontslagrecht, flexibele arbeid en (sociale) zekerheid in de jaren 1996, 2006, 2016 en 2036 37
Hanneke Bennaars, Liesbeth van Buitenen, Dirk Jan Buijs, Frank Dekker, Anita van Empel, Karin Frikkee, Rolf Hansma, Alfons Kouwenhoven, Pascal Kruit, Monetta Ulrici, Ea Visser, Tzivya Wegener-Belinfante, Erica Wits en Johan Zwemmer
3.1 Hoe zieke werknemers duurder werden, er vrees was voor arbeidsnomaden en de kantonrechters een formule bedachten (1996) 37
3.1.1 Inleiding 37
3.1.2 Zieke werknemer 37
3.1.3 Flexibele arbeidsrelaties 41
3.1.4 Ontslagvergoedingen 43
3.2 De allesbepalende kantonrechtersformule, "flex to the max" en WW op bestelling (2006) 47
3.2.1 Het ontslagrecht als politieke splijtzwam 47
3.2.2 Hoogtijdagen van de kantonrechtersformule 48
3.2.3 Kritiek op de kantonrechtersformule 51
3.2.4 Flex is koning 53
3.2.5 Driemaal drie is scheepsrecht 54

3.2.6 Bepaalde tijd wordt steeds minder vaak onbepaalde tijd 55
3.2.7 Uitzending: heel veel fase A, een klein beetje fase B en nog minder fase C 56
3.2.8 Payrolling en de olievlekwerking van art. 7:690 BW 57
3.2.9 Pro forma op volle toeren 58
3.2.10 Einde onnodig papier schuiven 60
3.2.11 Geen redelijke grond voor ontslag toch WW 61
3.2.12 De werknemer: met een appeltje voor de dorst naar een nieuwe baan 62
3.3 Schoorvoetend op weg in het nieuwe recht (2016) 63
3.3.1 Inleiding 63
3.3.2 Van gouden handdruk tot transitievergoeding 66
3.3.3 Strijd rond flexibele arbeid 70
3.3.4 Zieke werknemer: een haast niet (meer) te dragen last? 76
3.4 De nieuwe wereld: één beëindigingsrecht voor allen (2036) 80
3.4.1 Inleiding 80
3.4.2 Ontslag in 2036 81
3.4.3 Sociale zekerheid en andere vangnetten 84
3.4.4 Slot 85

Hoofdstuk 4 Twintig jaar collectieve arbeidsvoorwaarden en collectief actierecht: flexibeler, soberder, meer acties? 87
Rogier Duk, Damiën Berkhout, James Helmer, Antoine Jacobs, Teun Jaspers, Willem Plessen, Inge Schraffordt, Pauline Sick en Nuna Zekic
4.1 Versobering van arbeidsvoorwaarden bij cao en behoud van werkgelegenheid, een verkenning 87
4.1.1 Inleiding 87
4.1.2 Loonoffers, collectief ontslag en andere afspraken, een terugblik 90
4.1.3 Cao en loonoffers 92
4.1.4 Geen cao (meer) en alternatieven voor cao-route? 97
4.1.5 Een kijkje over de grenzen 100
4.1.6 Conclusies en voorstellen 104
4.2 Arbeidsverhoudingen en collectieve arbeidsvoorwaarden, Quo Vadis? 109
4.2.1 Inleiding 110
4.2.2 Pensioen onder druk, solidariteit gewenst? 113
4.2.3 Flexibele arbeid 121
4.2.4 Overheid als werkgever 130
4.2.5 Conclusie 133
4.3 Het stakingsrecht tussen 1996 en 2016: anders maar hetzelfde? 135
4.3.1 Inleiding 135
4.3.2 Het stakingsrecht en de Hoge Raad 136

4.3.3 De lagere rechtspraak 143
4.3.4 Van 1996 naar 2016 148
4.4 De cao en het cao-recht: nieuwe uitdagingen voor de komende twintig jaren!? Een uitleiding 151

Hoofdstuk 5 Ontwikkelingen in het medezeggenschapsrecht binnen en buiten de WOR 161
Mirjam de Blécourt, Marloes Diepenbach, Bruno van Els, René Hampsink, Steven Jellinghaus, Maarten van Kempen, Josee Lamers, Marcus Meyer, Hans Moltmaker, Chris Nekeman, Els Unger, Loe Sprengers, Rudi van der Stege, Lars van Westerlaak, Klaas Wiersma en Paul Witteveen
5.1 Inleiding 161
5.2 De OR en aandelenoverdracht in internationale concerns 162
5.2.1 Inleiding 162
5.2.2 Toerekening en medeondernemerschap 163
5.2.3 De aandelenoverdracht en het adviesbereik van de OR 165
5.2.4 De Franse OR en de aandelenoverdracht 171
5.2.5 Vergelijking met de Duitse en de Franse OR in een internationaal concern 172
5.2.6 Conclusie en aanbevelingen 175
5.3 OR in verhouding tot governance en toezicht 178
5.3.1 Inleiding 178
5.3.2 Het enquêterecht 179
5.3.3 Structuurregeling 186
5.3.4 Bevoegdheid OR bij benoeming toezichthouders in zorg en welzijn 192
5.3.5 Conclusie en aanbevelingen 194
5.4 Rol OR bij arbeidsvoorwaarden 196
5.4.1 Inleiding 196
5.4.2 Arbeidsvoorwaardenvorming: historische schets en ontwikkelingen 197
5.4.3 Pensioenen 202
5.4.4 OR en sociaal plan, reorganisatie en de wijzigingen als gevolg van de Wwz 207
5.4.5 Aanbevelingen 213
5.5 Sluit de WOR voldoende aan bij de ontwikkelingen binnen ondernemingen? 214
5.5.1 Inleiding 214
5.5.2 De (veranderende) rol van de flexibele schil 215
5.5.3 Verschillen in positie OR in kleine/grote ondernemingen 222

5.5.4 De evoluerende onderneming 225
5.5.5 Aanbevelingen 231

Hoofdstuk 6 Terugblik op twintig jaar gelijke behandeling: drie deelgebieden in een stroomversnelling 233
Ruben van Arkel, Frank Dekker, Linda Nekeman-IJdema en Peter Vas Nunes en Monique de Witte-van den Haak
6.1 Arbeidsrecht en maatmanbeeld 233
6.1.1 Inleiding 233
6.1.2 Twee casus 235
6.1.3 Gelijke behandeling 236
6.1.4 Groeps- en paarsgewijze vergelijking 237
6.1.5 De oorsprong van de WGB-loonparagraaf 238
6.1.6 Toepassing WGB-loonparagraaf op de casus 240
6.1.7 Conclusie en aanbeveling 252
6.2 Een overzicht van de ontwikkelingen van de afgelopen jaren op het gebied van handicap en chronische ziekte ("h/cz") in het arbeidsrecht 254
6.2.1 Inleiding 254
6.2.2 Terugblik en huidige stand van zaken 254
6.2.3 Uitleg begrip h/cz 258
6.2.4 Doeltreffende aanpassingen 261
6.2.5 H/cz en de Wwz 263
6.2.6 Vooruitblik 264
6.2.7 Conclusie 265
6.3 Leeftijdsonderscheid: in twintig jaar is veel veranderd, maar stereotypering blijft 266
6.3.1 Inleiding 266
6.3.2 Ontwikkelingen regelgeving gelijke behandeling op grond van leeftijd 269
6.3.3 Toetreding tot de arbeidsmarkt 275
6.3.4 Beloning 279
6.3.5 Ontslag 281
6.3.6 Slotsom 288

Hoofdstuk 7 Europees en internationaal sociaal recht 1996-2016: over de top heen? 293
Beryl ter Haar, Mijke Houwerzijl, Bas Rombouts en Willemijn Roozendaal
7.1 Inleiding 293
7.2 Europeanisering van het sociaal recht 1996-2016 294
7.2.1 Europees arbeidsrechtelijke "hard law"-normen 296
7.2.2 Europees arbeidsrechtelijke "soft law"-normen 305
7.2.3 Loonconcurrentie als motor van het vrij verkeer 316

7.2.4 Sociale grondrechten in de Europese rechtsorde 321
7.2.5 Tussenconclusie 332
7.3 Internationaal sociaalrecht van 1996-2016 334
7.3.1 Fundamentele arbeidsrechten in de internationale context 334
7.3.2 Ontwikkelingen binnen de ILO 336
7.3.3 "Soft law" en zelfregulering in het internationale arbeidsrecht 339
7.3.4 Tussenconclusie 347
7.4 Tot besluit 350

Hoofdstuk 8 De invloed van de wetgever en de sociale partners op het arbeidsrecht 351
Teun Jaspers en Loe Sprengers m.m.v. Marloes Diepenbach
8.1 Inleiding 351
8.2 Deelonderwerpen en stellingen 352
8.2.1 Arbeidsongeschikte werknemer en arbeidsomstandigheden 352
8.2.2 Ontslagvergoeding en salarisplafonds 358
8.2.3 Collectief actierecht 365
8.2.4 Toekomst 369

Hoofdstuk 9 De invloed van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt voor het arbeidsrecht 377
Frank Alfrink, Gerrard Boot, Koen Caminada, Peter Hoogstraten, Erik Pentenga, Pierre Spanninks en Diana de Wolff, m.m.v. Emma van der Vos en Lisanne Wierckx
9.1 Inleiding 377
9.2 Deelonderwerpen 378
9.2.1 Duurzaamheid van sturingsmaatregelen versus hun beperkte houdbaarheid 378
9.2.2 De relatie van het arbeidsrecht en collectief niet-beschermde groepen 391
9.2.3 Toekomst: arbeidsmarkt en politieke urgentie 408

Hoofdstuk 10 De plaats van het arbeidsrecht 421
Ronald Beltzer, Ruben Houweling en Jaap van Slooten m.m.v. Marieke ten Broeke
10.1 Inleiding 421
10.2 Stellingen 422
10.3 Discussie 422

10.3.1 Het arbeidsrecht als eigenstandig rechtsgebied 422
10.3.2 Wetboek van Arbeid 424
10.4 Conclusie 426
10.5 Naar een houdbare regulering van arbeidsverhoudingen 427

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

Ruben Houweling en Loe Sprengers[1]

De Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) bestaat 70 jaar. Haar 14e lustrum. Van origine gaat een lustrum gepaard met het offeren van een varken, een schaap en stier aan de god Mars, door mannelijke Romeinse burgers om de vijf jaar bij het aanstellen van een nieuwe censor. Gezien het grote aantal vrouwelijke beoefenaren van het arbeidsrecht en dientengevolge ook het grote aantal vrouwelijke leden van de VvA, ligt het niet voor de hand om het 70-jarig bestaan aan te grijpen voor een louter mannelijk ritueel. En al ver voor de opkomst van de Partij van de Dieren is het lustrum met name in academische kringen omarmd, met weglaten van het offeren van de dieren.

Voor de VvA is er alle aanleiding om stil te staan bij haar 14e lustrum. Anno 2016 staat het arbeidsrecht in grote politieke en maatschappelijke belangstelling. Voldoende reden om in dit lustrumboek aandacht te besteden aan actuele ontwikkelingen in het arbeidsrecht. Veel arbeidsrechtelijke publicaties besteden uitgebreid aandacht aan het positieve arbeidsrecht en mogelijk aangevuld met suggesties voor noodzakelijke en gewenste wijzigingen voor de toekomst. Wij willen deze gelegenheid echter ook aangrijpen om terug te kijken naar het verleden, indachtig de spreuk van Gerrit Komrij: "als je nergens kijk op hebt, kan je nog altijd in de toekomst kijken."

Bij het 50-jarig bestaan van de VvA is een boek verschenen onder de titel *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*. In een groot aantal bijdragen zijn verschillende auteurs ingegaan op de centrale vraag die in dat boek aan de orde werd gesteld: of het positieve arbeidsrecht, gelet op de ontwikkelingen sinds 1946, een adequaat juridisch kader biedt waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid anno 1996? Zo ja, waarom? Zo nee, wat moet worden gewijzigd? In het redactioneel hebben Loonstra, Staal en Zeijlstra de ontwikkelingen anno 1996 geschetst. De evolutie van de arbeider tot werknemer of zelfs medewerker

1 Ruben Houweling is voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht en hoogleraar arbeidsrecht verbonden aan de sectie arbeidsrecht van de Erasmus School of Law te Rotterdam en Loe Sprengers is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht.

leidde tot toegenomen mondigheid, zelfbewustheid en emancipatie. Flexibilisering als gevolg van toegenomen vrije tijd: de vrije mens die zelf vorm wenst te geven aan zijn (arbeids)leven. Maar ook de waarneming van een toenemende wens van de werkgever vanuit arbeidsmarktoverwegingen om een flexibele arbeidsorganisatie met interne en externe flexibiliteit te hebben. Op het terrein van de medezeggenschap werd ook een evolutieproces waargenomen naar de onderhandelende ondernemingsraad die steeds meer een gelijkwaardige positie in het overleg met de ondernemer in gaat nemen. De opkomst van convenanten en overeenkomsten illustreerde dat. Op het terrein van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming werd de afname van het percentage werknemers dat vakbondslid is geschetst. Maar dit ging niet ten koste van de populariteit van de collectieve arbeidsovereenkomst. Wel viel ook daarbij waar te nemen dat meer ruimte voor maatwerk en decentralisatie gewenst werd. Op het terrein van de arbeidsomstandigheden werd een toename in de jaren negentig van de zelfregulering waargenomen door de nieuwe Arbowet, die een sterk afgeslankt karakter had. Bij de Arbowet en de Arbeidstijdenwet werd uitgegaan van een ideaal type mens: mondig, geëmancipeerd, op onderhandelingen ingesteld, gericht op zelfverwerkelijking. Op het vlak van de sociale zekerheid werd sinds 1946 een steeds verdergaande groei van de sociale verzorgingsstaat waargenomen tot de jaren tachtig: de mens werd de collectief denkende, maar tevens afschuivende mens. In de jaren daarna kwamen kostenbesparingen en de individuele verantwoordelijkheid steeds meer centraal te staan. De opkomst van steeds meer vrouwen op de arbeidsmarkt leidde er ook toe dat allerlei discriminerende bepalingen onder vuur zijn komen te liggen en zijn aangepast.

We hebben deze boeiende bundel ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de VvA als uitgangspunt genomen voor dit lustrumboek. Inmiddels zijn we twintig jaar verder. Wat is er uitgekomen van de verwachtingen en voorspellingen zoals die geuit zijn in het boek ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de VvA? Bevat het arbeidsrecht anno 2016 een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid? Wat zijn de verwachtingen of gewenste ontwikkelingen voor de komende twintig jaar? Dit zijn de vragen die wij hebben meegegeven aan al diegenen die een bijdrage hebben geleverd aan dit lustrumboek. Eenieder heeft daar op eigen wijze inhoud aan gegeven. Dat maakt, naar wij hopen, ook dat dit lustrumboek weer een inspiratiebron kan zijn voor de beoefenaren van het arbeidsrecht.

De opzet van het lustrumboek valt uiteen in drie delen: inleidende schets: 70 jaar Vereniging voor Arbeidsrecht, bijdragen vanuit de werkgroepen en verslagen van expertmeetings die ter gelegenheid van het 70-jarig bestaan van de Vereniging van Arbeidsrecht zijn georganiseerd.

Inleidende schets: 70 jaar Vereniging voor Arbeidsrecht
Het inleidend deel van dit boek eindigt in hoofdstuk 2 met een bijdrage van Corjo Jansen en Cees Loonstra over het mensbeeld in het arbeidsrecht: 70 jaar Vereniging voor Arbeidsrecht. Hiermee mogen Jansen en Loonstra gekroond worden tot vaste chroniqueurs van de VvA. In het lustrumboek ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan hebben zij uitgebreid verslag gedaan van de activiteiten en ontwikkelingen van de Vereniging in de eerste vijftig jaar van haar bestaan. Zij hebben zich bereid verklaard ook voor dit boek terug te kijken naar de ontwikkelingen binnen de Vereniging en binnen het arbeidsrecht de afgelopen twintig jaar. Zij constateren dat de werknemer anno 2016 of 2026 niet meer de werknemer anno 1996 is. De maatschappelijke ontwikkelingen voltrekken zich in een steeds sneller tempo. De individualisering, het digitale werken, de Europeanisering en internationalisering, de noodzaak van scholing, de flexibilisering en de geringe waardevastheid van pensioenen en daardoor de onzekerheid voor de oude dag nemen ondanks alles toe. De rol van de vakbonden, collectieve voorzieningen en de overheid neemt (alsmaar) af. De arbeidsmarkt lijkt een wereldwijd karakter te krijgen. De digitale interneteconomie heeft haar intrede gedaan. Voor een deel is de afhankelijkheid van de werknemer zowel in juridische als economische zin blijven bestaan, maar de opkomst van een bonte stoet aan werkers waaronder in Nederland 1 miljoen zzp'ers, laat zien dat de huidige maatschappelijke werkelijkheid een andere is. Zij wijzen erop dat het recht gericht is op optimalisering van de interacties tussen mensen en de instituties waarbinnen ze participeren. Daar waar interacties plaatsvinden die de (democratische) meerderheid als "niet oké" bevinden, komen er regels om deze interacties uit te bannen of anders te stroomlijnen. Dit geldt ook voor het arbeidsrecht. Daarbij verwijzen ze naar de komst van de Wwz en geven aan dat de werking van deze wet nauwgezet getoetst dient te worden aan en beoordeeld op basis van de ervaringen die met de goeddeels (qua effecten) nog onbekende rechten worden opgedaan. Zij geven de Vereniging mee dat zij de komende jaren ook belangrijk werk kan verrichten op het terrein van het Europese en internationale arbeidsrecht, waarbij gedacht kan worden over het nadenken over

de wenselijkheid van een uniform EU-werknemersbegrip (met daaraan gelieerde begrippen als arbeidsverhouding). Verder wijzen zij nog op enkele onderwerpen die van groot gewicht kunnen zijn om binnen de Vereniging over te beraadslagen, een standpunt over in te nemen en uit te dragen, zoals: het uniform regelen van alle op de werknemer van toepassing zijnde belastende bedingen en het reguleren van de pluraliteit van werkgeverschap naar aanleiding van de toenemende driehoeksverhouding in het arbeidsrecht.

Bijdragen van de werkgroepen
Het tweede deel van dit lustrumboek wordt gevuld door bijdragen van de werkgroepen van de Vereniging van Arbeidsrecht (hoofdstuk 3 tot en met 7). Het bestuur van de Vereniging heeft alle werkgroepen gevraagd om bijdragen te leveren aan dit lustrumboek in de lijn met de aanpak: terugkijken naar twintig jaar geleden, de stand van zaken anno 2016 en vooruitkijken naar de komende twintig jaar. Zoals kenners van het arbeidsrecht alsook van de VvA zullen verwachten, is hier op zeer uiteenlopende wijze inhoud aan gegeven door de verschillende werkgroepen.

Werkgroep Ontslagrecht
De oudste werkgroep van de VvA is de werkgroep Ontslagrecht, die vanaf 1988 bestaat. In een gedeeltelijk nieuwe samenstelling is deze werkgroep onder voorzitterschap van Zwemmer in 2013 in korte tijd heel actief geweest om het wetsvoorstel Wwz te becommentariëren.[2]

In hoofdstuk 3 is de bijdrage van de werkgroep Ontslagrecht terug te vinden onder de titel 'Ontslagrecht, flexibele arbeid en (sociale) zekerheid in de jaren 1996, 2006, 2016 en 2036'. Met veel inlevingsvermogen schetsen Buijs, Wits en Visser de positie van de zieke werknemer, de vrees voor arbeidsnomaden en de komst van de kantonrechtersformule door de ogen van Lodewijk Voordewind (een doorsneewerkgever anno 1996). De ontwikkelingen tien jaar later in 2006 worden aan de hand van de allesbepalende kantonrechtersformule, flex to the max en WW op bestelling beschreven door Wegener-Belinfante, Kouwenhoven en Zwemmer. Zij hebben het over de hoogtijdagen van de kantonrechtersformule met als enige dissonant de kantonrechter Helmond. Zij signaleren ook toenemende kritiek op de kantonrechtersformule uitmondend in een eerste poging van minister Donner van SZW om de vergoeding op € 75.000 te maximeren. Door de komst van

2 L.G. Verburg, E.F.A. van Buitenen, C.J. Frikkee, M.V. Ulrici, J.P.H. Zwemmer (red.), *Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid*, Geschriften VvA 41, Deventer 2014.

de Flexwet heeft het gezegde "3 x 3 is scheepsrecht" een andere betekenis gekregen. Doorstroom van bepaalde tijd naar onbepaalde tijd wordt minder vaak waargenomen en uitzendkrachten verkeren vooral in fase A, een beetje in fase B en nog minder in fase C. 2006 is ook het eerste jaar dat er een cao voor medewerkers van payrollondernemingen tot stand komt. Door de wijziging van de WW komt er in oktober 2006 een einde aan het papier schuiven in het kader van de pro forma ontslagprocedures. 2016 staat in het teken van de Wwz oftewel schoorvoetend op weg in het nieuwe recht zoals Dekker, Van Empel en Hansma het beschrijven. Grotendeels gebaseerd op het Sociaal Akkoord komt de Wwz in sneltreinvaart tot stand tussen 29 november 2013 en 24 juni 2014, de verschijningsdatum van de wet in het *Staatsblad*. Een gouden handdruk wordt vervangen door de transitievergoeding. Daarnaast de komst van de billijke vergoeding die de rechtspraktijk bezighoudt. De strijd rond de flexibele arbeid wordt beschreven aan de hand van de ontwikkeling van de flexibele schil, de wijzigingen die de Wwz heeft aangebracht met betrekking tot de ketenregeling en payrolling. Bij het nut van deze maatregelen zetten de auteurs een vraagteken en zij geven aan dat we mogelijkerwijs maar gewoon moeten gaan accepteren dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur met vaste werktijden niet langer de standaard is. Tot slot schetsen de visionairs Bennaars en Kruit de nieuwe wereld van 2036 waar er sprake is van één beëindigingsrecht voor allen. De werker is in de plaats getreden van de werknemer, de sociale dialoog is levendiger dan ooit doordat de vakbonden alle werkers vertegenwoordigen en de werkgevers behoefte blijven behouden aan cao's. Het ontslagrecht in 2036 kent geen verplichte preventieve ontslagtoets meer, geen duaal stelsel, maar wel een opzegtermijn. Er is een beperkte rol weggelegd voor de kantonrechter in het kader van repressieve toetsing, met name aan de hand van de vraag of er sprake is van schending van opzegverboden, die teruggebracht zijn tot discriminatie en victimisatie. De transitievergoeding is een blijvertje, maar in een andere vorm waarbij de werkgever maandelijks bijdraagt aan een levenslang account voor de werker. Bij cao kan ontslagbescherming uitgebreid worden en de rol van scholing is steeds prominenter geworden. Ook op het terrein van sociale zekerheid is de wereld er anders uit gaan zien, zo ontvangt een werker gedurende zes weken arbeidsongeschiktheid nog loon door de werkgever. Daarna staan voorzieningen open bij sociale fondsen. Voor degenen die geen pensioen hebben opgebouwd en na hun AOW-leeftijd (moeten) doorwerken wordt het gefaciliteerd door hen dezelfde rechtspositie toe te kennen als de andere werkers.

Met deze aftrap van de werkgroep Ontslagrecht is het thema van dit boek goed neergezet. De hele horizon vanaf 1996 tot 2036 is bestreken niet alleen vanuit het perspectief van het ontslagrecht, maar vanuit een brede blik op het arbeidsrecht.

Werkgroep Cao-recht

De werkgroep Cao-recht staat onder voorzitterschap van Jaspers. In 2011 heeft deze werkgroep een boek uitgebracht over de toekomst van het cao-recht.[3] In hoofdstuk 4 zijn de bijdragen vanuit de werkgroep Cao-recht aan te treffen. Schraffordt en Helmer hebben vanuit het perspectief van het collectief arbeidsrecht gekeken naar de arbeidsverhoudingen en de collectieve arbeidsvoorwaarden en de vraag gesteld: quo vadis? Ze hebben daarbij in het bijzonder gekeken naar ontwikkelingen ten aanzien van de pensioenen, de flexibele arbeid en de overheid als werkgever. Vragen rondom de versobering van arbeidsvoorwaarden bij cao en het behoud van werkgelegenheid daartegenover worden verkend door Zekic, Jacobs, Plessen en Sick. Is het instrument van de cao – in haar ontwikkeling – niet te star en daardoor niet in staat in te spelen op de veranderingen in het bedrijfsleven? Schrijvers wijzen onder meer op het tijdelijke karakter van iedere cao-afspraak die het mogelijk zou moeten maken om klappen in mindere tijden ook tijdelijk op te vangen, maar constateren dat de geneigdheid daartoe niet groot is. Mede door ervaringen uit het buitenland daarbij te betrekken geven zij aan dat de bereidheid van de overheid mee te werken aan oplossingen van groot belang is. Duk en Berkhout besteden aandacht aan Hoge Raad-jurisprudentie uit 2014 en 2015 over het collectief actierecht in hun bijdrage met als titel: 'Het stakingsrecht tussen 1996 en 2016: anders maar hetzelfde?'. In een uitleiding bij deze bijdragen concludeert Jaspers dat het collectief arbeidsrecht en dan in het bijzonder het instituut van de cao en het recht dat het reguleert spannende tijden tegemoet gaan. De rappe ontwikkeling op de arbeidsmarkt, ingegeven en veroorzaakt door factoren als internationalisering, diversifiëring van werk -en arbeidsrelaties, andere positie van collectieve organen als werkgevers- en werknemersverenigingen, modernisering van de medezeggenschap en meer maatwerk waardoor eerder in kleinere verbanden afspraken worden gemaakt dan in bekende grote, vragen om passende antwoorden. Regelingen waaruit de solidariteitsgedachte is verdwenen zullen hun collectief

3 A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Geschriften VvA 40, Deventer 2011.

karakter en aantrekkingskracht verliezen. Of de samenleving daarmee beter af is, vraagt Jaspers zich af. Een vraag om over twintig jaar nog eens op terug te komen.

Werkgroep Medezeggenschapsrecht

De werkgroep Medezeggenschapsrecht staat onder voorzitterschap van Sprengers. In 2009 heeft deze werkgroep een boek doen verschijnen over de toekomst van de medezeggenschap: aanbevelingen aan de wetgever.[4] Het medezeggenschapsrecht neemt in het arbeidsrecht een bijzondere plaats in. Deels reguleert het de medezeggenschap binnen ondernemingen en deels regelt het de betrokkenheid van personeelsleden bij het sociaal beleid en collectieve rechtspositionele aangelegenheden, die niet in de cao zijn geregeld. In de bijdragen van de werkgroep Medezeggenschapsrecht is deze tweedeling ook terug te vinden (hoofdstuk 5). Lamers, Van Kempen, Meyer, Wiersma en Witteveen besteden aandacht aan de positie van de ondernemingsraad en aandelenoverdracht in internationale concerns. Met name in de rechtspraak over het leerstuk van toerekening en medeondernemerschap, heeft er een ontwikkeling plaatsgevonden in de afgelopen twintig jaar. In hun beschouwing betrekken zij een drietal praktijkcases en wordt ook een blik geworpen op het Frans en Duitse recht op dit terrein. Zij komen met enkele aanbevelingen om de voorspelbaarheid van de rechtspraak met betrekking tot besluitvorming die plaatsvindt op een hoger niveau dan de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld in relatie tot de medezeggenschapsverplichtingen te verbeteren. Een ander thema binnen het bereik van het medezeggenschapsrecht dat steeds meer aandacht heeft gekregen in de afgelopen decennia is de verhouding van de ondernemingsraad tot governance en toezicht. DeBlécourt, Diepenbach, Hampsink, Jellinghaus en Unger gaan met name in op het enquêterecht en de rol van de medezeggenschap daarbij en de structuurregeling. Zij hebben de ontwikkelingen van afgelopen twintig jaar vergeleken met de bijdrage van Rood in de lustrumbundel bij het 50-jarig bestaan. Zij komen tot de aanbeveling om binnen met publieke middelen gefinancierde rechtspersonen te voorzien in een statutaire toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad of een ander vertegenwoordigend orgaan. Ook bij multinationale ondernemingen met de Nederlandconstructie achten zij dit raadzaam. Voorts bevelen zij aan om de A-G meer faciliteiten toe te kennen zodat het enquêterecht om redenen van openbaar

4 L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet, *De toekomst van de medezeggenschap: aanbevelingen aan de wetgever*, Geschriften VvA 37, Deventer 2009.

belang vaker en sneller kan worden ingezet. Naast deze twee ondernemingsrechtelijke bijdragen zijn er ook twee meer arbeidsrechtelijke bijdragen vanuit de werkgroep Medezeggenschapsrecht opgenomen. Van Els, Nekeman, Van der Stege en Van Westerlaak hebben zich gebogen over de rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaarden. Zij besteden daarbij aandacht aan de rol van de ondernemingsraad bij de arbeidsvoorwaardenvorming ook in relatie tot die van de vakorganisaties en gaan bijzonder in op de rol van de ondernemingsraad bij pensioenen en bij sociale plannen in het kader van reorganisatie en de wijzigingen als gevolg van de Wwz. Tot slot gaan Moltmaker en Sprengers in op de vraag of de WOR voldoende aansluit bij ontwikkelingen binnen de ondernemingen. Zij besteden aandacht aan de toenemende omvang van de flexibele schil met verschillende soorten arbeidskrachten en de vraag of en in welke mate die een rol spelen bij de medezeggenschap. Zij komen met aanbevelingen om binnen de kaders van de huidige wet de mogelijkheden beter te benutten om de medezeggenschap van mensen werkzaam in flexibele arbeidsrelatie beter in te vullen alsook met aanbevelingen hoe het wettelijk kader aangepast zou kunnen worden om hier meer recht aan te doen.

Werkgroep gelijke behandeling

De werkgroep gelijke behandeling staat onder voorzitterschap van Van Leeuwen. Deze werkgroep heeft in 2011 de bundel doen verschijnen onder de titel 'Eenheid in verscheidenheid, gelijkheid in het arbeidsrecht'.[5] Voor deze lustrumbundel heeft de werkgroep drie bijdragen geleverd over verschillende aspecten van het gelijkheidsbeginsel (hoofdstuk 6). Nekeman-IJdema heeft zich gebogen over de gelijke behandeling van mensen met een arbeidsbeperking. Zij besteedt aandacht aan de ontwikkelingen op het terrein van de wetgeving onder meer de Participatie- en Quotumwet alsook aan de jurisprudentie op grond van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBA/CZ). Haar verwachting is dat in de toekomst er vaker een beroep zal worden gedaan op de WGBA/CZ. Deze wetgeving bevat echter geen verplichting om preventief voorzieningen te treffen of obstakels te verwijderen. Enerzijds begrijpelijk maar anderzijds wringt daar de schoen omdat steeds op individueel niveau aanpassingen moeten worden gedaan op het moment dat een (potentiële) werknemer met een beperking zich meldt. Zij sluit af met de

5 H.W. van Leeuwen, M. Westerbeek, L. Nekeman-IJdema, *Eenheid in verscheidenheid: gelijkheid in het arbeidsrecht*, Geschriften VVA 40, Deventer 2011.

hoop dat werkgevers naar vermogen zo veel mogelijk in het werk zullen stellen om medewerkers met een arbeidshandicap een gedegen plek in hun gelederen te bieden en verder te kijken dan naar de beperking alleen. Tenslotte is inclusie de essentie van een duurzame en verantwoorde samenleving. Dekker en Vas Nunes behandelen het thema arbeidsrecht en maatmanbeeld: de thematiek van het (on)gelijk behandelen. Welke maatstaf dient daarbij te worden gehanteerd? Zij constateren dat de loonparagraaf van WGB een zwakte en een tekortkoming heeft: aan de ene kant is het toepassingsbereik van die paragraaf te eng (indirecte discriminatie kan niet worden bestreden) en aan de andere kant juist te ruim (ook buiten gevallen van geslachtsdiscriminatie is een loonvordering mogelijk). Hun inschatting is dat wanneer de mate van ontslagbescherming van werknemers in Nederland afneemt het voor de hand ligt dat het belang van de gelijke behandelingswetgeving evenredig toeneemt. Vergelijkingen met het buitenland maken dit aannemelijk. De laatste bijdrage gaat over het leeftijdsonderscheid. Van Arkel en De Witte-Van den Haak geven aan dat in twintig jaar veel is veranderd, maar dat de stereotypering blijft. Zij vergelijken de ontwikkelingen van de afgelopen twintig jaar met de bijdrage van Gerritsen in het lustrumboek bij het 50-jarig bestaan van de vereniging. De regelgeving op het terrein van leeftijdsonderscheid is gericht op de bescherming van werknemers. Meer specifiek van jongeren en ouderen. Het grootste probleem dat zij in Nederland signaleren is het verboden leeftijdsonderscheid bij toetreding op de arbeidsmarkt. Stereotypering komt nog veel voor. Met een blik naar het buitenland constateren ze dat de internationale context goed laat zien dat demografische ontwikkelingen medebepalend zijn voor het oordeel over leeftijdgerelateerde regelingen. Voor leeftijdsdiscriminatie geldt wat voor het bestrijden van discriminatie op welke grond dan ook geldt: het bestrijden van het vooroordeel is de meest wezenlijke bijdrage die het gelijke behandelingsrecht kan leveren aan de samenleving.

Werkgroep Rechtsvergelijking

De werkgroep Rechtsvergelijking, die onder leiding staat van Houwerzijl, neemt een bijzondere plaats in binnen de VvA. De werkgroep maakt sinds medio 2013 deel uit van de Vereniging. Hieraan ligt het besluit van het bestuur ten grondslag om een samenwerking aan te gaan met de International society for labour law and social security law (ISLSSL). Dit is een in 1958 onder auspiciën van de ILO opgerichte vereniging met een bijna gelijke doelstelling als de VvA, maar dan op mondiaal niveau. In hoofdstuk 7 is de bijdrage vanuit de werkgroep Rechtsvergelijking aan te treffen met als titel:

Europees en Internationaal Sociaal Recht 1996-2016: over de top heen? Ter Haar, Houwerzijl, Rombouts en Roozendaal beschouwen de ontwikkelingen op Europees en internationaal sociaalrechtelijk terrein van de afgelopen twintig jaar in vergelijking met hetgeen met name door Jaspers en Betten in de lustrumbundel bij het 50-jarig bestaan aan ontwikkelingen en verwachtingen zijn geschetst. Zij gaan in op de Europeesrechtelijke hard law and soft law-normen alsmede de verknoping van economische en sociale doeleinden in de Europese context. Uitgebreid wordt stilgestaan bij de open methode van coördinatie (OMC). Deze blijkt te fungeren als een kapstok waar verschillende beleidsinitiatieven en maatregelen aan kunnen worden opgehangen. Ook wel aangeduid met coördinatie van governance, dat ertoe leidt dat tussen verschillende onderdelen van sociaal beleid meer coherentie valt waar te nemen. Uit het beleidsdiscours zoals onder meer in Europa 2020, de werkgelegenheidstrategie, het jeugdbeleid van de EU, het beleid voor sociale bescherming en sociale insluiting valt een duidelijk mensbeeld te distilleren dat overeenkomt met het mensbeeld uit de in Nederland gelanceerde participatiesamenleving: de ideale mens participeert in de samenleving, want dat is goed voor de economie. De conclusie wordt getrokken dat de EU zich anno 2016 mede op sociaalrechtelijk terrein in een gevaarlijke fase bevindt. De zo gewenste "solidariteit tussen de lidstaten" is aan alle kanten onder druk komen te staan. Wat door de vluchtelingencrisis alleen nog maar is versterkt. Tot slot wordt stilgestaan bij het internationaal sociaal recht in de jaren 1996-2016 waarbij aandacht wordt besteed aan de ontwikkelingen in de ILO, zoals decent work for all, sociale rechtvaardigheid en globalisering en de soft law-zelfregulering in het internationaal arbeidsrecht. De afgelopen periode binnen het internationaal arbeidsrecht kenmerkt zich door enerzijds diversificatie en een "softe" aanpak, maar ook door inclusiviteit. Deze trend, die zich kenmerkt door verdergaande samenwerking op internationaal en transnationaal terrein, lijkt voornamelijk positief. Het selecteren van kernnormen is begrijpelijk en weerspiegelt de belangrijkste beginselen die de ILO sinds 1919 hoog in het vaandel draagt, maar het is ook belangrijk om normen die niet in deze kernnormen staan te blijven promoten. De talloze private en hybride initiatieven die zijn waar te nemen lijken een positieve aanvullende rol te kunnen vervullen bij de naleving van de ILO-(kern)normen. Externe factoren zoals grondstoffenschaarste, roep om transparantie, machtsverschuivingen en groeiende weerstand tegen slechte arbeidsomstandigheden versterken het interne besef binnen ondernemingen dat internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen noodzakelijk is om hun toekomst veilig te stellen.

De slotconclusie is dat op het Europees en het internationale sociaal recht zich een aantal gelijksoortige ontwikkelingen hebben voorgedaan, namelijk dat er een soft law track is bijgekomen, dat er sprake is van een normenconcurrentie tussen verschillende internationale gremia en dat het Europese zowel als het internationale sociaal recht qua normvorming over de top heen is. In plaats van de ontwikkeling van nieuwe, beschermende normen ligt de nadruk meer op implementatie en handhaving ervan.

Expertmeetings

De VvA heeft leden die zich vanuit verschillende posities en interesses bezighouden met het arbeidsrecht: vanuit de wetenschap, de rechterlijke macht, sociale partners, rechtshulpverlening, wet- en beleidsmakers en nog veel meer. In het kader van dit lustrumboek hebben we een deel van deze leden uitgenodigd om als experts op 25 januari 2016 in Utrecht bij elkaar te komen om met elkaar te discussiëren over de ontwikkelingen in het arbeidsrecht in de afgelopen twintig jaar. Om te beschouwen of het huidig arbeidsrecht een adequaat juridisch kader vormt waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid anno 2016 en de te verwachten of gewenste ontwikkelingen voor de komende decennia. Om deze gesprekken ieder een ander accent te geven hebben we drie thema's onderscheiden die onderling wel verband met elkaar houden. De navolgende drie gespreksonderwerpen zijn gekozen:

1. De invloed van de wetgever en sociale partners op het arbeidsrecht

Anno 1996 werd uitgegaan van de mondige, geëmancipeerde werknemer, vertegenwoordigd door vakorganisaties en ondernemingsraad. De wetgever zag voor zichzelf een meer teruggetrokken rol: deregulering en maatwerk op bedrijfstak- en ondernemingsniveau. Regulering werd toevertrouwd aan sociale partners, aan werkgevers met hun medezeggenschapsorganen of aan de individuele werkgever met zijn werknemer(s). Anno 2016 is de wetgever actiever en meer sturend, en dit deels gebaseerd op een met de sociale partners afgesloten Sociaal Akkoord. Hiermee wenst de wetgever het arbeidsrecht te hervormen en de gegroeide praktijk bij te sturen. In welke mate zal de wetgever erin slagen de praktijk bij te sturen? Is er sprake van een re-regulering met een grotere rol voor de wetgever onder gelijktijdige reducering van de rol van sociale partners? Wat is de betekenis van de wijzigingen in het arbeidsrecht en de daarmee beoogde maatschappelijke veranderingen voor de praktijk? Hoe gaan de beoefenaren van het arbeidsrecht, in wetenschap, advocatuur, binnen ondernemingen en in de rechtspraak hiermee om? Dit waren vragen waar deze groep zich over

heeft gebogen onder leiding van de gespreksleiders Jaspers en Sprengers. In hoofdstuk 8 is een weergave van de discussie opgenomen. Uit het gesprek kwam naar voren, kijkend als eerste naar het terrein van de arbeidsongeschikte werknemer, dat de wetgever sturend heeft opgetreden om het gedrag van de werkgevers bij te sturen. Zij dienden een actievere rol te gaan spelen ten aanzien van het ziekteverzuim van zijn werknemers. In dit opzicht is de wetgever in zijn doel geslaagd, afgaand op de daling van het ziekteverzuim die is opgetreden. Tegelijkertijd valt te constateren dat er neveneffecten op zijn getreden in reactie op deze ontwikkeling, namelijk de afname van vaste dienstverbanden ten gunste van de opkomst van flexibele arbeidsrelaties. De op de werkgever rustende verplichtingen worden als (te) zwaar ervaren waardoor andere wegen worden gezocht om hier aan te ontkomen. Met de Wwz heeft de wetgever eveneens getracht sturing te geven onder meer aan het ontslagrecht. Met de keuze voor een systeem met limitatieve ontslaggronden, ingegeven door het ILO-verdrag, is gepoogd om een duidelijker systeem te creëren. Hetgeen weer reactie oproept omdat de praktijk er behoefte aan blijkt te hebben dat ook zonder het aanwezig zijn van een redelijke ontslaggrond een beëindiging mogelijk zou moeten zijn. Vraag is dan of dit via de rechter of in onderling overleg gerealiseerd moet (kunnen) worden. Zeker nu het bij de Wwz gaat om een recente wet wordt het zicht nog vertroebeld door het stof dat deze wet heeft doen opwaaien, dat nog niet is neergedaald. Geconstateerd wordt dat iedere wet een reactie is op de vorige situatie, waarbij de wetgever de behoefte heeft om corrigerend op te treden ten opzichte van de sociale partners of de rechter om de ontstane praktijk bij te sturen, zie bijvoorbeeld de Wet Poortwachter om de groei van de arbeidsongeschikte werknemers aan te pakken of bij de Wwz om de doorgeschoten flex of de hoge ontslagvergoedingen aan te pakken. Er wordt gezocht naar een goede balans. Op een rechtsgebied waar deze aanwezig is, of waar geen urgente problemen zich voordoen, blijft die reagerende rol van de wetgever achterwege. Zie bijvoorbeeld het collectief actierecht, dat onder invloed van internationale verdragen zich in de rechtspraak verder heeft ontwikkeld. Tijdens het gesprek is geconstateerd dat het maken van een stakingswet geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de huidige situatie. Daar wordt dan ook geen rol voor de wetgever gezien of verwacht. Uit de bespreking van een aantal stellingen die betrekking hadden op drie verschillende onderdelen van het arbeidsrecht, komt het beeld naar voren dat er geen sprake is van een eenduidig concept dat ten grondslag ligt aan de aan de wetgever, sociale partners en rechter toebedeelde rol in het arbeidsrecht. Afhankelijk van de mate waarin

ontwikkelingen op verschillende deelterreinen als een (te groot) probleem wordt ervaren, is er sprake van ingrijpen van de wetgever. Niet vanuit een concept, maar vanuit de behoefte tot bijsturing. Een schommelbeweging is waarneembaar op zoek naar de goede balans. Daarbij is kenmerkend voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen, het poldermodel, dat veelal gestreefd wordt via tripartite akkoorden draagvlak te creëren voor de te maken keuzen en de taakverdeling tussen wat via wetgeving moet en wat door sociale partners kan worden geregeld. Voor de toekomst wordt enerzijds de noodzaak tot het doorvoeren van wijzigingen onderkend onder meer om de noodzakelijke groei van werkgelegenheid, versterken van productiviteit en innovatiekracht in Nederland te ondersteunen. Daarbij is met name de vraag of het dalend ledenaantal van vakbonden enerzijds, maar anderzijds het nog steeds waarneembare grote vertrouwen van de bevolking in cao's en vakbonden, noopt tot aanpassingen. Aanpassingen gericht op het vergroten van het draagvlak voor het (collectief) arbeidsrecht. Het speelveld verandert echter snel, hetgeen eerder zal nopen tot ingrijpen. Vraag is dan door wie: de wetgever als centrale regelgever? Of het meer overlaten aan het spel der vrije krachten, de sociale partners? Daarbij is het ook van belang om voldoende aandacht te besteden aan de handhavingsproblematiek ten aanzien van de bestaande regels. Daar is nog te weinig aandacht voor. Een goede handhaving kan ook een deel van de problemen oplossen, waar goed naar gekeken moet worden voordat beslist wordt of en waarover nieuwe regelgeving gewenst is.

2. De invloed van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt voor het arbeidsrecht

In 1996 stond de toegenomen behoefte aan flexibilisering op de arbeidsmarkt al centraal, maar het stond ook nog in de kinderschoenen. Anno 2016 is de flexibele schil naar rond de 30% gegroeid. Outsourcing heeft niet alleen betrekking meer op productiewerkzaamheden, maar ook steeds meer op administratieve taken. Ook middenfuncties staan in ondernemingen steeds meer onder druk. Organisaties worden platter, thuiswerken komt op. De toename van zzp'ers die veel in netwerkverband opereren heeft zijn invloed op de wijze waarop arbeid wordt georganiseerd. Tegelijkertijd wordt met de Participatiewet benadrukt dat werknemers die niet volledig meekunnen in het arbeidsproces via reguliere arbeid in de ondernemingen een plaats moeten krijgen en niet meer apart via sociale werkplaatsen e.d. Is het arbeidsrecht anno 2016 voldoende toegerust om deze ontwikkelingen het hoofd te bieden? Of zitten we in een tussenfase waarbij het arbeids- en socialezekerheidsrecht verder zal moeten evolueren om deze ontwikkelingen

adequaat te kanaliseren? Dit waren vragen waar deze groep zich over heeft gebogen onder leiding van de gespreksleiders Mies Westerveld en Gerrard Boot. In hoofdstuk 9 is een weergave van de uitkomsten van de discussie in deze groep aan te treffen.

Het eerste onderwerp waar in dit gesprek aandacht aan is besteed is de duurzaamheid van sturingsmaatregelen versus hun beperkte houdbaarheid. Het (on)vermogen van de wetgever om maatschappelijke ontwikkelingen te kanaliseren. Als cases voor de vraag wat nu, terugkijkend, verstandige maatregelen zijn geweest, is ingegaan op twee centrale regelingen op het domein vaste versus flexibele arbeid. De eerste betreft de loonplicht bij ziekte inclusief de versterking van de regels tot re-integratie. De tweede ziet op de toekenning van de zogeheten VAR-voordelen voor zelfstandigen, een ontwikkeling die een voorlopige apotheose zal krijgen met de inwerkingtreding en de daaropvolgende implementatie van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties. Ten aanzien van de Wet Verbetering Poortwachter wordt aangegeven dat deze aansloot bij de tijdgeest, bij de ontwikkeling over het goed werkgeverschap en goed werknemerschap. Wat niet werd begrepen was de taak die de werkgever kreeg toebedeeld in het ook extern bemiddelen van werknemers naar ander werk, het tweede spoor, met daarbij de dreiging van loonsancties van het UWV. Ook de uitbreiding van de verplichtingen van de werkgever naar de "vangnetters" in de Bezeva, waardoor uitkeringslasten tot maximaal twaalf jaar op een werkgever kunnen komen te rusten, kon niet op veel draagvlak rekenen. Dit heeft bijgedragen aan de grote groei van de flexibele schil. De populariteit van de VAR-verklaring en de fiscale regelgeving hebben voor een toename van de zzp'ers gezorgd. Hierdoor is een verschil in de kosten van de arbeid ontstaan tussen een werknemer en een zzp'er. Dit verschil is mede een uitvloeisel van die VAR-WUO, die een koppeling aanbrengt tussen ondernemerschap en niet-verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen. Het verschil in de netto-uitkomst, zit niet alleen in het fiscale voordeel, het zit ook voor ongeveer 20% in de fiscale premies. Dit systeem is het uitvloeisel van de toenmalige wens van bedrijven om zekerheid te krijgen dat de arbeidsrelatie niet als arbeidsovereenkomst kwalificeerde. Dat brengt die eeuwige spanning tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Wanneer een eerlijker stelsel gewenst wordt, wat de Wet DBA feitelijk is, gaat dat ten koste van de zekerheid. Immers, er zal dan getoetst gaan worden wat de werkelijke situatie is. De VAR-WUO wordt terugkijkend dan ook niet als een succes gezien.

Het tweede onderwerp betrof de relatie van het arbeidsrecht en de collectief niet-beschermde groepen. Daarin is ingegaan op de vraag of en hoe arbeidsrechtelijk kan of moet worden opgetreden tegen het verschijnsel dat een toenemende groep werkenden niet langer beschermd is tegen sociale risico's, zoals onderbetaling of inkomenswegval bij arbeidsongeschiktheid of pensioen. Geconstateerd wordt dat de opkomst van zzp'ers tot twee ontwikkelingen heeft geleid. Aan de ene kant leven bijna 196.000 zzp-huishoudens in Nederland onder de armoedegrens. Het feit dat er geen minimumtarief is speelt daarbij een belangrijke rol. Een ander aspect is dat een zzp'er voor de eerste € 22.000 is vrijgesteld van loonheffingen. Dat heeft tot gevolg dat een derde van alle zelfstandigen geen bijdrage levert aan het collectief stelsel, terwijl zij naderhand wel AOW krijgen en een beroep kunnen doen op de AWBZ. Hier speelt de vraag van in hoeverre de solidariteitsgedachte (nog) van belang is. Ook is gewezen op het feit dat bij de opkomst van het uitzendcontract de gevolgen daarvan opgevangen zijn in een cao. Maar een uitzendbureau biedt de inlener ook allerlei constructies aan (payrolling, contracting) die niet aan die uitzend-cao gebonden zijn. De discussie spitste zich toe op de vraag of er op die wijze sprake is van een race to the bottom en of en in welke mate een minimumuurtarief voor de onderkant van de arbeidsmarkt een oplossing zou kunnen bieden.

Het derde deel van het gesprek ging over de toekomst: arbeidsmarkt en politieke urgentie. Om wat voor soort maatregelen vraagt de arbeidsmarkt anno 2016? Dit deel van de discussie maakte duidelijk hoe verschillend wordt aangekeken tegen de opkomst en groei van zzp'ers. Enerzijds focus op het aanpakken van schijnzelfstandigheid en het reguleren van een aanvaardbaar bestaansminimum voor de onderkant van de werkenden. Anderzijds het wijzen op de grote diversiteit in zzp'ers, waarvan aangegeven wordt dat het grootste deel nu juist niet door de bestaande instituties in de Nederlandse polder vertegenwoordigd wordt en wil worden. De discussie hierover kwam weer terug bij een vraag die eerder ook al naar boven was gekomen: hoe gaan we vanuit de snel veranderende werkelijkheid op de arbeidsmarkt anno 2016 solidariteit organiseren? In welke mate dient dat collectief en dwingend georganiseerd te worden? En wie komt op voor de belangen en de kosten voor de voorzieningen die gelden voor degenen die wegens gebrekkige kansen op de veranderende arbeidsmarkt niet of moeilijk meekomen? Een vraag met een politieke achtergrond: welke samenleving staat ons voor ogen? Vanuit welk moreel besef willen de toekomstige ontwikkelingen benaderen?

3. De plaats van het arbeidsrecht

De VvA richt zich op het brede arbeidsrecht, inclusief het socialezekerheidsrecht. Van begin af aan is discussie over de plaats van het arbeidsrecht in het rechtssysteem. Is het (niet veel meer dan) een bijzonder deel van het privaatrecht of is de invloed van het publieke recht van dien aard, dat het een status aparte heeft? Anno 1996 speelde onder meer de overheveling van een deel van het sociaal zekerheidsrecht naar het arbeidsrecht (privaatrecht) door de verantwoordelijkheden voor de arbeidsongeschikte werknemer van de werkgever te vergroten. In het medezeggenschapsrecht was sprake van een toename van medezeggenschapsrechten in het BW, zoals het enquêterecht, de structuurregeling. Deze werden niet in de specifieke wetgeving, de Wet op de ondernemingsraden, vormgegeven. Anno 2016 claimen tal van andere rechtsgebieden zeggenschap over het "arbeidsrecht". De (voorgenomen) wijzigingen in de FW (pre-pack), Boek 2 BW (bestuurder), bijzondere wetgeving (WNT), WDBA etc., roepen op z'n minst de vraag op of er nog voldoende oog is voor de samenhang binnen het arbeidsrecht als systeem (als er al van een systeem kan worden gesproken). Bovendien speelt het mogelijk onderbrengen van het overgrote deel van de ambtelijke rechtsverhouding naar het civiele arbeidsovereenkomstenrecht. Houdt dit een privatisering van de publieke arbeidsverhoudingen in of leidt dit tot een versterking van de status aparte van het arbeidsrecht (de mengelmoes van publiek/privaat)? Tegelijkertijd zien we een zekere drang naar uniformering bij het hanteren van arbeidsrechtelijke termen in het socialezekerheidsrecht en arbeidsovereenkomstenrecht. Deze onderwerpen zijn aan de orde gesteld in de derde groep onder leiding van de gespreksleiders Houweling en Van Slooten. De weergave van de uitkomsten van deze discussie is in hoofdstuk 10 aan te treffen. Over de vraag of een Wetboek van Arbeid gewenst is wordt wisselend gedacht. Het zou volgens sommigen niet gewenst zijn het arbeidsrecht te duiden als eigenstandig rechtsgebied. Een integrale, holistische benadering van elkaar rakende onderwerpen en regelingen zou juist de te verkiezen route zijn. Zo kunnen bepaalde problemen die het arbeidsrecht raken in andere regelingen worden opgelost. Een voorbeeld daarvan is de positie van werknemers bij een pre-pack, die wordt geregeld in de Faillissementswet. Bij nieuwe wetgeving zou een vergelijkbare integrale benadering kunnen en moeten worden toegepast. Anderen vinden de duiding van het arbeidsrecht als zelfstandig rechtsgebied wel wenselijk. Het rechtsgebied zou dan als zodanig geanalyseerd kunnen worden, waardoor ook de zwaktes en leemtes duidelijk in beeld komen. Vervolgens kan bepaald worden hoe deze verholpen kunnen worden. Wanneer men zou concluderen dat de eigenstandigheid ook

tot een eigen wetboek zou moeten leiden, luidt de vervolgvraag wat de inhoud van dit wetboek dient te zijn. De gedachte wordt breed gedragen dat het wetboek in ieder geval de grondslagen van het arbeidsrecht moet bevatten. Tot op heden is het eenduidig vaststellen van de arbeidsrechtelijke grondslagen niet gelukt. Het gaat ook in grote mate om politieke keuzes. Dit neemt de mogelijkheid van het vaststellen van fundamenten echter niet per definitie weg. Er zou onderzocht kunnen worden welke waardes door Europa, andere landen of de ILO als arbeidsrechtelijke fundamenten worden aangemerkt. Dit kan inspiratie opleveren voor een grondslagencatalogus. Voorts is geconcludeerd dat het huidige arbeidsrecht steeds minder aansluit op de maatschappelijke realiteit en daarmee steeds minder oplossingen aandraagt voor maatschappelijke problemen. De huidige wet gaat uit van de traditionele arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer. Dit is echter niet langer de (enige) realiteit, nu andersoortige werkers meer en meer een plaats veroveren binnen de markt. De wetenschap zou zich moeten buigen over de vraag op welke manier we deze andersoortige werkers een plek binnen het arbeidsrecht – en het Wetboek van Arbeid – moeten geven. Dit geldt niet alleen ten aanzien van het al dan niet duiden van die werkers, maar ook ten aanzien van de bescherming van deze groepen. Graduele bescherming, bescherming in concentrische cirkels, is hiervoor een mogelijkheid. Door het scheppen van zulke kaders hoeft minder snel ad hoc te worden ingesprongen door de praktijk.

Het arbeidsrecht moet worden gemoderniseerd. Zo kan tegemoet worden gekomen aan, en geanticipeerd op, nieuwe vormen van arbeid. Daarbij kan inspiratie worden geput uit regelingen in het buitenland. De VvA zou het initiatief moeten nemen tot modernisering van het arbeidsrecht te komen.

Slotbeschouwing

De drie onderdelen van deze bundel – de inleidende schets van Jansen en Loonstra, de verschillende bijdragen van de werkgroepen en de levendige discussies tijdens de expert meetings – leiden ieder voor zich en cumulatief tot een en dezelfde slotsom: het arbeidsrecht anno 2016 is volop in beweging. Misschien moeten we met een knipoog naar de Wwz constateren dat het arbeidsrecht "in transitie" is. Heel letterlijk bevinden we ons in de transitie van het oude ontslagrecht naar het nieuwe ontslagrecht. Nadat we als Vereniging op 30 juni 2015 (samen met de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland) bij de inwerkingtreding van de Wwz hebben stilgestaan[6]

6 Het Nationaal WWZ Event: de Transitienacht van de arbeid (30 juni-1 juli 2015).

middels het grootste arbeidsrechtelijke congres ooit, is de Vereniging thans in voorbereiding van een groot evaluatieonderzoek naar de effecten van deze wet. Daarmee onderzoeken we of de transitie als geslaagd kan worden beschouwd. Maar er is veel meer in transitie. Het (bereik van) het arbeidsrecht, de wijze waarop het sociale vangnet is vormgegeven, de discussie over de niet-aflatende groei van zzp'ers, de rol van de overheid als "regisseur" of "dienstverlener", de zorgen over en regelgeving vanuit Europa geven aan dat het aantal vraagstukken op het terrein van het arbeidsrecht onverminderd groot is. Voegen we hier aan toe de (verwachte) technologische ontwikkelingen, de vergaande opmars van kunstmatige intelligentie en robotisering van arbeid (volgens sommigen bevinden we ons al in de twee (of derde) (arbeids)revolutie),[7] dan staan we mogelijk aan de vooravond van een heel nieuw tijdperk.

Het is juist in deze periode van transitie dat een vereniging als de onze van grote waarde is. De multidisciplinaire samenstelling van de VvA (vrijwel alle stakeholders op het terrein van het arbeidsrecht zijn in de vereniging vertegenwoordigd) stelt haar in staat arbeidsvraagstukken vanuit verschillende perspectieven te beschouwen en antwoordrichtingen aan te dragen voor huidige en toekomstige vraagstukken. De (in samenwerking met het Levenbachinstituut vormgegeven) preadviezen-reeks die in 2015 weer is hervat, had op geen geschikter tijdstip kunnen worden heringevoerd: er zullen veel fundamentele preadviezen volgen de komende jaren.[8] De bijdragen uit deze feestbundel geven voeding voor tal van preadviesthemata. Voor de 70-jarige jubilaris is deze periode van transitie niet het begin van het einde, maar slechts het einde van het begin. De verbindende kracht van de VvA met alle verschillende stakeholders binnen het arbeidsrecht, zal haar in staat stellen nog vele lustra te vieren en een belangrijke en blijvende rol van betekenis te spelen in de ontwikkeling en vormgeving van het Nederlandse arbeidsrecht.

Rotterdam/Utrecht 1 maart 2016

7 Andrew Mcafee en Erik Brynjolfsson, *Second Machine Age*, Norton 2014 en R. Went c.s., 'De Robot de Baas: De toekomst van Werk in het Tweede Machinetijdperk', *WRR* 2015-31.

8 R.M. Beltzer, F.G. Laagland en L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap*, preadvies Levenbach, Geschriften VvA 43.

HOOFDSTUK 2

HET MENSBEELD IN HET ARBEIDSRECHT. 70 JAAR VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT[1]

2.1 Inleiding

De president van het Duitse *Bundesarbeitsgericht*, Ingrid Schmidt, deed in het *Jahrbuch des Arbeitsrechts* van 2014 de ook voor Nederland rake observatie dat het hedendaagse arbeidsrecht volop "in beweging" is: "Stillstand ist ein dem Arbeitsrecht unbekanntes Phänomen."[2] Dit verschijnsel heeft in ons land onder meer te maken met de Europeanisering van het arbeidsrecht (door regelgeving en rechtspraak van het Hof van Justitie) en de getrapte invoering van de Wet werk en zekerheid van 14 juni 2014 in 2015 (Wwz). Deze wet beoogt een fundamentele herziening van het "flexrecht", het ontslagrecht en de Werkeloosheidswet met het oog op het creëren van een arbeidsmarkt die klaar is voor de 21e eeuw. In de Memorie van Toelichting van de Wwz is te lezen: "Er is in het te wijzigen recht sprake van dualiteit op de arbeidsmarkt, minder perspectief op een vast contract voor jongeren, tekortschietende investeringen in duurzame inzetbaarheid, een gebrek aan dynamiek, verminderde baankansen en een hoge langdurige werkloosheid voor ouderen." Vooral het ontslagrecht is op de schop gegaan. "De voorgestelde aanpassingen maken het stelsel eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers en meer gericht op het vinden van een baan."[3] Daargelaten het antwoord op de vraag of de wetgever is geslaagd in het verwezenlijken van zijn ambitie, deze wet heeft het arbeidsrecht "op zijn grondvesten" doen schudden en zij heeft het beeld van het arbeidsrecht "in beweging" versterkt.

---

1 Corjo Jansen is hoogleraar rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht aan de OO&R/ Radboud Universiteit Nijmegen en Cees Loonstra is hoogleraar arbeidsrecht Erasmus Universiteit Rotterdam en adviseur bij Boontje advocaten.

2 Bd. 51 (2014), Vorwort (S. 5).

3 L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 15. Zie ook L.G. Verburg e.a., *Wetsvoorstel wet en zekerheid (33 818), Commentaar en aanbevelingen Werkgroep Ontslagrecht VvA*, Geschriften VvA 41, Deventer: Kluwer 2014.

Hoe anders was de situatie bij de herdenking van het 50-jarige bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst (1907/1909) in 1959. Tevredenheid heerste eigenlijk alom, ook in de kringen van de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA). M.G. Levenbach (1896-1981) had de leden van de Vereniging voorgehouden dat deze wet in een variatie op de bekende woorden van zijn leermeester Paul Scholten (1875-1946) over het Burgerlijk Wetboek (BW) in 1938 "een rustig bezit" was. Hier en daar was het wetboek vervallen, was erin afgebroken en gemoderniseerd. Hetzelfde gold voor de Wet op de arbeidsovereenkomst. Zij was wat "vertimmerd" en aangepast, maar zij verkeerde – evenals het BW – volstrekt niet in een staat van bouwvalligheid. Zij bewees nog dagelijks haar deugdelijkheid. De uitgangspunten van de Wet op de arbeidsovereenkomst, zoals de bescherming van de arbeider vanwege zijn juridisch en economisch afhankelijke positie, stonden bovendien nog fier overeind.[4]

Ook in 2007, bij het 100-jarige bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst, was de teneur dat de jubilaris de tand des tijds wonderwel had doorstaan. De introductie van het "driekwartdwingende" recht door een wetswijziging van 1953 waardoor het mogelijk werd bij cao van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst af te wijken, de incorporatie van het arbeidscontract in titel 10 van Boek 7 BW in 1997 en de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1999 hadden het systeem van de wet en het functioneren van het arbeidsrecht niet wezenlijk aangetast. Er was ook nu nauwelijks reden om aan de uitgangspunten van de arbeidsovereenkomst te twijfelen of die te herijken, ook al waren de positie en de persoon van arbeider van 1907 nauwelijks te vergelijken met die van de werknemer uit 2007.[5]

Ook ten aanzien van "de vorm" waarin de Wet op de arbeidsovereenkomst was gegoten, had de wetgever in 1907/1909 een aantal keuzes gemaakt die waardering bleef oogsten: geen afzonderlijk wetboek, maar integratie in het BW en dwingend recht in plaats van regelend recht. Hij wilde niet te veel onderwerpen overlaten aan een individuele regeling

4 M.G. Levenbach, 'Verleden, heden en toekomst van de Wet op de arbeidsovereenkomst', *SMA* 1959, p. 17. Alleen het ontslagrecht was in 1953 herzien. Zie ook de lezing van De Gaay Fortman voor de VvA: W.F. de Gaay Fortman, 'De ontwikkeling van het arbeidsrecht in de laatste 25 jaren', *Sociaal Maandblad* 1952, p. 175.

5 Zie C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'De eeuw van de Wet op de arbeidsovereenkomst', *NJB* 2007, p. 1654 e.v.

door werkgever en werknemer. Deze keuzes vloeiden toen grotendeels voort uit de idee van compensatie van de ongelijkheid van werkgever en arbeider. Zij vallen, met name die voor dwingend recht, tegenwoordig nog altijd goed te verdedigen,[6] eventueel zelfs aangevuld met argumenten ontleend aan de rechtseconomie. Er is nog steeds sprake van een grote mate van informatieasymmetrie tussen werkgever en arbeider, zodat een overweging van de contractsvrijheid snel ten nadele van de werknemer strekt en de ongelijke machtsverhouding tussen werkgever en werknemer wordt bestendigd. "Darüber hinaus", zo schrijft Krause, "fehlen dem Arbeitnehmer ganz generell viele Informationen, die für eine rationale Vertragsabschlussentscheidung eigentlich nötig sind (...)." Het zou bovendien hoge transactiekosten opleveren, indien de individuele arbeidsovereenkomsten van arbeiders grote onderlinge afwijkingen kennen. Een zekere standaardisatie van en binnen het contract is dus noodzakelijk.[7]

Ook de VvA heeft zo haar steentje bijgedragen aan de "levendigheid" van het arbeidsrecht. Dat het rechtsgebied "in beweging" is (gebleven), is mede te danken aan haar activiteiten. Hoewel haar werkzaamheden tamelijk positiefrechtelijk (geldend en wenselijk recht) waren gericht – de rechtseconomie, de methodologie, de rechtsfilosofie, de rechtssociologie of de politicologie hebben in haar bestaan weinig aandacht gekregen – heeft zij het arbeidsrecht wel altijd in ruime zin opgevat. Niet alleen het arbeidsovereenkomstenrecht, maar eveneens het socialezekerheidsrecht, het cao-recht, het ambtenarenrecht en het medezeggenschapsrecht kregen volop aandacht.[8] Daarnaast groeide in de loop van de jaren de aandacht binnen de VvA voor de doorwerking van het Europese recht in het

6 Vgl. A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even en E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 49 e.v.

7 R. Krause, *Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag 2015, nr. 2 en 11.

8 Wij merkten in 1996 al op dat de VvA zich vooral op het terrein van privaat- en bedrijfsrecht bewoog. Bovendien constateerden wij dat de aandacht voor het socialezekerheidsrecht en het ambtenarenrecht gering was. Zie C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Vereniging voor Arbeidsrecht 1949-1996: ontwikkeling en thema's', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Jubileumbundel Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 2-3.

Nederlandse recht, de fundamentele rechten, het internationaal privaatrecht en tot op zekere hoogte de rechtsvergelijking.[9] De arbeider/werknemer is – lezende in de Geschriften van de VvA – steeds minder een honkvaste Nederlander, maar in toenemende mate een grensoverschrijdende Europeaan.

Met deze schetsmatige ontwikkelingen als uitgangspunt, zullen wij nader stilstaan bij de VvA en de door haar geformuleerde doelstelling, het beeld van de arbeid(er) in de afgelopen tijden schetsen en enige bespiegelingen geven over de toekomst van de factor arbeid en de rol die de VvA daarbij zou kunnen vervullen.

2.2 De Vereniging voor Arbeidsrecht

Tijdens de oprichtingsvergadering van de VvA op 25 mei 1946 sprak ad-hocvoorzitter Levenbach 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 had gebrand. 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 arbeidsbetrekkingen moesten als rechtsverhoudingen worden gezien, als kwesties van rechtvaardigheid en recht.[10] De jonge Vereniging diende haar steentje bij te dragen aan de verwezenlijking van dit ideaal. Haar taak was vooral een studieuze: het stimuleren van de beoefening van het arbeidsrecht als afzonderlijk wetenschappelijk vakgebied door middel van het organiseren van wetenschappelijke bijeenkomsten. Volgens art. 1 Statuten (1949) stelde de VvA

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

9 Er bestaat sinds enige jaren een Werkgroep Internationale Rechtsvergelijking binnen de VvA.

10 M.G. Levenbach, 'Waar staan wij met het arbeidsrecht?', *Sociaal Maandblad* 1946, p. 7-8; M.G. Levenbach, 'De geschiedenis van de vereniging', in: *Aspecten van Arbeidsrecht. Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom 1971, p. 3-4.

In deze taak is weinig verandering gekomen. Sprengers en Van der Voet omschrijven in 2014 de VvA als "een ontmoetingsplaats voor hen die in verschillende functies met de theorie en de praktijk van het arbeidsrecht te maken hebben".[11] Binnen de Vereniging bestaat een vijftal werkgroepen waarin wetenschappers, advocaten, rechters en andere juridische functionarissen discussiëren en publiceren over deelterreinen van het arbeidsrecht.[12] De VvA onderscheidt zich met haar doelstelling tot op zekere hoogte van andere verenigingen, zoals de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV, opgericht in 1870) en de Vereniging Handelsrecht (opgericht in 1918). De doelstelling van deze verenigingen was het aankweken van een algemene overtuiging onder de juristen om op grond daarvan invloed uit te oefenen op de wetgeving, minder de studie van een bepaald rechtsgebied. Ook de VvA richt zich overigens zo nu en dan uitdrukkelijk tot de wetgever. Een recent voorbeeld (2014) betreft het commentaar en de aanbevelingen met betrekking tot het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Ook met betrekking tot de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid heeft de vereniging haar mondje geroerd.

In 1996 hebben wij een overzicht gegeven van de thema's die de VvA in de eerste vijftig jaar van haar bestaan centraal heeft gesteld. Wij onderscheidden er toen een zestal: (i) de arbeidsovereenkomst; (ii) het ontslagrecht; (iii) de werkstaking; (iv) medezeggenschap; (v) de internationale en Europese aspecten van het arbeidsrecht; en (vi) de verhouding tussen man en vrouw in het arbeidsrecht. Wij constateren in 2016 dat ten aanzien van deze thema's een grote mate van continuïteit bestaat. Als wij kijken naar de Geschriften die de Vereniging de afgelopen twintig jaar heeft uitgebracht, zien wij vaak dezelfde thema's terugkeren. Veruit de meeste aandacht ging uit naar de internationale en Europese aspecten van het arbeidsrecht en het ontslagrecht, maar ook de andere, door ons gesignaleerde thema's kregen aandacht.[13] Daarnaast bepaalde de actualiteit de onderwerpen waarover

11 L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014. Bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA*, Geschriften VvA 42, Deventer: Kluwer 2014, p. 1.

12 De Werkgroep Ontslagrecht (sinds 1988), de Werkgroep Medezeggenschapsrecht (sinds 1998), de Werkgroep CAO-recht (2010-2011), de Werkgroep Gelijke behandeling (2011) en de Werkgroep Internationale Rechtsvergelijking. Onzeker is de status van de Werkgroep Artikel 611 en de Werkgroep Statutair directeur.

13 Jansen en Loonstra, 'Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1996: ontwikkeling en thema's', p. 3; Internationale en Europese aspecten in Geschriften VvA 25, 26, 27, (tot op zekere hoogte nr. 28), 30, 38 en 42; Ontslagrecht in Geschriften VvA 31, 33, 41 en 42. Er was ook aandacht voor het stakingsrecht (Jaspers in nr. 33), de medezeggenschap (Sprengers en Van der Voet in nr. 37 en 42) en gelijke behandeling (nr. 40 en 42).

de VvA haar leden voorlichtte. Zo waren er in de afgelopen jaren bijeenkomsten gewijd aan payrolling (2012 en 2015), het nieuwe werken (2012), het internationale wegtransport (2013) en pre-pack en de positie van werknemers in faillissement (2015). De Wet werk en zekerheid hield de VvA een groot deel van het jaar 2014 bezig, met als afsluiting een "nationaal event" op 30 juni 2015, in nauwe samenwerking met de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN). Het jaar daarvoor (2014) stond in nr. 41 uit de VvA-reeks het (toen nog) wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818) in een uitgebreide publicatie centraal.

2.3 Het beeld van de arbeid(er)

Volgens de Duitse rechtshistoricus en arbeidsrechtjurist B. Rüthers is het arbeidsrecht "in seiner geschichtlichen Entwicklung regelmäßig ein Eckstein und Spiegel des jeweilig bestehenden politischen Herrschaftssystems. Es gibt kein 'unpolitisches' Arbeitsrecht".[14] Hoewel in zijn woorden wellicht enige overdrijving schuilt, zit in deze observatie wel een grote kern van waarheid. Ten tijde van de totstandkoming van het Duitse BW (1900) en de Wet op de arbeidsovereenkomst in Nederland (1907/1909) overheerste de vaak – als Romeinrechtelijk geduide – opvatting dat de arbeid "een waar" (anders gezegd een economische waarde, een productiefactor) is. Deze opvatting – corresponderend met het liberaal-kapitalisme dat toen de overheersende politieke stroming was en sterk zijn stempel drukte op de industriële samenleving – is eveneens het uitgangspunt in de Memorie van Toelichting die de Leidse hoogleraar in het Romeinse recht H.L. Drucker (1857-1917) aan zijn geesteskind, het ontwerp van de Wet op de arbeidsovereenkomst, heeft meegegeven, zij het dat hij daarbij aantekende dat arbeid "eene waar van zeer bijzonderen aard" was, omdat bijna altijd dezelfde partij, de arbeider, de zwakke partij was.[15] Vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw hebben arbeidsrechtjuristen erop gewezen dat het arbeidscontract meer inhield dan een ruil van de economische waarden loon en arbeid. Een arbeidsverhouding was niet louter een vermogensrechtelijke verhouding. Volgens hen bestond dit

14 H. Brox/B. Rüthers, *Arbeitsrecht*, 14. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer Verlag 1999, nr. 1b.

15 'Memorie van Toelichting, Algemene Beschouwingen', in: *Ontwerp van Wet tot regeling van de arbeidsovereenkomst*, 's-Gravenhage 1898, p. 24.

meerdere in de nauwe verbondenheid van de persoon van de arbeider met zijn arbeid en in het feit dat hij in ondergeschiktheid aan de werkgever arbeid verrichtte. Zij duid(d)en dit aan als het personenrechtelijke element van de arbeidsovereenkomst.[16] De Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) poneerde in haar Declaration concerning the aims and purposes of the ILO (Philadelphia 1944) kort en krachtig onder I: "Labour is not a commodity".[17] Krause merkte in dit verband op:

> "Die Geschichte des Arbeitsrechts ist deshalb immer auch die Geschichte des Versuchs, den 'Warencharakter' der abhängigen Arbeit zurückzudrängen, um den Arbeitnehmer nicht oder doch zumindest nicht in erster Linie als Produktionsfaktor, sondern statt dessen als Person wahr zu nehmen, die ein Interesse an humanen Arbeitsbedingungen einschließlich eines Entgelts hat, mit dem die eigene Existenz gesichert werden kann."[18]

De arbeider van rondom 1900 is niet de werknemer van 1996. De Nederlandse industriële samenleving werd veel meer een dienstenecono-mie. De sociale rechtsstaat heeft vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw zijn intrede gedaan, met een sterke nadruk op verworvenheden als gelijke behandeling van mannen en vrouwen, verwezenlijking van grondrechten,[19] aandacht voor vorming en de verhouding tussen werk en privé, inspraak en medezeggenschap. Het beeld van de arbeid(er) is ingrijpend veranderd. Van der Heijden pleitte aan de vooravond van het nieuwe millennium ervoor dat er "een nieuwe architectuur voor de rechtsorde van de arbeid" van de tekentafels moest komen. De werknemer van de 21e eeuw was beter opgeleid, zelfbewuster en werkte eveneens in het kader van zijn zelfontplooiing.[20] Dezelfde karakteriseringen zijn aan te treffen in het jubileumboek *Arbeidsrecht en Mensbeeld* uit 1996. "Mondigheid, zelfbewustheid

16 Zie uitvoerig met literatuur: C.J.H. Jansen, *Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsovereenkomstenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 9-10; Houweling (red.), *Loonstra/Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, p. 32 e.v. en 1062 e.v.

17 Oproepbaar onder www.ilo.org (onder Declarations: Declaration of Philadelphia). Zie ook al art. 427 Verdrag van Versailles 1919: "The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce."

18 Krause, *Arbeitsrecht*, nr. 3 (p. 34-35).

19 Zie uitvoerig al E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Geschriften VvA 28, Deventer: Kluwer 1999; L. Verburg, 'Grondrechten in het arbeidsrecht', in: J. Gerards en C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 67-100.

20 Zie P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: SDU Uitgevers 1999, p. 3 e.v.

en emancipatie vormen de 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." Daarnaast vroeg een flexibele arbeidsorganisatie om zowel interne als externe flexibiliteit van de werknemers.[21] Deze ontwikkelingen zijn de weerslag van maatschappelijke ontwikkelingen die zich gedurende de 20e eeuw hebben voltrokken. Van der Heijden en Noordam hebben deze ontwikkelingen in hun imposante preadvies voor de NJV uit 2001[22] samengebundeld in 17 "-eringen", te weten: individualisering, flexibilisering, decentralisering, horizontalisering en informalisering, informatisering en computerisering, internationalisering en Europeanisering en globalisering, privatisering en decollectivering, privétisering, economisering en activering, deregulering en intensivering. Deze "-eringen" hebben (ook) de verhoudingen binnen de arbeidsorganisatie en het belang en het doel van het verrichten van arbeid drastisch doen herzien. Toch heeft dit alles lange tijd niet tot ingrijpende aanpassingen van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst geleid. Hiertoe bestond op zichzelf wel de mogelijkheid, omdat de titel over de arbeidsovereenkomst werd herzien voor opname in het BW in 1997. Kennelijk was de wettelijke regeling uit 1907 soepel genoeg om tot in de 21e eeuw vorm en inhoud te geven aan de sterk gewijzigde omstandigheden op het vlak van maatschappij en arbeid.[23] De Wwz en andere (flankerende) wetgeving, zoals de Wet aanpak schijnconstructies en de Wet werken na AOW-gerechtigde leeftijd, hebben voor een arbeidsrechtelijke omslag gezorgd. De vraag is – we zullen daar straks nader bij stilstaan – of deze wetgeving aansluit op het mensbeeld anno 2016. Zoveel is duidelijk: de werknemer anno 1996 is niet (meer) de werknemer anno 2016 of 2026. De maatschappelijke ontwikkelingen voltrekken zich in een steeds sneller tempo. De individualisering, het digitale werken, de Europeanisering en internationalisering, de noodzaak van scholing, de flexibilisering en de geringere waardevastheid van pensioenen en

21 'Redactioneel', in: Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld*, p. xi. Zie over dit onderscheid in relatie tot het thema werktijdverkorting: W.A. Zondag, *Werktijdverkorting. Over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Rotterdam: SI/Gouda Quint 2001.

22 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, 'De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking', preadvies, *HNJV* 2001-I.

23 Zie Jansen en Loonstra, 'De eeuw van de Wet op de arbeidsovereenkomst'.

daardoor de onzekerheid voor de oude dag nemen (ondanks alles) toe. De rol van de vakbonden, collectieve voorzieningen en de overheid neemt (alsmaar) af. De arbeidsmarkt lijkt een wereldwijd karakter te krijgen.[24] De digitale interneteconomie[25] heeft haar intrede gedaan. Wat ondanks deze ontwikkelingen blijft, is de economische en de juridische afhankelijkheid van de werknemer, althans van de meesten van hen. Tegelijkertijd laat de huidige maatschappelijke werkelijkheid een bonte stoet aan werkers zien, waaronder in Nederland 1 miljoen zzp'ers. Wat is het beeld van de arbeid (er) van de toekomst?

2.4 Europees en internationaal

De VvA heeft in haar bestaan altijd veel aandacht gehad voor de internationale en Europese aspecten van het arbeidsrecht, in het bijzonder de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Vooral het preadvies van A. Jacobs uit 1985, handelend over de rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht, is een klassieker. De slotsom van zijn preadvies kwam erop neer dat het aan de rechter is of hij op grond van een internationale sociaalrechtelijke norm wel of niet mag ingrijpen in een arbeidsverhouding. Niet het onderscheid tussen klassiek of sociaal grondrecht, de bedoeling van verdragspartijen of het type verdrag hoort te bepalen of een norm al dan niet rechtstreekse werking heeft.[26]

Het arbeidsrecht kent regelingen op tal van niveaus (van de individuele afspraken tussen werkgever en werknemer tot Europese verordeningen als "hoogste" wetten in materiële zin). De verhouding tussen deze regels is steeds lastiger te bepalen, zeker omdat het aantal regels van Europese of internationale origine alleen maar toeneemt. Botsingen blijven wellicht niet uit in de toekomst, zowel door de toegenomen complexiteit van de regelgeving als door de toename van het grensoverschrijdende karakter van de arbeid(er) in 2026. De arbeid(er) van de toekomst is bepaald niet honkvast.

---

24 Vgl. M.S. Houwerzijl, 'The European labour market: fair and genuine?', in: C.J. Loonstra en A.R. Houweling (red.), *Het sociaal recht uitgedaagd. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties 1997-2013*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 694-708. Zie ook haar bijdrage in *TRA* 2013, afl. 11.

25 Woord ontleend aan interview van M. de Boer met M. de Vos in *FD* zaterdag 14 november 2015, p. 9.

26 A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Geschriften VvA 10, Deventer: Kluwer 1985, p. 59; Jansen en Loonstra, 'Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1996: ontwikkeling en thema's', p. 12 e.v.

Op zijn arbeidspositie zal een variëteit van (hogere en lagere) regels van toepassing zijn. Het is daarom belangrijk om na te denken over de oplossing voor potentiële conflicten tussen deze regels. In Duitsland zijn twee beginselen ontwikkeld die daarbij behulpzaam kunnen zijn. Wij kennen het eerste beginsel ook in Nederland, omdat het alles te maken heeft met de zienswijze van het recht als een systematisch geheel: het "Rangprinzip" (het beginsel van hiërarchie van rechtsbronnen). Het tweede beginsel is het "Günstigkeitsprinzip".[27] De hogere regel gaat uiteraard alleen voor de lagere regeling in het geval dat zij alle twee van dwingend recht zijn. Bij strijd met de hogere regeling blijft de lagere regeling buiten toepassing. Volgens het "Günstigkeitsprinzip" gaat de lagere regeling voor, indien deze een voor de werknemer gunstiger bepaling bevat. Dit uitgangspunt kan niet altijd onverkort toepassing vinden, maar heeft voor de toekomst sterke papieren. Zoals Krause schrijft: "Im Günstigkeitsprinzip kommt die Grundtendenz des Arbeitsrechts zum Ausdruck, die Rechtsstellung des Arbeitnehmers zuverbessern. Das höherrangige Recht soll regelmäßig nu rein Mindestschutz zugunsten der Arbeitnehmer schaffen, der nicht unterschritten werden darf."[28]

2.5 Nationaal: de toekomst van het arbeidsrecht

Hiervoor wezen we er al op dat de vorming van het arbeidsrecht deels een sociaal-politieke aangelegenheid is en dus (ook) de resultante van de bestaande politieke machtsverhoudingen op enig moment. Het arbeidsrecht wordt derhalve mede ingezet als instrument om politieke doeleinden na te streven. Die doeleinden kunnen bestaan uit het consolideren en mogelijk "finetunen" van ontwikkelingen zoals deze "spontaan" uit de maatschappelijke verhoudingen oprijzen en het functioneren van de arbeidsmarkt beïnvloeden, maar ook uit het omvormen van deze ontwikkelingen naar een toestand die als rechtvaardiger, juister wordt ervaren.[29]

27 Krause, *Arbeitsrecht*, nr. 48-53.

28 Krause, *Arbeitsrecht*, nr. 53.

29 Deze doeleinden kunnen economisch geladen zijn, maar dat hoeft niet. Dat het arbeidsrecht wordt ingezet om economisch gekleurde doelstellingen te realiseren, is al decennia lang een feit. Denk bijv. aan de geleide loonpolitiek van 1945 tot in de jaren tachtig van de 20e eeuw, op grond waarvan de ontwikkeling van de lonen via de Wet op de loonvorming strak werd beteugeld. De Wwz heeft ook mede economische doeleinden, zoals de verlaging van het totaal aantal te betalen ontslagvergoedingen voor werkgevers en verandering van de arbeidsmarkt met meer insiders en minder outsiders.

Arbeidsrecht dat op de eerste opvatting is gebaseerd, heeft betrekking op autonoom gevormd recht, de tweede op heteronoom gevormd recht. Het betreft twee uitersten op een glijdende schaal van allerhande tussenvormen, zoals het codificeren van regelingen die reeds in veel cao's tussen de sociale partners zijn overeengekomen. Ook is mogelijk dat een wet deels een ontwikkeling van de "markt" bevestigt en deels recht bevat dat vanuit een bepaalde politieke overtuiging als gewenst wordt beschouwd.[30] Weer een andere variant is dat de "spontane" ontwikkeling van het (arbeids) rechtsleven weinig coherentie met betrekking tot een bepaald thema heeft opgeleverd en dat de wetgever dit onderwerp nader tracht te stroomlijnen en een bepaalde kant uit te sturen. Bovendien is het zinvol te beseffen dat puur heteronoom tot stand gekomen regelgeving, reactie/gedrag oproept bij degenen voor wie deze regelgeving is bedoeld en ook weer tot afspraken kan leiden die gelet op de inhoud daarvan als "autonoom" vallen te kwalificeren.[31] Door het gemaakte onderscheid wordt inzichtelijker waarom en hoe de doelgroep op regelgeving reageert. Ongewenste, "opgedrongen" regelgeving leidt bijvoorbeeld eerder tot afwijkgedrag[32] dan regelgeving die als "vanzelfsprekend" wordt ervaren. Afwijking van heteronoom recht zou ook anders gesanctioneerd kunnen (of moeten) worden dan van autonoom recht. Bij de eerste soort zou de bestuursrechtelijke handhaving (via de bestuurlijke boete) eerder voorstelbaar zijn dan bij de tweede soort, die vermoedelijk beter via de civielrechtelijke weg (en dus door contractspartijen zelf) kan worden afgedwongen.

Het onderscheid tussen autonoom en heteronoom recht vindt men al in de literatuur terug sinds het arbeidsrecht, voortkomend uit de sociale politiek, als autonome discipline van die sociale politiek duidelijk is te onderscheiden. Het onderscheid wordt nogal eens gebruikt om de afschaffing of invoering van één of meer arbeidsrechtelijke regelingen te bepleiten. Zo heeft in de jaren dertig van de 20e eeuw een heftige polemiek plaatsgevonden tussen de (latere) Leidse hoogleraar A.N. Molenaar (1888-1958) en

30 Zie daarover C.J. Loonstra, 'Van autonoom tot heteronoom sociaal recht', *Beleid en Maatschappij* 1989, 3, p. 145-154.

31 Heteronoom (arbeids)recht kan ook zo lang stand houden dat het na verloop van tijd als autonoom gevormd (arbeids)recht wordt ervaren. Denk in dit verband aan art. 6 BBA.

32 De Rotterdamse rechtseconoom R. van den Bergh noemt dit "averechts recht".

zijn Amsterdamse collega Levenbach. Molenaar was als liberaal een evidente voorstander van de vorming van autonoom recht.[33] De sociaaldemocraat Levenbach bekritiseerde het zijns inziens nogal weinig zinvolle pleidooi van Molenaar: de sociale werkelijkheid zou met de verdediging van "autonoom recht" boven "heteronoom recht" veel te veel geweld worden aangedaan. Bovendien bleek hij een pleitbezorger voor geheel nieuwe wetgeving (autonoom recht) te zijn als een bepaalde materie daarom vroeg. Uit de polemiek tussen de twee auteurs[34] kunnen we in ieder geval opmaken dat zij zich ervan bewust waren dat het twee begrippen betreft die weliswaar in theorie te onderscheiden maar in de praktijk vaak niet te scheiden zijn vanwege diverse overgangsvormen. Het betreft een nuttig onderscheid voor zover het beter mogelijk maakt te beoordelen of nieuwe wetgeving die niet al een inbedding heeft bij de betrokken actoren (heteronoom recht) inderdaad de (politiek) gewenste vruchten heeft afgeworpen. Extra waakzaamheid is ook geboden omdat de kans dat deze nieuwe regelgeving als een "Fremdkörper" blijft worden gezien, zeker niet uitgesloten moet worden geacht.

Kijken we naar de inhoud van de Wwz, dan borduurt deze wet voor een deel voort op hetgeen in de samenleving al was "gegroeid". In de praktijk deed zich bijvoorbeeld al gedurende een reeks van jaren de situatie voor dat werkgevers het UWV inschakelden bij bedrijfseconomisch ontslag en bij ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid. Die situatie is met de invoering van de Wwz gecodificeerd (autonoom recht). Nieuw is dat de mogelijkheid een verplichting is geworden. Nieuw is eveneens het opnemen van gronden die verplicht tot het indienen van een ontbindingsverzoek ex art. 7:671b (jo. art. 7:699 lid 3) BW moeten leiden. Bij deze laatste categorie is voorts weer nieuw dat de wetgever heeft gewild dat de bekende cocktail van smaken (gronden voor ontbinding) met ingang van 1 juli 2015 verleden tijd is en dat er met de invoering van de Wwz nog slechts één smaak mogelijk is.[35] De Wwz bevat, zoals bekend, nog veel meer echt nieuw recht, recht dat bij invoering nog geen enkele voedingsbodem had (heteronoom recht),[36] recht dat zich dus nog zal moeten

33 A.N. Molenaar, *Bronnen van arbeidsrecht*, Leiden: Van Doesburgh 1927 (openbare les).

34 Zie daarvoor met verwijzingen C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Kopstukken arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 102 e.v.

35 Beeldend beschreven door Stefan F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules*, oratie Leiden 2014.

36 We noemen nog de opzegging met instemming van de werknemer, de regeling met betrekking tot de ontslagadviescommissie, de billijke vergoeding en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

bewijzen, in die zin dat partijen bij de arbeidsovereenkomst en actoren op collectief niveau zich overeenkomstig deze regels ook daadwerkelijk zullen gedragen en geen ontwijkgedrag (gaan) vertonen.[37] In die zin is interessant dat het zich strikt gedragen overeenkomstig nieuw, "bedacht" recht tot ongewenste (en niet verwachte) ontwikkelingen kan leiden. Zo omarmden werkgevers de "3 x 3"-regel bij tijdelijke contracten (plus de aangereikte verruiming bij cao) in 1999 (Flexwet) op zodanig innige wijze, dat de grote groep van "outsiders" die voor de Wwz-wetgever een belangrijke reden was te interveniëren, juist daardoor zo'n omvang had gekregen en (gemakkelijk) kon krijgen. De inhoud van art. 7:668a BW werd voor werkgevers hét middel om werknemers geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (te hoeven) aan te bieden.[38] De nieuwe 3-2-6-regel zou ertoe moeten leiden dat tijdelijke contractanten weer een vast dienstverband wordt aangeboden. Of deze doelstelling wordt bereikt, is nog zeer de vraag. Minister Lodewijk Asscher meent stellig van wel, hoewel de (economische) literatuur waarop hij zich in dat verband heeft beroepen, daartoe geen (enkele) steun biedt.[39] Of dit soort wetgeving (gebaseerd op een soort trial and error, een proces van gissen en missen) wel gewenst is, is op zichzelf overigens al de vraag.

2.6 Maatschappij – arbeidsmarkt – arbeidsrecht

De voorafgaande voorbeelden uit de Wwz wijzen – in het licht van het onderscheid tussen autonoom en heteronoom recht – op een dieper gelegen probleem, namelijk op de relatie tussen enerzijds de ontwikkelingen die zich binnen de maatschappelijke verhoudingen op enig moment voltrekken, de relatie die deze ontwikkelingen anderzijds hebben met de wijze waarop de arbeidsmarkt evolueert en ten slotte de wijze waarop het arbeidsrecht zich tot deze ontwikkelingen verhoudt. Evenmin als dat het geval is met betrekking tot het gemaakte onderscheid tussen autonoom en heteronoom arbeidsrecht, is het ons op deze plaats te doen een (sociaal-politieke) opvatting te formuleren ten aanzien van de geduide ontwikkelingen, wel

37 Datzelfde kan overigens ook van de rechterlijke macht worden gezegd. Of zij strikt zal oordelen conform de wil van de wetgever, staat te bezien.

38 Met deze 3 x 3-regel bij tijdelijke contracten hebben de vakbonden in de SER ingestemd, vanwege vooral de nieuwe bepalingen 7:610a, 610b, 628a, 690 en 691 BW die met de Flexwet ook werden ingevoerd.

39 Zie voor een onderbouwing van deze stelling C.J. Loonstra, 'De WWZ en de flexibele schil: blijft de outsider buiten?', in: L.G. Verburg (red.), *Werk en zekerheid in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2015, p. 11-33, i.h.b. p. 22-25.

dat er onmiskenbaar een relatie tussen maatschappij, arbeidsmarkt en arbeidsrecht bestaat en dat heteronoom tot stand gekomen arbeidsrechtelijke regels enkel effect kunnen sorteren als zij (i) op de juiste feiten zijn gebaseerd; en (ii) een doeltreffend handhavingsbeleid kennen.

Niet voor betwisting vatbaar lijkt ons de stelling dat onze westerse samenleving ten opzichte van – zeg – dertig jaar geleden ongekend sterk is geïndividualiseerd. Men kan dat wel of geen goede zaak vinden, de opvatting "ieder voor zichzelf en God voor ons allen" heeft zich steeds meer en dieper in alle geledingen van onze maatschappij voltrokken. Solidariteit is voor ons een ingewikkeld begrip geworden; mensen worden er moeizaam door in beweging gezet, ook op wetgevend vlak. Deze toenemende individualisering heeft onder meer tot gevolg (gehad) dat gewenste doelen steeds vaker op nogal pragmatische wijze worden gerealiseerd. Het gaat erom iemand te vinden die nodig is om het doel te bereiken; wie dat dan is, is van minder belang.[40] Dat deze in de maatschappij zich voordoende ontwikkeling gevolgen heeft voor de arbeidsmarkt, lijkt evenmin voor betwisting vatbaar. Het groeiende leger van zzp'ers is een logisch gevolg van de geconstateerde individualisering. Is deze toename van zzp'ers als ongewenst te bestempelen? Dat ligt er maar aan, zou ons antwoord zijn. Wie zou met deze ontwikkeling moeite hebben, als iedereen in de genoemde groep bewust en met overtuiging voor het persoonlijke ondernemerschap heeft gekozen, met alle risico's die daarmee zijn verbonden? Lange tijd waren de feiten met betrekking tot deze categorie onbekend of niet geheel duidelijk. Recente onderzoeken lijken er echter op te wijzen dat de groep die bewust en met overtuiging voor het zzp-schap kiest en heeft gekozen, veel groter is dan werd gedacht. Een arbeidsovereenkomst wordt welbewust niet gewenst, het vrije ondernemerschap wel.[41] Die conclusie is op zichzelf redelijk vanzelfsprekend, gegeven de eerder geduide individualiseringstendens in de bredere context, namelijk de maatschappelijke verhoudingen waar de arbeidsmarkt onderdeel van vormt. De vraag rijst dan of en zo ja, waarom er wettelijke maatregelen zouden moeten worden getroffen die een grote groep personen zou treffen die (voldoende) tevreden is, althans lijkt te zijn met de situatie zoals die thans is.

40 Vgl. F. Grapperhaus, *Terug de polder in. Pleidooi voor een werkende arbeidsmarkt*, Amsterdam: Bert Bakker 2014, p. 21 e.v. Hij noemt dit "one-issueverbanden".

41 Zie A.R. Houweling, 'Dé ZZP'er bestaat niet. Empirische, statistische en arbeidsrechtelijke beschouwingen over de zelfstandige zonder personeel', in: E. Verhulp (red.), *De arbeidsmarkt in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2016.

De groep van schijnzelfstandigen (zij die tegen hun zin als ondernemer werkzaam zijn, meestal voor één opdrachtgever, de voormalige werkgever) lijkt kleiner dan gedacht werd, maar hij bestaat wel degelijk. Het treffen van wettelijke maatregelen die de rechtspositie van deze groep dient te verbeteren ligt voor de hand en lijkt gerechtvaardigd, maar zou niet eerst helder in kaart moeten worden gebracht op welke wijze deze categorie wordt afgebakend en voor welk sanctiesysteem wordt gekozen om die nieuwe regelgeving te handhaven?

In dit verband vinden wij het opvallend dat de Wwz-geschiedenis zich heeft voltrokken zonder dat is afgevraagd of de traditionele driedeling in arbeidsovereenkomst, overeenkomst van opdracht en aanneming van werk nog wel voldoet. Lijkt de tijd niet te zijn aangebroken dat wordt nagedacht over meer genuanceerde onderscheidingen dan deze driedeling, die erop neerkomt dat het uitdelen van het entreebiljet van de arbeidsovereenkomst leidt tot een optimale rechtsbescherming, terwijl de weigering daarvan de werker met nagenoeg lege juridische handen doet staan? Enkele tussencategorieën zouden naar onze mening zeer gewenst (kunnen) zijn: categorieën met minder rechten dan op basis van een arbeidsovereenkomst, maar meer dan bij de overeenkomsten van opdracht en aanneming van werk.[42]

2.7 Uitdagingen voor de VvA

Maatschappijen veranderen bij voortduring, evenals arbeidsmarkten en hun actoren. De mens zoals hij was ten tijde van de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst op 13 juli 1907, is in zijn doen, laten, denken en arbeiden een geheel ander persoon dan de mens in 1946, het jaar van oprichting van de VvA. Vijftig jaar later is de mens/werknemer weer een totaal andere dan die in 1946. Twintig jaar later zijn maatschappij en arbeidsmarkt weer volop gewijzigd en daarmee eveneens de mens/werknemer die vaak van beide onderdeel vormt. Als we ons alleen al realiseren dat internet in 1996 nauwelijks een rol van betekenis speelde in het internmenselijke verkeer, kan het niet anders dan dat de enorme invloed van

42 Voorgaande ontwikkelingen zouden er ook toe moeten leiden dat het traditionele object van het arbeidsrecht moet worden bijgesteld. Niet de in onderschikkend verband werkende persoon moet centraal staan, maar de materiële norm die bescherming beoogt te bieden. Niet het subject bepaalt het object, maar het object het subject. Zie daarover A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. Grondslagen van een modern arbeidsrecht*, oratie Rotterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

internet op ons dagelijkse leven, ons als mens en als werknemer (ingrijpend) heeft veranderd. Of de voortschrijdende individualisering mede door de impact van internet is versneld, is voor ons een vraag, maar dat beide verschijnselen de mens ook in zijn hoedanigheid van werknemer heeft beïnvloed, lijkt niet voor betwisting vatbaar. De arbeidsmarkt werkt (goeddeels) zoals de maatschappij is. De maatschappij en de arbeidsmarkt zijn zoals mensen zijn. Het recht is gericht op de optimalisering van de interacties tussen mensen en de instituties waarbinnen zij participeren. Daar waar interacties plaatsvinden die de (democratische) meerderheid als "niet oké" bevindt, komen er regels om deze interacties uit te bannen of anders te stroomlijnen. Dit alles geldt ook voor het arbeidsrecht. Of de Wwz aan deze functie van het recht beantwoordt, kunnen wij ten tijde van het schrijven van deze bijdrage (januari 2016) niet echt beoordelen. Wel kunnen wij constateren dat de Wwz nogal wat recht bevat dat veelal niet de weerslag vormt van hetgeen in de dagelijkse praktijk van het arbeidsrecht – waar werkgevers, werknemers en hun vertegenwoordigers elkaar treffen – geheel of gedeeltelijk al "levend recht" (autonoom recht) was. De Wwz bevat immers in niet geringe mate recht dat op basis van een uitruil uit de koker van een beperkt aantal niet echt in de arbeids(recht)praktijk werkzame actoren[43] tot stand is gekomen (heteronoom recht). Daarmee is geen oordeel geveld over de inhoud van de Wwz, maar is wel gezegd dat haar werking nauwgezet dient te worden getoetst aan en beoordeeld op basis van de ervaringen die met dat goeddeels (qua effecten) nog onbekende recht worden opgedaan.[44] Daar ligt dunkt ons een schone taak voor de VvA, de komende decennia, een taak die ook naadloos aansluit bij de doelstelling van de vereniging, zoals hiervoor geciteerd. Wij zouden het toejuichen als de ontwikkelingen wat betreft een aantal in en rondom de Wwz tot stand gekomen thema's in de bestaande (en wellicht nieuwe) werkgroepen van de VvA worden gevolgd, geanalyseerd, bediscussieerd en dat daarover wordt gepubliceerd. Het lijkt ons van het grootste belang dat de werking van de Wwz nauwgezet aan de gewenste doelstellingen zoals in de inleiding geciteerd wordt getoetst, vooral nu nogal wat stellingen over de effecten van de wet (en daaraan gerelateerde doelen) op veronderstellingen en niet op feiten waren gebaseerd. Het zou fantastisch zijn als de vereniging over twintig jaar zou kunnen concluderen dat zij mede heeft

43 Heerts, Wientjes en Asscher waren in de aanloop naar de Wwz beleidsmakers.
44 Eind 2015 komt de mening op dat de Wwz in ieder geval niet werkt in de seizoengevoelige sectoren.

bijdragen aan een (gewijzigde) Wwz die (uiteindelijk) op bevredigende wijze én de individuele én collectieve verhoudingen tussen werkgevers en werknemers regelt.

Uiteraard bestaat het arbeidsrecht (gelukkig) niet uitsluitend uit Wwz-recht, al was het maar omdat het Europese en het internationale arbeidsrecht in steeds grotere mate hun invloed op het nationale recht uitoefenen. Op dit terrein zou de VvA nog belangrijk (systematisch) werk de komende jaren kunnen verrichten, zoals wat ons betreft met betrekking tot het nadenken over de wenselijkheid van een uniform EU-werknemersbegrip (met daaraan gelieerde begrippen als arbeidsverhouding).

Ten slotte noemen we ter afronding nog enkele onderwerpen die naar onze mening, naast de thema's die op basis van de actualiteit worden gekozen, van groot gewicht zijn daarover binnen de vereniging te beraadslagen en standpunten in te nemen en uit te dragen. In de eerste plaats wijzen we op de bedingen die frequent in de arbeidsovereenkomst (door de werkgever) worden opgenomen. Naast de wettelijke regeling van een beperkt aantal bedingen die onderling al niet even consistent in hun uitwerking zijn, worden in de praktijk nogal wat bedingen gesloten met een niet geringe impact voor de werknemer, die wettelijk in het geheel niet zijn geregeld (zoals het studiekostenbeding en het geheimhoudingsbeding). Wij zouden toejuichen als er een uniforme regeling zou komen die van toepassing zou zijn op alle, de werknemer belastende bedingen.[45] In de tweede plaats heeft de driehoeksverhouding in het arbeidsrecht de afgelopen jaren een sterke ontwikkeling doorgemaakt.[46] Deze verhouding roept arbeidsrechtelijke vragen op die slechts met (de grootste) moeite in het huidige arbeidsovereenkomstenrecht is in te passen. Naar onze mening zou het gewenst zijn dat Boek 7 titel 10 een afzonderlijke regeling zou treffen over pluraliteit van werkgeverschap.

Wij wensen de VvA van harte geluk met het bereiken van de leeftijd van maar liefst 70 jaar. De vereniging is oud maar nog zeer kras. Zo kras dat de 100 met gemak kan worden bereikt.

---

45 Zie I.P. Asscher-Vonk, 'Bijzondere bedingen', *ArA* 2004/3, p. 4-38. In Rotterdam bereidt mr. Pieter Schneider een dissertatie over dit onderwerp voor.

46 Zie het laatst verschenen preadvies uit 2015, nr. 43 in de reeks, van de hand van R.M. Beltzer, F.G. Laagland en L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap*; daarnaast daarover J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 2012.

HOOFDSTUK 3

ONTSLAGRECHT, FLEXIBELE ARBEID EN (SOCIALE) ZEKERHEID IN DE JAREN 1996, 2006, 2016 EN 2036[1]

3.1 Hoe zieke werknemers duurder werden, er vrees was voor arbeidsnomaden en de kantonrechters een formule bedachten (1996)[2]

3.1.1 Inleiding

Het is omdat de nieuwe dame van Personeelszaken zo aandrong tijdens de jubileumborrel, want hij was liever naar huis gegaan. De tijden zijn veranderd, Lodewijk, had ze gezegd. En daarmee doelde ze niet op de Winkeltijdenwet, waardoor hij vanavond toch nog even op de valreep een verjaardagspresentje kon kopen voor zijn vrouw. Nee, ze attendeerde hem op alle akkefietjes die de huisadvocaat in zijn memo had opgeworpen. Lodewijk Voordewind was doorgaans blij met het kabinet Kok en zijn marktdenken, maar dit Paarse denken had, zo had hij inmiddels ontdekt, ook wel zijn keerzijde. Als hij keek naar de balans met alle uitgaven voor zieke werknemers, inclusief de kosten van een rechtszaak, dan verlangde hij terug naar de tijd waarin met één telefoontje de bedrijfsvereniging alle verantwoordelijkheid voor een zieke medewerker overnam.

3.1.2 Zieke werknemer

Het toppunt was wel dat de directeur Inkoop Jelte de Vries deze zomer bij zijn voorbereidingen voor de Elfstedentocht een lelijke smak met zijn rolschaatsen had gemaakt en weken het bed moest houden. Hij was best bereid geweest een aanvulling op zijn Ziektewetuitkering te betalen zoals de cao

---

1 Dit vierluik werd geredigeerd door Liesbeth van Buitenen, Karin Frikkee, Monetta Ulrici (allen rechter) en Johan Zwemmer (advocaat te Amsterdam, universitair docent arbeidsrecht aan de UvA en voorzitter van de werkgroep Ontslagrecht).

2 Paragraaf 3.1 is geschreven door Dirk Jan Buijs (oud-kantonrechter), Erica Wits (advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht) en Ea Visser (advocaat bij Banning Advocaten te 's-Hertogenbosch).

voorschreef of desnoods 70% van het salaris, maar de brief op poten van een vakbondsjurist maakte hem snel duidelijk dat hij het volledige loon moest doorbetalen tijdens ziekte. Zijn advocaat had hem verteld dat hij een punt had, want de aanvullingsregeling in de cao ging uit van een onderliggende Ziektewetuitkering en die was er niet meer sinds de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte.[3] De rechter had echter geoordeeld dat het niet de bedoeling was geweest van de wetgever om in te breken op de cao. Volgens een letterlijke uitleg van de cao moet een werkgever bij ziekte het salaris tot 100% van het Ziektewetdagloon aanvullen.[4] De verzuchting van Lubbers in 1990 "Nederland is ziek", klopte ook hier maar weer eens. Vandaag was ook weer een erg koude dag en hij vreesde een "It giet oan" van Henk Kroes. Jelte was net weer op de been en niemand die hem zou weerhouden de Tocht der Tochten te rijden. En als het goed mis zou gaan, dan had hij begrepen dat hij voor nota bene 52 weken het loon moest doorbetalen. Hij zou het advies van zijn advocaat om dit risico privaat te verzekeren toch maar opvolgen, er waren hiervoor genoeg mogelijkheden. Onbegrijpelijk vond hij overigens deze uitbreiding van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte. De regeling Terugdringing Ziekteverzuim[5] uit 1994, waarin het bedrijf zes weken het loon diende door te betalen bij ziekte, had intern al binnen het bedrijf tot een behoorlijke afname van het verzuim geleid en, zo had hij begrepen, dit was bij de meeste organisaties het geval.[6] Dat was ook wel nodig, gezien het gegeven dat 15% van de beroepsbevolking aanspraak maakte op een arbeidsongeschiktheidsregeling.[7]

Aan de ziekmelding van Jelte hoefde geen mens te twijfelen, maar bij Henk was dit toch een ander verhaal. Zijn advocaat had hem aangeraden het loon niet door te betalen bij deze aansteller. Dit advies was toch wat minder bruikbaar geweest. Henk had bij het UVI een second opinion gevraagd en kennelijk flink overdreven bij het beschrijven van de zwaarte van zijn werk. Anders kon hij het oordeel van de verzekeringsarts niet plaatsen dat Henk arbeidsongeschikt zou zijn. Enfin, de kantonrechter ging ervan uit dat het UVI wel zorgvuldig gewerkt zou hebben, en omdat hij niet het tegendeel kon aantonen, trok Henk aan het langste eind.[8]

3 *Stb.* 1996, 141.
4 Rb. 's-Gravenhage 27 februari 1996, *JAR* 1996/63.
5 *Stb.* 1993, 757.
6 Cijfers in A.J.G. Tazelaar, 'Worden we beter van de Wulbz?', *ArbeidsRecht* 1995/72.
7 A.M. Wilms, P.W. Feenstra, A. Houtkoop en A. Machiels-Van-Es, 'Rapport Bovenwettelijke aanvullingen bij ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid van het Ministerie van SZW', oktober 2013.
8 Ktr. Amsterdam 28 maart 1997, *JAR* 1997/72.

Maar het absolute dieptepunt was toch wel het trieste geval van Neeltje. Deze harde werkster werd getroffen door een erfelijke ziekte en na een lange strijd moest zij het leven laten. Dit had alle collega's diep geraakt. Nauwelijks bekomen van de schok viel de brief van het UVI op de mat met daarin het verzoek om een boete van een halfjaar salaris te betalen, omdat Neeltje nog net in de WAO was gekomen. Hij was te veel van streek geweest om adequaat te handelen en had de bezwaartermijn ongebruikt laten verlopen. Dat was niet verstandig, begreep hij later, toen hij in de krant las dat de Centrale Raad van Beroep korte metten met deze "malusregeling" had gemaakt.[9] In het memo van zijn advocaat las hij nu dat de regering ook tot inkeer was gekomen en deze regeling van nog maar een paar jaar oud[10] weer had afgeschaft. Echter niet zonder er ander onheil tegenover te stellen: de Wet Pemba.[11] Hoe meer werknemers uit zijn bedrijf in de arbeidsongeschiktheidsregeling terecht zouden komen, hoe hoger de gedifferentieerde werkgeverspremie. Dit zou dan moeten leiden tot een prikkel om werknemers te re-integreren. Hij zou de Winkeltijdenwet graag inruilen voor het oude systeem, waarin het collectief verantwoordelijk was voor de zieke werknemers. In het memo las hij echter toch ook nog wel wat maatregelen die hem zouden kunnen helpen: een loonkostensubsidie en de proefplaatsmogelijkheden. En daarnaast nog een wonderlijke regeling die zijn advocaat als "AMBER" aanduidde. Als een werknemer arbeidsgeschikt wordt verklaard, dan kan hij na toename van zijn oorspronkelijke klachten binnen vier weken alsnog een uitkering toegekend krijgen of kan zijn recht herleven. Wie zou over twintig jaar nog weten wat deze afkorting betekende: Wet afschaffing malus en bevordering re-integratie...?[12] Hij moest er toch maar eens over denken om zijn buurman aan te nemen die door een recente herbeoordeling uit de WAO was gezet. Het risico van vier weken ziekte kon hij wel dragen.

Overigens terecht dat zijn buurman via deze herbeoordelingsactie goedgekeurd was. De beste man was in 1985 met wat vage rugklachten in de WAO geraakt. Hij had hem over de heg eens verteld dat de arbeidsdeskundige had geoordeeld dat hij maar voor 15-25% arbeidsongeschikt was, maar omdat deze van mening was dat geen werkgever zat te wachten op een werknemer met beperkingen, had hij hem voor 80-100% arbeidsongeschikt

9 Centrale Raad van Beroep, 15 februari 1995, ECLI:CRVB:ZF1673.
10 *Stb.* 1992, 82.
11 *Stb.* 1997, 391.
12 Art. 55 en 57 Wet WIA.

verklaard. Zijn advocaat had hem later verteld dat deze verdiscontering van de werkloosheid in het arbeidsongeschiktheidspercentage al in 1987 was afgeschaft, maar gelukkig alleen voor nieuwe gevallen en werknemers onder de 35 jaar.[13] Een schande en terecht dat de regering nu had besloten tot een grote herbeoordelingsoperatie. Voortaan werd niet meer gekeken naar opleiding of het vroegere beroep of wat naar billijkheid kon worden opgedragen, maar tot welke algemeen geaccepteerde arbeid iemand nog in staat was.[14]

Diep triest hoe deze man in de kracht van zijn leven aan de kant was gezet door de samenleving. Want met het WAO-stempel kwam zijn buurman niet binnen bij een nieuwe werkgever. Het deed hem pijn om te zien dat het dorp deze man met de nek aankeek en hem achter zijn rug om als "profiteur" betitelde. En de vakbonden die het zouden moeten opnemen voor hun leden, speelden wat hem betrof ook nog een kwalijke rol. Dikwijls had een bestuurder bij een reorganisatie de afgelopen jaren bij hem aangedrongen op het laten afvloeien van een zieke medewerker via de WAO. Zo bleef er meer geld over voor het sociaal plan voor de andere werknemers die moesten afvloeien. De WAO als afvloeiingsregeling! Daar had hij nooit aan mee willen werken.

Terug naar het memo van zijn advocaat. Gelet op alle extra loon- en andere kosten die zijn zieke medewerkers dit jaar veroorzaakten en met de Pemba op komst, dringt deze aan op voorzorgsmaatregelen. Voortaan niet meer werken met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, maar altijd starten met een jaarcontract met een proeftijd. Bij ziekte kunnen dan hoge kosten vermeden worden. En verder is het devies om in overleg met de ondernemingsraad een goede Arbodienst te kiezen die de begeleiding van de werknemers kan verzorgen. De tips voor alle subsidies en maatregelen schuift hij wat vermoeid ter zijde: het aanvragen daarvan met alle bureaucratie hieromheen, kost hem meer dan dat het oplevert, dat liet het verleden vaak genoeg zien. Aan het uitvoeren van de andere adviezen heeft hij de komende tijd al zijn handen vol!

13 *Stb.* 1986, 561 in samenhang met de Invoeringswet stelselherziening.
14 Wet Terugdringing Beroep op Arbeidsongeschiktheidsregelingen, *Stb.* 1993, 412.

3.1.3 Flexibele arbeidsrelaties

Briesend las Lodewijk de tweede brief (N.B. van dezelfde dag!) van zijn huisadvocaat door. Eerst had die gek met zijn ongespecificeerde halfjaardeclaraties zijn jubileumborrel al verstierd door het memorandum te sturen over de loondoorbetaling bij ziekte. Vervolgens weer dit schrijven – ook per post in plaats van per fax zoals een modern mens betaamt – dat een streep zette door zijn personeelsplannen van het komende jaar. Hield het dan nooit op? Het was natuurlijk allemaal de schuld van Kok. Ongelooflijk dat die man, nadat hij eerst als vakbondsleider had meegewerkt aan het drastisch herzien van de WAO en veel kritiek had gekregen, het gezicht van de PvdA was geworden en zelfs de verkiezingen had gewonnen.[15] En waar had dit allemaal toe geleid? Tot een samenwerking van de socialisten, D66 en nota bene zijn eigen ondernemerspartij: de VVD![16] Paarse broeken, alsof er niet al genoeg uitdagingen waren met de hoogste toestroom van asielzoekers ooit. De dienstplicht was ook al afgeschaft.[17] Nee, het enige goede van dit kabinet was dat de Nederlandse Spoorwegen verzelfstandigd werden. Marktdenken, dat was pas goed voor de economie. Maar ja, ondertussen was Ad Melkert minister van Sociale Zaken en dat kon alleen maar ellende betekenen.

Lodewijk las de brief nog eens door. Het ging over een draaideur, maar niet die bij de ingang van het bedrijf, waar laatst de magazijnbeheerder in bekneld was geraakt met als gevolg dat die ook weer maanden uit de roulatie was. Nee, dit had te maken met het gedoe met uitzendkrachten van de laatste tijd. Iedereen wist dat uitzendbureaus zo populair waren, omdat uitzendkrachten geen civielrechtelijke ontslagbescherming hebben.[18] Er was ook eigenlijk geen keus, nu voor het eindigen van een voortgezet tijdelijk contract voorafgaande opzegging was vereist.[19] Daarom kwamen werknemers eerst op uitzendbasis werken, dan op een contract voor bepaalde tijd en daarna, tja dan werd het lastig. Zeker met alle verplichtingen die telkens op het bordje van de werkgever werden gelegd. Lodewijk had om die reden iets slims bedacht. Hij was van plan om niemand meer in vaste dienst te

15 https://nl.wikipedia.org/wiki/Wim_Kok.
16 Paars I, van 1994-1998, https://nl.wikipedia.org/wiki/Kabinet-Kok_I.
17 https://nl.wikipedia.org/wiki/1996.
18 J.F. van Vlijmen en M.A. de Blécourt, 'De arbeidsvoorzieningswet en detachering', *ArbeidsRecht* 1996/12.
19 Art. 7A:1639f lid 3 BW.

nemen. Er bleef natuurlijk wel een groep over die voor onbepaalde tijd in dienst was, maar die werknemers liet hij gewoon zitten, totdat ze op hun 55ste met de VUT konden. Het zou vast niet zo'n vaart lopen met de plannen van de sociale partners om de VUT om te zetten in een vroegpensioen.

Voor het overige had hij tijdelijke contracten willen afwisselen met een periode van minstens twee maanden inlenen via een uitzendbureau. Daarmee ontkwam hij mooi aan de regel dat dienstbetrekkingen die elkaar binnen 31 dagen opvolgen, werden samengeteld.[20] Lodewijk begreep echter uit het memo dat de Hoge Raad inmiddels een stokje had gestoken voor zijn plannen. In een arrest uit 1991 was namelijk uitgemaakt:

> "Het gaat hier om een constructie die zich naar haar aard ertoe leent om te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer bescherming tegen hem verleend ontslag te bieden, aangezien bij toepassing van die constructie deze wetsbepalingen, indien naar de letter genomen, niet tot het daarmee beoogde doel zouden leiden.
>
> Deze constructie komt er immers op neer dat de werkgever gedurende een langere periode ('een aantal jaren') werk in zijn onderneming doet verrichten door arbeidskrachten met wie hij daartoe een aantal malen achtereen arbeidsovereenkomsten sluit voor bepaalde tijd telkens afgewisseld door aansluitende perioden (van, naar het hof kennelijk heeft aangenomen, telkens meer dan 31 dagen met het oog op het bepaalde in art. 1639f lid 4) waarin diezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichtten als uitzendkrachten.
>
> Een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing daarvan brengt dan ook mee dat de te dezen gekozen constructie niet leidt tot het ontnemen aan Bootsma c.s. van hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming en dat daarom de relatie tussen ieder van hen en Campina, wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging daarvan, moet worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking in de zin van art. 1639f."[21]

20 Art. 7A:1639f lid 4 BW.
21 HR 22 november 1991, *NJ* 1992/707, m.nt. P.A. Stein.

Het draaideuren bood dus weinig oplossing. Alleen een korte periode van uitzendbureau – tijdelijk contract – uitzendbureau zou misschien nog kunnen,[22] maar ideaal was dat ook niet. Wat moest hij nu bedenken? Zolang dat dekselse BBA zou blijven bestaan, zou immers behoefte bestaan aan ontduikingsconstructies.[23] Misschien dat de Flexnota van Kok en de zijnen daar iets aan zou veranderen.[24]

Lodewijk las nog eens verder in de brief van de huisadvocaat. Opeens ging het ook over nomaden. Blijkbaar wilde men in Den Haag wel inspelen op de behoefte aan meer flexibiliteit, maar was men aan de andere kant ook bang dat er in de toekomst naast een harde kern van "vaste" werknemers, een groeiende groep "arbeidsnomaden" zou ontstaan. Deze groep zou van tijdelijke baan naar tijdelijke baan gaan en het walhalla van het vaste contract nooit bereiken.[25] Tja, mijmerde Lodewijk. Hoe erg is het dat mensen steeds tijdelijke contracten hebben? Ze vallen wel gewoon onder het sociale zekerheidsstelsel. Het is immers niet zo dat we hele groepen uit loondienst gooien en direct weer als freelancer inhuren. En flexibiliteit én zekerheid, is dat niet met elkaar in strijd? Hoe zou dat eruit moeten zien, meer ruimte voor tijdelijke contracten, maar wel gebonden aan strikte regels? Lodewijk zag wel de aantrekkelijkheid ervan in, maar had er een hard hoofd in dat het zover zou komen. Misschien over een paar jaar.

3.1.4 Ontslagvergoedingen

En dan, of de duvel ermee speelt, blijkt de huisadvocaat toch op de valreep de fax ontdekt te hebben en komt de nieuwe dame van Personeelszaken aanzetten met het derde ongevraagde advies van de huisadvocaat dat dit keer ging over het ontslagrecht zelf. Los ervan dat dit de derde domper op zijn jubileumavond zette, verontrustte de inhoud van dat advies hem nog meer. Misschien moest hij toch wel terugkomen op zijn idee om alle medewerkers met contracten voor onbepaalde tijd tot hun VUT-leeftijd in dienst te houden. Het was nog maar de vraag of minister Melkert die regeling een lang leven zou gunnen.

22 Ktg. 's-Hertogenbosch 29 juni 1995, *JAR* 1996/16.

23 W.L. Harenberg, 'De draaideurconstructie: ontwikkelingen ná Campina', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht* 1994/33.

24 De Nota Flexibiliteit en Zekerheid van 4 december 1995, https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-24543-1.html.

25 Zie ook de Nota Flexibiliteit en Zekerheid van de Stichting van de Arbeid, 3 april 1996 Publikatienr. 2/96.

De laatste jaren liet Lodewijk meer en meer ontslagzaken via de kantonrechter lopen.[26] Maar als je zag hoe rechters omgingen met het ontslag van werknemers, dan mocht je al blij zijn als ze een arbeidsovereenkomst überhaupt wilden ontbinden. En, als zij dat al deden, dan moest je rekening houden met een forse vergoeding. Dat was dan toch wel weer een voordeel van de RDA-procedure. Met een ontslagvergunning kunnen werknemers gewoon ontslagen worden. Ja, als je wilt reorganiseren, moet je met vakbonden een sociaal plan afspreken. Maar dan nog ben je minder duur uit dan wanneer je voor iedere werknemer ontbinding vraagt aan de kantonrechter. Dat kost niet alleen griffierecht, maar de huisadvocaat heeft ook een vork waarmee hij kan schrijven. Rekeningen wel te verstaan. Misschien kan de nieuwe dame van Personeelszaken dat over een tijdje zelf wel regelen; dat zal de kosten tenminste een beetje beperken.

Nee, dan is die RDA-procedure (die naam alleen al, wat was er mis met het Gewestelijk Arbeidsbureau?) zo gek nog niet, zeker niet wanneer je een middelgrote onderneming hebt. Die multinationals weten wel raad met hun geld. Daar kunnen werknemers zelfs bij een afspraak met de vakbond een bedrag ineens krijgen ter vervanging van een WW-uitkering en dan nog kan de werknemer nog twee ton extra bij de kantonrechter halen![27] Nu ging dat wel om een jaarsalaris van tweeënhalve ton en daar haalde hij zelf nog geen derde van, maar toch. Nee, dan de RDA-procedure. Daar loop je hoogstens de kans op een kennelijk onredelijk ontslagprocedure na het ontslag, áls de werknemer dat met zijn vakbond aandurft. Die kans is niet alleen klein, maar zo'n procedure levert in minder dan de helft van de gevallen voor de werknemer een vergoeding op en in de andere gevallen is de vergoeding een derde lager dan in de ontbindingsprocedure.[28] Dat lijkt met name op te gaan voor bedrijfseconomische ontslagen, want voor ontslag op in de persoon gelegen gronden is de kans op het krijgen van een ontslagvergunning tamelijk klein. Toch staat in de brief van de advocaat dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure zich gaandeweg heeft ontwikkeld tot een soort spiegelbeeld van de ontbindingsprocedure en dus moet je, nadat je al anderhalf jaar de WAO-uitkering van de werknemer hebt

26 Net als andere werkgevers, zie C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1995: voor elk wat wils', *ArbeidsRecht* 1996/27.

27 Ktr. 's-Gravenhage 2 april 1996, *JAR* 1996/104.

28 Beltzer c.s., *Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, UvA 1999.

aangevuld, toch nog *f* 45.000 ophoesten.[29] Kortom: of je door de hond of door de kat gebeten wordt: het lijkt nauwelijks uit te maken.

Gelukkig heeft minister Melkert, dat moet hem worden nagegeven, toen hij aantrad in 1994 meteen het wetsontwerp van zijn voorganger Bert de Vries ingetrokken. Die wilde een standaardvergoeding bij ieder ontslag verplicht maken. Aan de andere kant blijf je als werkgever geconfronteerd worden met onzekerheden over de vraag hoeveel het ontslag van een werknemer je gaat kosten. Het is in elk geval volstrekt onvoorspelbaar als je ontbinding van de arbeidsovereenkomst vraagt aan de kantonrechter. Sommige kantonrechters hanteren daarbij een soort formule, maar andere helemaal niet en sommige willen zelfs helemaal niet zeggen of ze dat doen.[30] Nee, dan voelde hij meer voor de opvatting dat kantonrechters ervan uitgaan dat in beginsel een vergoeding moet worden toegekend. Maar hij vindt wel dat van hen enige bescheidenheid mag worden verwacht.[31] Er is volgens de huisadvocaat zelfs een kantonrechter, die zich afvraagt of een zakjapanner de beslissing van de kantonrechter kan dicteren, en of dat wenselijk is.[32] Er waren maar liefst 61 kantons, had Lodewijk gehoord, en dat maakte het helemaal ongewis. Er zijn zelfs soms ook nog verschillen tussen kantonrechters binnen één kanton. In Utrecht en Amersfoort hadden ze dat wel goed geregeld, al gaat het toch wel ver een billijke vergoeding te berekenen met twee cijfers achter de komma bij zowel de correctiefactor als het salaris.[33] Sommige kantonrechters willen de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer eigenlijk niet ontbinden. Of met flinke tegenzin, maar dan hangt er een fors prijskaartje aan. Zeker wanneer je niet alles eraan hebt gedaan om een zieke werknemer aan het werk te houden, mocht je rekenen op een forse vergoeding.

Zijn huisadvocaat had hem eens geprobeerd uit te leggen bij welke kantonrechter je beter niet terecht kon komen en hoe je dat moest aanpakken. Het had iets te maken met de eerste letter van de achternaam van de werknemer. Als je de categorie H t/m L had, dan kon je beter de meisjesnaam of

29 Ktr. Middelburg 28 oktober 1996, *JAR* 1996/235.
30 A.G. Van Marwijk Kooij, 'Een rondje langs de velden', *ArbeidsRecht* 1996/68.
31 R. Hansma, 'Weg met de rechterlijke loongolf', *NJB* 1996 p. 1635.
32 D.J. Buijs, 'Iudex non calculat', *Trema* 1996, p. 250 e.v. Dit stukje inspireerde Gijs Scholtens tot zijn "Statistieken". Bij zijn afscheid als advocaat mocht ik zijn eigen zakjapanner ingelijst ontvangen.
33 Ktr. Utrecht 13 mei 1996, *JAR* 1996/121.

naam van de echtgenote gebruiken. Alles om niet bij kantonrechter W. te komen. Alleen, dat hielp niet wanneer man en vrouw in dezelfde alfabetcategorie zaten. Zijn hoofd duizelde ervan.

Toch wil Lodewijk niet blijven somberen en gelukkig ontwaart de huisadvocaat aan de horizon een lichtpuntje. Hij weet te melden dat de kantonrechters op 8 november 1996 ter uniformering van de hoogte van de ontbindingsvergoedingen een formule[34] hebben vastgesteld zoals die in veel kantons al werd gehanteerd. Die zou voor het hele land moeten gaan gelden, al hebben ze er meteen bij gezegd dat die formule niet verplicht is. De huisadvocaat had al gehoord dat ze zich in het Zuiden van het land niet de wet willen laten voorschrijven. Maar Lodewijk hoopt dat extreme vergoedingen als *f* 110.000,[35] een jaarsalaris na een dienstverband van 2,5 jaar,[36] *f* 500.000,[37] *f* 475.000,[38] *f* 460.000,[39] *f* 895.104,25[40] tot het verleden behoren. Het zal hem benieuwen.

Alle collega's hebben het bedrijf nu, zingend en al dan niet wat aangeschoten, verlaten. Volgend jaar geen drank meer bij de borrel neemt hij zich voor, hij zit niet te wachten op uitglijders en ongelukken, met alle inspanningen die dat met zich meebrengt. Verhip, het begint al wat te wennen die nieuwe rol. Zijn advocaat zal tevreden zijn. En zijn vrouw ook, als hij nu voortmaakt.

34 *SMA* 1997, p. 20-26: de vergoeding is het product van de gewogen dienstjaren (de factor A, in drie leeftijdscategorieën van jonger dan 40 jaar, tussen 40 en 50 jaar en boven 50 jaar, vermenigvuldigd met 1, 1,5 respectievelijk 2) met de vaste maandelijkse beloning (factor B) en de correctiefactor C, die bij een geen van partijen te verwijten ontbinding op 1 werd gesteld.
35 Ktr. Alkmaar 4 december 1995, *PG* 4457.
36 Ktr. Amsterdam 4 december 1995, *JAR* 1996/7.
37 Ktr. Amsterdam 20 juni 1996, *PG* 4657.
38 Ktr. Apeldoorn 13 november 1996, *JAR* 1996/240.
39 Ktr. Harderwijk 15 mei 1996, *PG* 4546.
40 Ktr. Zuidbroek 8 februari 1996, *PG* 4485.

3.2 De allesbepalende kantonrechtersformule, "flex to the max" en WW op bestelling (2006)[41]

3.2.1 Het ontslagrecht als politieke splijtzwam

"U draait en u bent niet eerlijk." Deze inmiddels historische woorden spreekt premier Jan-Peter Balkenende (CDA) tijdens een radiodebat tegen Wouter Bos, fractievoorzitter van de PvdA, in een woordenstrijd over de sociale zekerheid en het ouderenbeleid. Daarbij gingen verwijten over onder andere versoepeling van het ontslagrecht over en weer.[42] De sfeer van vijandschap tussen de twee grootste partijen en hun leiders is niet alleen tekenend voor de Tweede Kamerverkiezingen van 22 november 2006 en de daaropvolgende formatie van het kabinet Balkenende IV met CDA, PvdA en ChristenUnie. Het is ook tekenend voor de rol van het ontslagrecht in de polder rond 2006: een splijtzwam.

In de discussie over het ontslagrecht neemt de ontslagvergoeding een belangrijke plaats in. In de jaarlijkse statistiek ontbindingsvergoedingen van Scholtens in het tijdschrift *ArbeidsRecht*, wordt verslag gedaan van de ontwikkelingen op het terrein van de vergoedingen bij ontbinding en kennelijk onredelijk ontslag. Voor zowel de rechtspraktijk als beleidsmakers vormen de statistieken van Scholtens een belangrijke graadmeter voor de stand van zaken van de ontslagrechtpraktijk. Ter gelegenheid van het afscheid van Scholtens publiceert de Werkgroep Ontslagrecht in december 2005 een afscheidsbundel met uiteraard ruime aandacht voor ontslagvergoedingen. Bij lezing van die bundel wordt snel duidelijk waar de arbeidsrechtpraktijk zich op had gericht: "De hedendaagse arbeidsrechtadvocaat weet alles van de kantonrechtersformule, maar de kennis van de regels voor de opzegging begint al te tanen."[43]

41 Paragraaf 3.2 is geschreven door Tzivya Wegener-Belinfante (advocaat bij Stibbe te Amsterdam), Alfons Kouwenhoven (senior beleidsjurist Arbeidsjuridische dienstverlening UWV) en Johan Zwemmer (universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe te Amsterdam).

42 Radio 1 lijsttrekkersdebat, 29 oktober 2006.

43 G.J.J. Heerma van Voss, 'Afscheid van Scholtens', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Geschriften VvA 35, Deventer: 2005.

3.2.2 *Hoogtijdagen van de kantonrechtersformule*

Nog ver van de politieke werkelijkheid van onenigheid en onvrede, staat in de ontslagpraktijk van 2006 de billijkheid hoog in het vaandel. De aantrekkende economie zorgt voor dalende aantallen ontslagprocedures, tot zelfs een daling van 27% ten opzichte van 2005.[44] Daarbij is de ontbindingsroute in 2006 populairder dan ooit. In 2006 overtreft het aantal in de statistiek ontbindingsvergoedingen geregistreerde ontbindingsprocedures voor het eerst het aantal ontslagvergunningsprocedures.[45] Een voordeel van de ontbindingsroute is de snelheid van de procedure. Daarnaast kan de kantonrechter met onmiddellijke ingang ontbinden en zijn hoger beroep en cassatie in beginsel uitgesloten.

Een ander aantrekkelijk aspect van de ontbindingsprocedure is dat art. 7:685 (oud) BW de kantonrechter de ruimte geeft arbeidsovereenkomsten ondanks een gebrekkig ontslagdossier toch te ontbinden.[46] De werknemer wordt dan gecompenseerd met een door de kantonrechter aan de werknemer toegekende vergoeding naar billijkheid. In de jaren voorafgaand aan 2006 is de ontslagpraktijk zich steeds meer van bescherming tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig naar een financiële bescherming bij ontslag gaan ontwikkelen.[47] In 2006 wordt nog slechts 8,1% van de ontbindingsverzoeken afgewezen.[48]

Sinds 1 januari 1997 wordt de door de kantonrechter aan de werknemer toegekende vergoeding naar billijkheid veelal berekend aan de hand van de formule A (aantal naar leeftijd gewogen dienstjaren) * B (beloning: bruto-maandsalaris) * C (correctiefactor), zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechters op 8 november 1996.[49] Sindsdien

---

44 Ontslagstatistiek jaarrapportage 2006, Ministerie van SZW, juli 2007, p. 3.

45 C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007/27. Ook uit de jaarrapportage SZW over 2006 blijkt dat er meer ontbindingsverzoeken dan ontslagaanvragen zijn ingediend, p. 3.

46 Op grond van art. 7:685 lid 2 (oud) BW kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden bij: "veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen".

47 Zie J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven', *ArbeidsRecht* 2007/47.

48 P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2012, p. 160.

49 De aanbevelingen zijn gepubliceerd als bijlage bij het maandblad *ArbeidsRecht*, nr. 11 van 1996.

heeft de toepassing van deze kantonrechtersformule een hoge vlucht genomen en wordt aan de vraag of wel sprake is van omstandigheden die meebrengen dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn moet eindigen steeds minder aandacht besteed. Scholtens verwoordt dit in 2005 als volgt:

> "Legt men deze casus [afwijzing van een ontbindingsverzoek] voor aan een willekeurige groep arbeidsrechtjuristen, dan zal (bijna) iedereen meteen naar zijn rekenmachine grijpen en de kantonrechtersformule gaan uitrekenen. Daarbij worden dan de eerste twee vragen die in iedere zaak spelen, en dus beantwoord moeten worden, over het hoofd gezien. Is er eigenlijk wel een reden die ontbinding rechtvaardigt en, zo ja, is er aanleiding een vergoeding toe te kennen?"[50]

Dat bij de kantonrechter de beoordeling van een verzoek om ontbinding steeds meer is verworden tot een invulling van de variabelen van de kantonrechtersformule, is voor Scholtens een bevestiging van de degelijkheid van deze formule. Daarbij illustreert hij aan de hand van een fictieve ontslagcasus dat iedere gewenste billijke oplossing kan worden bereikt door behendig gebruik van de variabelen van de kantonrechtersformule.[51] De werknemer is een hoge leidinggevende die na een periode als zelfstandig managementconsultant op zijn 44ste bij zijn (voormalige) opdrachtgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gekregen. Een flinke achteruitgang in zijn salaris wordt gecompenseerd door beloftes over een zekere toekomst tot aan zijn pensioen. Het salaris inclusief vakantietoeslag en dertiende maand bedraagt € 15.000. Daarnaast ontvangt de werknemer een (sterk wisselende) tantième en een variabele bonus, maakt hij gebruik van een bedrijfsauto en neemt hij deel aan de pensioenregeling van de werkgever. Tegenvallende bedrijfsresultaten leiden na bijna tien jaar dienstverband tot een breuk. In de door werkgever geïnitieerde schikkingsonderhandelingen worden bedragen genoemd, variërend van € 75.000 tot € 775.000, waarna partijen steeds nader tot elkaar komen en de kantonrechter uiteindelijk de knoop doorhakt op € 400.000.

Hoe uiteenlopend ook, al deze bedragen kunnen worden gebaseerd op een interpretatie van de kantonrechtersformule. Los van de beslissingsvrijheid van de kantonrechter ten aanzien van de einddatum, biedt de kantonrechtersformule zelf talrijke mogelijkheden. Uiteraard kan er met de correctiefactor worden gevarieerd: disfunctioneren is in beginsel een neutrale ontslaggrond (C=1), maar wellicht hebben werkgever (C>1) of werknemer

50 C.G. Scholtens, 'De muziek van de kantonrechtersformule', *ArbeidsRecht* 2005/33.
51 C.G. Scholtens, 'De muziek van de kantonrechtersformule', *ArbeidsRecht* 2005/33.

(C<1) verwijtbaar onvoldoende hun best gedaan om het functioneren te adresseren en te verbeteren. Met de A-factor (dienstjaren) kan ook worden gespeeld. Zo kan de door kantonrechter Groen uit Hilversum bedachte variant worden toegepast waarbij een lagere wegingsfactor wordt gehanteerd voor werknemers die pas na hun 40ste in dienst zijn getreden.[52] Ook is de vraag of en zo ja, in hoeverre de "voordiensttijd" als externe consultant moet worden meegeteld. De B-factor (brutoloon per maand) biedt eveneens ruimte voor flexibiliteit, namelijk bij de selectie en berekening van de (gemiddelde) beloningscomponenten.

De kantonrechtersformule wordt niet alleen door kantonrechters gehanteerd. Op basis van werkgevers- en werknemersenquêtes schat het Hugo Sinzheimer Instituut in dat in 2006 de beëindiging met wederzijds goedvinden iets vaker voorkomt dan de beëindiging via de kantonrechter (5,4% versus 5,1%).[53] En waar bij beëindiging met wederzijds goedvinden wordt gekozen voor een eenmalig bedrag, wordt meestal aangesloten bij de kantonrechtersformule.[54] Ook binnen die andere ontslagroute, de opzegging, wint de kantonrechtersformule terrein. Hoewel bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst na verkrijging van een ontslagvergunning van het UWV geen vergoeding aan de werknemer wordt toegekend, maakt ook de 681-rechter in een daarna door de werknemer aanhangig gemaakte kennelijk onredelijk ontslagprocedure steeds vaker gebruik van de variabelen van de kantonrechtersformule bij de berekening van een ontslagvergoeding.[55] Naar aanleiding van deze "trend naar gelijkschakeling van 681 en 685"[56] maken de gerechtshoven de afspraak dat de kantonrechtersformule een

52 Ktr. Hilversum 22 oktober 1999, JAR 1999/241.

53 Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut 'De kosten van ontslag', 2006, p. 18.

54 Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut 'De kosten van ontslag', 2006, p. 28. Zie ook: R. Knegt, 'Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel', *SR* 2006/59; G.J.J. Heerma van Voss, 'Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging, p. '65-78, in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Geschriften VvA 35, Deventer: 2005, p. 68 en M. Heemskerk, Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?, *ArbeidsRecht* 2006/23.

55 Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut 'De kosten van ontslag', 2006, p. 14.

56 C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007/27.

gezichtspunt kan zijn bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag.[57] Het is het startpunt voor een strijd tussen de gerechtshoven om de invulling van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag die via verschillende variaties op de kantonrechtersformule (waaronder de XYZ-formule) in 2009 zal stranden bij de Hoge Raad.[58]

In 2006 bevindt arbeidsrechtelijk Nederland zich dus middenin de hoogtijdagen van de kantonrechtersformule. De enige dissonant zou kunnen worden gevonden in de persoon van kantonrechter Cremers te Helmond, die meent dat van een billijke vergoeding niet meer kan worden gesproken indien het bedrag van de vergoeding volgens de kantonrechtersformule de in redelijkheid te verwachten schade die de werknemer lijdt (verre) overtreft. De kantonrechter acht in dat kader vergoedingen van € 145.000 en € 94.000 voor werknemers die langdurig in dienst waren geweest te veel van het goede.[59] Het doel van de ontbindingsvergoeding is naar zijn overtuiging de werknemer "in staat [te] stellen zijn financiële verplichtingen en levensstijl geleidelijk aan te passen aan de nieuw ontstane situatie". Een redelijke periode ter aanpassing aan de gewijzigde situatie (van werkloosheid) kan naar het oordeel van de kantonrechter worden gesteld op 20% van de diensttijd. De vergoeding die de kantonrechter dan aan de werknemer toekent is een gekapitaliseerde suppletie op de WW-uitkering die de werknemer gedurende deze periode zal verwerven. Het bedrag van deze gekapitaliseerde suppletie is beduidend minder dan de werknemer ontvangen zou hebben bij toepassing van de kantonrechtersformule.

3.2.3 *Kritiek op de kantonrechtersformule*

Hoewel de arbeidsrechtpraktijk de kantonrechtersformule omarmt, is er ook kritiek. Met name op de ongelijkheid tussen de verschillende ontslagroutes ten aanzien van toegekende vergoedingen.[60] Bij opzegging met

57 G.J.J. Heerma van Voss, Ontbinding en kennelijk onredelijke opzegging, p. 65-78, in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud. Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!*, Geschriften VvA 35, Deventer: 2005, p. 72.

58 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596 (Van de Grijp/Stam). Zie over deze geschiedenis bijv. de noot van Verhulp bij Hof Arnhem 21 juli 2009, *JAR* 2009/197.

59 Zie Ktr. Helmond 31 augustus 2006, *JAR* 2007/9 en Ktr. Helmond 3 april 2007, *RAR* 2007/166.

60 Zie bijv.: R. Knegt, 'Ontslagvergoedingen in een duaal ontslagstelsel', *SR* 2006/59.

vergunning hoort immers geen vergoeding, net als bij een einde van rechtswege, terwijl een ontbinding wel vaak in een vergoeding resulteert.

Daarnaast is er kritiek op de hoogte van de kantonrechtersformule. Maar liefst 90% van de werkgevers laat weten dat het stelsel van ontslagvergoedingen gewijzigd moet worden, waarvan meer dan de helft opteert voor een maximering van de vergoeding.[61] Hoe hoog is deze vergoeding dan? Uit de statistiek ontbindingsvergoedingen over 2006 blijkt een gemiddelde van 1,43 maandsalarissen per dienstjaar.[62] In 2005 was dit gemiddelde nog hoger: 1,55 maandsalarissen per dienstjaar. Daarbij krijgt de "neutrale" kantonrechtersformule (met correctiefactor C=1) rond 2006 steeds meer het karakter van een uitgangspunt of zelfs een recht, ook in schikkingsonderhandelingen.[63] Als noch de werkgever, noch de werknemer een verwijt kan worden gemaakt, kan de werknemer dus vaak rekenen op een vergoeding van (ruim) een maandsalaris per dienstjaar (hoe ouder de werknemer, des te hoger). Ook een enkele kantonrechter verzet zich tegen de automatische toepassing van de neutrale kantonrechtersformule door sommige vakgenoten: "De arbeidsovereenkomst heeft niet als geïntegreerd onderdeel een spaarzegelkaart, die bij het einde van het dienstverband kan worden ingeleverd en waarbij voor elk zegeltje een maand salaris wordt uitgekeerd."[64]

Rond 2006 ontstaan verschillende initiatieven om tegemoet te komen aan kritiek op de ontslagpraktijk met zijn ongelijkheid en vaak hoge ontslagvergoedingen. De ene na de andere poging strandt echter in de politieke impasse waarin ook Balkenende en Bos zich bevinden. Zo wordt een SER-advies over de afschaffing van de preventieve ontslagtoets uitgesteld en vervolgens afgesteld door onenigheid tussen werkgevers- en werknemersorganisaties.[65] "Een etterend gezwel", noemt CNV-vice-voorzitter Van Splunder het ontslagdossier.[66]

61 Bureau Bartels, 'Eindrapport Onderzoek ontslagrecht ervaren door werkgevers', 9 juni 2006, p. 100.

62 C.J. Loonstra en P. Kruit, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 2006: de stabiliteit voorbij?', *ArbeidsRecht* 2007/27.

63 F. van der Hoek en M.V. Ulrici, 'Naar een nieuw ontslagstelsel of een nieuwe kantonrechtersformule?', *SMA* 2007/356.

64 Ktr. Enschede 22 juli 1999, *JAR* 1999/139.

65 G. Herdersche, 'Patstelling in de SER levert ontslagrecht uit aan politici', *De Volkskrant* 19 december 2006.

66 F. van Alphen, 'SER-advies later door onenigheid over ontslagrecht', *De Volkskrant* 29 april 2006.

In 2007 waagt minister Donner van SZW een poging met een voorstel op hoofdlijnen dat hij ter advisering voorlegt aan overlegorgaan voor sociale partners Stichting van de Arbeid (STAR).[67] Dit voorstel behelst onder meer een vaste ontslagvergoeding bij (onvrijwillige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder voorafgaande toestemming van een rechter of overheidsinstantie. De hoogte van deze vergoeding is een maandsalaris per dienstjaar (A * B), met een maximum van een jaarsalaris of € 75.000, indien dat hoger is. Hiermee neemt Donner nog verder afstand van het vereiste dat sprake moet zijn van een reden die ontbinding rechtvaardigt. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt tot een vergoeding, waarmee eventuele gebreken in het dossier automatisch worden gelijmd. Het voorstel wordt stilletjes afgevoerd na een volledig verdeeld advies van de STAR.[68] De hoogtijdagen van de kantonrechtersformule zijn nog niet voorbij.

3.2.4 Flex is koning

Waar de ontslagpraktijk zich steeds meer ontwikkelt van bescherming tegen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als zodanig naar een financiële bescherming in de vorm van een vergoeding op basis van de kantonrechtersformule, neemt het aantal flexibele arbeidsrelaties een ongekende vlucht. Deze toename is voor een belangrijk deel het gevolg van de in 1999 in werking getreden Wet flexibiliteit en zekerheid (Flexwet).[69] Door ondernemers meer mogelijkheden te geven werknemers op flexibele basis in te zetten, zouden ondernemingen worden ontlast en de vrije markteconomie worden versterkt. Dat zou dan weer leiden tot een verbetering van de werkgelegenheid.[70]

67 Brief houdende adviesaanvraag aan het bestuur van de Stichting van de Arbeid d.d. 3 juli 2007, kenmerk AV/IR/2007/23064.

68 STAR-advies: Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag 'Hoofdlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht', 30 augustus 2007 – publicatienr. 5/07. Ook de arbeidsrechtelijke literatuur oordeelt negatief over het voorstel van Donner, zie bijv.: G.J.J Heerma van Voss, 'Ontslagrecht volgens Donner', *SR* 2007/51 en E. Verhulp, 'Herziening ontslagrecht, het is nooit goed of het deugt niet', *SR* 2007/68.

69 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 108, nr. 1.

70 Zie hierover uitgebreid C.W.G. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, Deventer: Kluwer 2014, paragraaf 2.6.5.

Ook voor de werknemer kan een flexibele arbeidsrelatie aantrekkelijk zijn. Het stelt hem in staat werk en privé te combineren en zijn leven naar eigen inzicht in te richten. Bovendien zorgt een flexibel contract voor een laagdrempelige toegang tot de arbeidsmarkt. Aan deze flexibiliteit kleeft echter ook een keerzijde. Oproepkrachten, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, uitzendkrachten en zzp'ers missen namelijk de inkomens- en baanzekerheid die werknemers met een vast dienstverband wel hebben. Als er even geen werk is, roept de werkgever ze eenvoudigweg niet op of kan hij zonder al te veel moeite de relatie verbreken. Daarnaast is het voor flexibele arbeidskrachten bijvoorbeeld een stuk lastiger om een hypotheek te krijgen. In verband met deze keerzijde probeert de wetgever het gebruik van flexibele arbeidsrelaties te reguleren. Dit is begonnen met de Flexwet.

Met de Flexwet werd beoogd een nieuw evenwicht tot stand te brengen tussen partijen op de arbeidsmarkt waarbij flexibiliteit en zekerheid hand in hand zouden gaan en wel zodanig dat het proces van flexibilisering van de arbeid op een verantwoorde en evenwichtige wijze voor beide partijen zou verlopen.[71] Om die reden bevatte de Flexwet aan de ene kant een reeks maatregelen gericht op versterking van de positie van de flexkracht en aan de andere kant maatregelen ter verruiming van de flexmogelijkheden voor de werkgever. Tot de eerste categorie behoren de invoering van de rechtsvermoedens (art. 7:610a en 7:610b BW) en het recht op ten minste drie uur loon per oproep (art. 7:628a BW). Ook werd de loonrisicoverdeling driekwartdwingend recht (art. 7:628 lid 7 (oud) BW) en is de draaideurconstructie een halt toegeroepen door de leer van het opvolgend werkgeverschap (art. 7:668a lid 2 (oud) BW). Tot de tweede categorie behoort de extra ruimte die werd geboden voor een repeterend gebruik van tijdelijke contracten in de vorm van de zogenaamde ketenregeling

3.2.5 *Driemaal drie is scheepsrecht*

Het vlaggenschip van de flexmaatregelen uit de Flexwet vormde de introductie van de ketenregeling in art. 7:668a BW. Voor 1999 kon nog maar één van rechtswege eindigende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden aangegaan met de werknemer.[72] In art. 7:668a BW is aan werkgevers de mogelijkheid gegeven gedurende een periode van 36 maanden, drie elkaar

71 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 1.
72 Art. 7A:1639f/668 lid 3 (oud) BW.

opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan. De gedachte achter deze rigoureuze uitbreiding was dat de flexibiliteit bij de inzet van arbeid erbij gebaat zou zijn als contracten voor bepaalde tijd vaker zouden kunnen worden voortgezet en toch van rechtswege zouden aflopen.[73] Werkgevers raakten snel gewend aan de ketenregeling en in 2006 is al nauwelijks meer voor te stellen dat zij het tot 1999 zonder deze regeling moesten doen. Voor werknemers komt de ketenregeling vaak als een onaangename verrassing op het moment dat hun contract twee keer verlengd is geweest en zij, soms na jaren werkzaam te zijn geweest voor de werkgever, van de ene op de andere dag (tijdelijk) op straat staan omdat de werkgever (nog) niet aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wil.

De ketenregeling is driekwartdwingend recht en hiervan kan op grond van art. 7:668a lid 5 BW (zoals dat gold in 2006) bij cao onbeperkt worden afgeweken ten nadele van de werknemer. Uit een door Smits en Van den Ameele uitgevoerd onderzoek naar de wijze waarop in de cao's van 2006 gebruik is gemaakt van de mogelijkheid af te wijken van driekwartdwingend recht, blijkt dat van alle driekwartdwingend rechtelijke bepalingen in titel 10 Boek 7 BW de ketenbepaling het vaakst is aangepast in cao's. In 43% van de cao's is een aanpassing van de ketenregeling opgenomen of is deze geheel buiten werking gesteld voor alle of een bepaalde groep werknemers.[74] In de cao's komen zowel inperkingen als uitbreidingen van de ketenregeling voor. Zo is in dertien cao's een kleiner maximaal aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten overeengekomen en in 12 cao's juist een groter of onbeperkt aantal. In 25 cao's is de periode van 36 maanden verkort naar één of twee jaar en in dertien cao's is die periode juist verlengd tot vijf of zes jaar of onbeperkt.

3.2.6 Bepaalde tijd wordt steeds minder vaak onbepaalde tijd

In 2006 neemt het percentage werkgevers dat na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaat met de werknemer toe tot 58%. Overigens gebeurde dit in 2001, twee jaar na de invoering van de ketenregeling, al in 44% van de gevallen. Aan de andere kant daalt het percentage werknemers

73 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 8.

74 W. Smits en A. van den Ameele, *De Wet Flexibiliteit en zekerheid: een onderzoek naar de ¾ bepalingen in de cao's van 2006*, Den Haag: Ministerie van SZW februari 2007, p. 4.

dat na afloop van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor onbepaalde tijd in dienst komt bij de werkgever naar 14% waar dit percentage in 2001 nog 25% was.[75] Constructies waarbij dezelfde werknemer via een tijdelijk contract met een uitzendbureau wordt ingeschakeld of waarbij een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt uitgesteld komen steeds minder voor. Knegt e.a. merken hierover op dat werkgevers in 2006 een gematigder houding innemen ten opzichte van het in dienst houden van flexwerkers. Zij schrijven dit enerzijds toe aan het gunstige economische klimaat en anderzijds aan de mogelijkheden die de ketenregeling zelf biedt om flexibel om te gaan met de inzet van de werknemer.[76] Schaduwzijde hiervan is wel dat de nadelige effecten van de ketenregeling voor werknemers zullen toenemen in economisch slechtere tijden. In 2006 wijst echter niets op slechtere tijden. De economie groeit met 3% en het werkloosheidspercentage staat op 5,5%.[77]

3.2.7 *Uitzending: heel veel fase A, een klein beetje fase B en nog minder fase C*

Uitzendbureaus maken in 2006 al ten volle gebruik van de extra vrijheid die zij bij de inwerkingtreding van de Flexwet in art. 7:691 BW kregen bij het aangaan en verbreken van de arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht. De regering en sociale partners meenden destijds dat deze extra vrijheid van partijen bij de uitzendovereenkomst moest worden begrensd tot een periode van 26 weken omdat deze voor de werknemer, wat zijn arbeid en inkomen betrof, een onzekere factor vormde.[78] Art. 7:691 BW is echter van driekwartdwingend recht en in de gedurende heel 2006 algemeen verbindend verklaarde ABU-cao is die periode van 26 weken verlengd naar 78 weken. Als de arbeidsovereenkomst met de uitzendkracht na die 78 weken – fase A – wordt voortgezet, wordt de uitzendwerknemer werkzaam in fase B van de ABU-cao. In fase B betekent einde opdracht niet meer einde arbeidsovereenkomst, maar kunnen met de uitzendkracht, in afwijking van art. 7:668a BW, gedurende een periode van twee jaar, acht arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan. In de daaropvolgende fase

75 Zie R. Knegt, D.J. Klein Hesselink, H. Houwing en P. Brouwer, Tweede evaluatie *Wet flexibiliteit en zekerheid*, HSI/TNO maart 2007, p. 50.

76 R. Knegt, D.J. Klein Hesselink, H. Houwing en P. Brouwer, Tweede evaluatie *Wet flexibiliteit en zekerheid*, HSI/TNO maart 2007, p. 50.

77 De Nederlandse economie 2006, CBS september 2007.

78 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

C is de uitzendkracht voor onbepaalde tijd in dienst van het uitzendbureau. In 2007 heeft 90% van de uitzendkrachten een fase A-arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau, is 4% werkzaam in fase B en heeft minder dan 3% een fase C-contract.[79] Uitzendkrachten blijven langdurig werkzaam in fase A doordat opvolgende arbeidsovereenkomsten worden gesloten met verschillende uitzendwerkgevers en/of doordat periodes met werk worden afgewisseld door periodes zonder werk waarna de uitzendkracht weer aan het begin van fase A werkzaam wordt.[80] Zo houden uitzendbureaus hun personeelsbestand volledig flexibel en geldt voor het leeuwendeel van de uitzendkrachten: geen werk, geen loon.

3.2.8 Payrolling en de olievlekwerking van art. 7:690 BW

In september 2006 komt de Cao voor Medewerkers van Payroll Ondernemingen (payroll-cao) tot stand. Bij payrolling werft en selecteert de ondernemer (de opdrachtgever) de werknemer, daarna sluit het payrollbedrijf een arbeidscontract met de werknemer en stelt het payrollbedrijf de werknemer vervolgens exclusief en in beginsel langdurig ter beschikking aan de opdrachtgever. Ook komt voor dat de opdrachtgever zijn gehele personeelsbestand aan een payrollbedrijf overdraagt en het payrollbedrijf dit personeel vervolgens aan hem ter beschikking gaat stellen. Payrolling lijkt voor veel ondernemers het ei van Columbus. In de voorgaande jaren zijn er voor de werkgever bij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd steeds meer juridische en administratieve verplichtingen bijgekomen. De laatste verzwaring betrof de uitbreiding van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van 52 naar 104 weken in 2004. Met behulp van payrolling kunnen al deze aan het werkgeverschap verbonden juridische en administratieve verplichtingen en risico's door ondernemers voor een schappelijke prijs worden uitbesteed aan het payrollbedrijf. Daarnaast is het voor de opdrachtgever makkelijk reorganiseren met een gepayrolld personeelsbestand. Hij hoeft namelijk alleen maar de inleenopdracht met het payrollbedrijf te beëindigen. Het (toen nog) CWI beschouwt de enkele beëindiging van de inleenopdracht door de opdrachtgever als een bedrijfseconomische reden voor het ontslag van de werknemer door het payrollbedrijf. De ontslagvergunning wordt dan per kerende post verleend.

79 H. Vermeulen, S. Oomens, W. de Wit en J. Warmerdam, *Arbeidsmarkttransities van uitzendkrachten in de periode 2007-2010*, januari 2012, p. 5. De overige ruim 3% werkt volgens het ketensysteem of heeft een onbekende fase.

80 H. Vermeulen, S. Oomens, W. de Wit en J. Warmerdam, *Arbeidsmarkttransities van uitzendkrachten in de periode 2007-2010*, januari 2012, p. 12.

In de payroll-cao namen de Vereniging Payroll Ondernemingen (VPO) en de vakbonden op dat de payrollovereenkomst een "bijzondere vorm" is van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. Daarmee is dan meteen gegeven dat het payrollbedrijf als werkgever van de payrollwerknemer kwalificeert, aldus de payrollbranche. Gevolg is dat de payrollwerknemer voor de toepassing van titel 10 Boek 7 BW in dezelfde juridische positie verkeert als een uitzendkracht. Art. 7:690 BW fungeert immers als toegangspoort voor het in art. 7:691 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime bij uitzending. Vergeten lijkt dat de regering bij de totstandkoming van de bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst verschillende malen heeft medegedeeld dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Deze allocatiefunctie – het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid – die uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervullen, vormde de reden voor het opnemen van een bijzondere regeling voor de uitzendovereenkomst in titel 10 Boek 7 BW. De regeling zou volgens de regering ook van toepassing kunnen zijn op andere organisaties, zoals detacheerbedrijven en arbeidspools. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever ex art. 7:690 BW van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools was echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulden.[81] Dat deze allocatiefunctie bij payrolling ontbreekt en de werknemer als gevolg van de (aangenomen) arbeidsovereenkomst met het payrollbedrijf in een slechtere arbeidsrechtelijke positie komt te verkeren dan de werknemer die gewoon in dienst is van de ondernemer, wordt in 2006 nog niet als een probleem gezien door de vakbonden. Een verklaring hiervoor vormt wellicht dat payrolling vooral wordt aangeboden in sectoren als horeca en tuinbouw. Daar wordt vaker gebruikgemaakt van schimmige arbeidsconstructies. In 2006 menen de vakbonden dat een werknemer in deze sectoren beter af is met een payrollbedrijf als werkgever.

3.2.9 *Pro forma op volle toeren*

Deregulering en het voorkomen van administratieve lasten staan in 2006 hoog op de agenda en zo komt ook de zogenaamde pro-formapraktijk onder het vergrootglas te liggen. Tot dat moment is voor het verkrijgen van een WW-uitkering noodzakelijk dat werknemer inhoudelijk verweer tegen een ontslagvoornemen voert als dat succesvol kan zijn. Het Beluit verweer

81 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16. Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. B, p. 12

tegen ontslag uit 1997 van het LISV bepaalde dat verwijtbare werkloosheid in beginsel enkel kon worden voorkomen indien de werknemer inhoudelijk verweer voerde tegen zijn ontslag.[82]

De opdracht van het LISV aan de toenmalige bedrijfsverenigingen is in 2002 overgenomen door het UWV en gold zowel voor de ontbindingsprocedure als de toestemmingsprocedure via het CWI.

In 2006 bestaan twee routes waarlangs een niet-verwijtbaar ontslag met medewerking van de werknemer kan worden bewerkstelligd. De eerste is de pro-formaverzoekschriftprocedure bij de kantonrechter. Hierbij wordt door de werkgever en de werknemer overeenstemming bereikt over een beëindiging met wederzijds goedvinden die wordt gevolgd door een ontbinding. Bij deze afspraken worden ook al verzoek- en verweerschrift uitgewisseld en wederzijds geaccordeerd. Om een verwijtbare werkloosheid te voorkomen wendt de werkgever zich vervolgens tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van de met de werknemer reeds overeengekomen vergoeding. Voor de CWI-procedure bestaat een uitzondering in de vorm van de verkorte procedure. Ook hier komen de werkgever en de werknemer (meestal in lijn met een geldend sociaal plan) eerst samen tot overeenstemming over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. En ook hier wendt de werkgever zich vervolgens als sluitstuk van de beëindigingsafspraken tot een derde: het CWI. Door de werknemer is een verklaring van geen bezwaar ingevuld en ondertekend. Daarin ziet de werknemer af van het voeren van verweer tegen de gevraagde ontslagvergunning.[83] Het CWI toetst wel inhoudelijk de ontslagaanvraag, maar in de regel leidt dit niet tot een afwijzing, maar juist tot een snelle verstrekking van de ontslagvergunning. Bij de pro-formaontbindingsprocedure vindt soms nog wel een mondelinge behandeling plaats, veelal op verzoek van partijen, maar ook dan is slechts sprake van een zogenaamde vijf-minutenzitting.

82 Besluit verweer tegen ontslag, Landelijk instituut sociale verzekeringen, 19 november 1997, *Stcrt.* 1997, nr. 229, p. 9.

83 Besluit Werknemersverklaring van geen bezwaar, besluit van de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen van 21 februari 2006, CWI 2006/005, *Stcrt.* 1 maart 2006, nr. 43, p. 29.

3.2.10 *Einde onnodig papier schuiven*

In oktober 2006 komt een einde aan de hiervoor beschreven schone schijn van het papierschuiven. De wetgever grijpt in en schrapt de centrale reden voor het ontstaan van de pro-formapraktijk. Een ontslag op initiatief van de werkgever leidt vanaf dat moment alleen nog tot verwijtbare werkloosheid in de zin van art. 24 lid 2 onder a WW als sprake is van een dringende reden, waarvan de werknemer een verwijt kan worden gemaakt of wanneer het initiatief voor het ontslag aan de kant van de werknemer ligt.[84] Hierbij zijn door het UWV twee beleidsregels gemaakt, waarin de nieuwe toetsing wordt toegelicht.[85] De verkorte CWI-procedure wordt per 1 januari 2007 afgeschaft.[86] Van 2006 tot 2008 daalt het totale aantal pro-formazaken van 46.000 naar 17.000.[87] Het afschaffen van de verkorte procedure draagt daaraan in belangrijke mate bij. Dit betekent niet alleen minder administratieve lasten en kosten voor werkgevers, maar mede als gevolg daarvan ook een verdere versoepeling van de arbeidsmarkt.

De gevolgen voor de ontslagpraktijk zijn ingrijpend: het is niet langer nodig om een formele ontslagprocedure te volgen uitsluitend gericht op het veiligstellen van de WW-rechten van de werknemer. Het recht op WW van de werknemer kan reeds worden veiliggesteld als de werkgever en de werknemer enkele simpele spelregels in acht nemen. Een redelijke grond voor ontslag hoeft niet aanwezig te zijn. Als beide partijen in onderling overleg willen komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst (met wederzijds goedvinden en dus zonder een ontslagprocedure) en bereid zijn hierbij voor de vorm op te nemen dat het initiatief niet van de werknemer uitging en ook geen sprake was van een dringende reden, dan kan dat ook.

---

84 Een beëindiging op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voorzetting zodanige bezwaren zijn verbonden dat voortzetting redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd bleef leiden tot verwijtbare werkloosheid (de b-grond).

85 Beleidsregels toepassing art. 16 lid 3 en 24 lid 5 WW 2006, besluit van de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen van 26 september 2006, *Stcrt.* 29 september 2006, nr. 190, p. 28. Beleidsregels toepassing art. 24 en 27 WW 2006, besluit van de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen van 26 september 2006, *Stcrt.* 29 september 2006, nr. 190, p. 32.

86 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 6 december 2006, Directie AV, nr. AV/IR/2006/96505, tot wijziging van het Ontslagbesluit in verband met het vervallen van de zogenaamde verkorte procedure, *Stcrt.* 14 december 2006, nr. 243, p. 11 (Vervallen verkorte procedure vanwege beperking toets verwijtbare werkloosheid art. 24 WW).

87 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 222.

Bij het ontslag van een zieke werknemer blijft de pro-formapraktijk nog wel bestaan. In tegenstelling tot het criterium voor verwijtbare werkloosheid in de WW, blijft het criterium voor de benadelingshandeling in de ZW ongewijzigd.[88] Daarnaast worden nog pro-formaprocedures gevoerd ter verkrijging van een executoriale titel en in het kader van de "kortingsmaand". Die kortingsmaand komt erop neer dat wanneer een pro-formaprocedure wordt gevoerd (in plaats van enkel een vaststellingsovereenkomst te ondertekenen), door het UWV één maand in mindering wordt gebracht op de voor de werknemer geldende fictieve opzegtermijn.[89] Dit kan dus een maand loondoorbetaling voor de werkgever schelen omdat de werknemer een maand eerder in aanmerking komt voor WW.[90]

3.2.11 Geen redelijke grond voor ontslag toch WW

Omdat in de praktijk enige koudwatervrees bestaat bij het "slechts" overeenkomen van een vaststellingovereenkomst, geven het UWV en het CWI actief voorlichting. Zij komen zelfs met een model voor een vaststelling- of beëindigingsovereenkomst. De spelregels zijn eenvoudig: de werknemer komt in aanmerking voor een WW-uitkering zolang het initiatief voor het ontslag ligt bij werkgever, de opzegtermijn in acht wordt genomen en werknemer niet ziek is bij ondertekening. Een werknemer mag afzien van een succesvol verweer, bijvoorbeeld als hij op basis van afspiegeling niet voor ontslag in aanmerking komt. In dat laatste geval wordt dus ook een indeplaatsstelling mogelijk. Dat wil zeggen dat een werknemer die op grond van het afspiegelingsbeginsel nog niet voor ontslag in aanmerking komt, zich in de plaats kan stellen van een wel voor ontslag in aanmerking komende werknemer. De arbeidsplaats zou sowieso vervallen en het initiatief is uiteindelijk toch van werkgever afkomstig, zo wordt geredeneerd. Tot 1 maart 2006 werd bij een bedrijfseconomisch ontslag nog niet verplicht afgespiegeld, maar geselecteerd op basis van het lifo-beginsel (last in, first out). Dat lifo-beginsel werd verlaten omdat het ten koste zou gaan van de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en de diversiteit van het personeelsbestand.[91]

88 Art. 45 lid 7 ZW.

89 Zie art. 16 lid 3 WW zoals dit tot 1 januari 2013 luidde.

90 De kortingsmaand is uiteindelijk pas afgeschaft bij Wet van 20 december 2012 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de vereenvoudiging van de uitvoering van deze wetten door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (*Kamerstukken* 33 327).

91 Motie-Verburg c.s. van 10 december 2003, aanvaard op 18 december 2003, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XV, nr. 48.

3.2.12 *De werknemer: met een appeltje voor de dorst naar een nieuwe baan*

Wat betekent dit alles voor directeur Inkoop Jelte de Vries uit het vorige deel? Na de Elfstedentocht in 1997 met onderkoelingsverschijnselen te hebben uitgereden is hij af en aan periodes ziek geweest. Langzamerhand is werkgever Lodewijk Voordewind ook ontevreden geworden over het functioneren van Jelte. Mede door de vele door arbeidsongeschiktheid onderbroken werkperiodes is er geen lijvig ontslagdossier opgebouwd, al zijn wel voorbeelden aan te dragen van niet-gehaalde deadlines. Daarover is ook regelmatig gesproken. Jelte zelf heeft het ook niet meer zo naar zijn zin bij Lodewijk en kijkt uit naar een andere, minder veeleisende functie elders. Toch verzet hij zich op advies van zijn advocaat tegen een beëindiging met wederzijds goedvinden. Als Lodewijk naar de kantonrechter moet, zal hij toch zeker "C=1,5" kwijt zijn, zo rekent de advocaat voor, terwijl de A-factor gezien de lange arbeidsduur en de inmiddels gevorderde leeftijd van Jelte hoog zal uitvallen. Daarbij ontving Jelte een vaste bonus die in de B-factor zal moeten worden meegenomen. Lodewijk is de vele periodes van loondoorbetaling tijdens ziekte en het matige functioneren daartussenin zat en besluit aan de eisen van Jelte tegemoet te komen. Partijen komen eind 2006 tot een regeling waarbij aan Jelte een beëindigingsvergoeding op basis van een kantonrechtersformule met een C=1.25 wordt betaald door Lodewijk. Zij leggen één en ander vast in een beëindigingsovereenkomst en spreken daarin ook af dat nog een pro-formaprocedure zal worden gevoerd. Hoewel Jelte op dat moment niet ziek is, kan het volgens de advocaat van Jelte voor zijn recht op (sociale) zekerheid geen kwaad om toch ook nog een formele procedure bij de kantonrechter te voeren. Jelte vindt het allemaal best. Lodewijk betaalt de kosten van de pro-formaprocedure en vergoedt de declaratie van zijn advocaat. Hij kan met een WW-uitkering en met een goed gevulde bankrekening op zoek naar een nieuwe baan. Dat zal niet lang duren; er zijn genoeg vacatures. Wat hij netto overhoudt van die ontslagvergoeding valt hem wel wat tegen. Had hij die dan toch niet beter kunnen onderbrengen in een stamrecht-BV?

3.3 Schoorvoetend op weg in het nieuwe recht (2016)[92]

3.3.1 Inleiding

Het vorige decennium, waarin men al goed gewend was geraakt aan de Flexwet, begon mooi toen de eigenzinnige kantonrechter in Utrecht tegen de gangbare rechtspraak[93] in John Roest de bescherming gaf van de Europese richtlijn over de overgang van onderneming, al duurde het nog bijna tien jaar voordat bleek dat dit oordeel ook echt klopte.[94] Zonder eigenzinnigheid geen rechtsontwikkeling! Maar verder bleef het allemaal een beetje voortkabbelen, al gooide bijvoorbeeld het Stoof/Mammoet-arrest een flinke steen in de vijver als het gaat om de vraag wanneer een werknemer na veranderingen op het werk een redelijk voorstel van zijn werkgever moet accepteren.[95] Ook de uitleg van het opvolgende werkgeverschap uit het oude art. 7:668a lid 2 BW, analoog aan die bij de proeftijd, in Van Tuinen/Taxicentrale Wolters viel op,[96] al was de vreugde hier van korte duur, omdat de Wet werk en zekerheid (Wwz) in het nieuwe wetsartikel al opvolging aanneemt "ongeacht of (bij de opvolger) inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer".

De relatieve rust werd op 29 oktober 2012 wreed verstoord door het kabinet Rutte II, dat het ontslagrecht in het regeerakkoord 'Bruggen slaan' op de korrel nam: alle ontslagen moesten via het UWV, terwijl ontbinding via de kantonrechter alleen nog mocht als er een opzegverbod gold óf er geen tussentijds opzeggingsbeding in een tijdelijke arbeidsovereenkomst zat.[97] De

92 Paragraaf 3.3 is geschreven door Frank Dekker (advocaat bij BarentsKrans in Den Haag), Anita van Empel (Legal manager Arbeidszaken bij ABN AMRO Bank) en Rolf Hansma (Universiteit Leiden).

93 Vgl. de voorzieningenrechter in dezelfde zaak Vzr. Rb. 's-Gravenhage 18 maart 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AS7198, *JAR* 2005/63.

94 Ktr. Utrecht 15 maart 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AV8231, *JAR* 2006/80; Hof Amsterdam 29 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008: BE9756, *JAR* 2008/218; Hof Amsterdam 30 juni 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ3475, *JAR* 2009/195; HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298; Hof Amsterdam 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU1290, *JAR* 2011/292; HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JAR* 2013/125 en Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1621, *JAR* 2015/187.

95 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847, *JAR* 2008/204.

96 HR 10 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, *JAR* 2012/150.

97 Dit regeerakkoord, geschreven tijdens de zwaarste financiële crisis sinds tijden, bevatte nog meer belangwekkende beleidsvoornemens, zoals het verbod op wilde dieren in circussen.

UWV-beslissing kon men door de rechter laten toetsen, maar dat was het dan ook. De ontslagvergoeding ging naar een half maandsalaris per dienstjaar met een maximum van € 75.000, terwijl er bij een bedrijfseconomisch ontslag ook nog een transitiebudget betaald moest worden van een kwart maandsalaris per dienstjaar met een maximum van vier maandsalarissen.

Een halfjaar later werd deze passage uit het regeerakkoord herschreven door het Sociaal Akkoord: het kabinet kon daarna gerust naar Brussel afreizen met een (overigens bij cao te repareren) verkorting van de WW (overigens pas in 2020), de werkgevers kregen flink lagere ontslagvergoedingen te betalen en revitaliseerden de FNV als gesprekspartner, en de vakbonden beperkten de "doorgeschoten flex" en konden zichzelf weer vertonen.[98]

Het Sociaal Akkoord dicteerde de tekst van het wetsontwerp Werk en zekerheid, net zoals de politieke situatie van het kabinet dat deed met de snelheid van de parlementaire behandeling daarvan. Het ontwerp werd op 29 november 2013 ingediend, tweeënhalve maand later besproken in de Tweede Kamer, waar het vrijwel ongewijzigd werd aangenomen op 18 februari 2014. Nog dezelfde dag werd het aan de senaat gestuurd, die bijna vier maanden daarna het wetsontwerp aannam, waarna het op 24 juni 2014 in het *Staatsblad* kon verschijnen, nog geen zeven maanden na indiening.[99] Daarmee vergeleken was de parlementaire behandeling van de eerdere Flexwet (waarin ook nog eens minder zaken op de schop werden genomen) van zo'n vijftien maanden nog heilig. Keulaerds verklaart deze dadendrang uit de wankele positie van het kabinet, of zoals hij gehoord had dat minister Asscher nogal plastisch gezegd zou hebben: "Het raam stond op een kier, daar moest de Wwz snel doorheen voordat het dicht zou vallen."[100] Dat haastige spoed zelden goed is, blijkt ook wel uit het feit dat nog geen maand na de publicatie van de Wwz al herstelwetgeving werd ingediend, de zogenaamde Verzamelwet SZW 2015,[101] (overigens gevolgd door twee nota's van verbetering en vijf nota's van wijziging), later nog weer

98 Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, Den Haag: STAR 11 april 2013.
99 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.
100 J. Hoefnagels, 'De Wwz is erdoorheen gejast', *Advocatenblad* 2014/12, p. 26.
101 Wet van 26 november 2014, *Stb.* 2014, 504.

gevolgd door de Verzamelwet SZW 2016.[102] Dit alles nog even los van de Wet aanpak schijnconstructies[103] en de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd.[104]

Werd tijdens de parlementaire behandeling van de Flexwet nog een beetje naar de rechtspraktijk geluisterd,[105] bij de Wwz was die bereidheid niet meer waarneembaar.[106] En dat schrijnt natuurlijk.[107] Kennelijk heeft men niet slim kunnen lobbyen. Of moeten we op dit gebied de sociale partners maar gewoon als dominant erkennen. Als ze verdeeld zijn en daarom de politiek niet prikkelen tot verandering, heerst er doodse stilte (het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 is zo zeventig jaar de afschaffingsdans ontsprongen). Maar als ze het eens zijn en het dan op de heupen krijgen, is er ook geen kruid meer tegen gewassen, hoe groot de verandering ook is. De rechtspraktijk zou daarom moeten investeren in een open relatie met de politiek, maar vooral met die sociale partners om niet weer overvallen te worden.

Voor 2016 hebben we ons in dit vierluik gericht op een trio dat in de politieke belangstelling staat: de ontwikkeling van de gouden handdruk tot een wettelijke transitievergoeding, flexibele arbeidsrelaties en de zieke werknemer als zware last voor de werkgever.[108]

102 Wet van 25 november 2015, *Stb.* 2015, 464.
103 Wet van 4 juni 2015, *Stb.* 2015, 233.
104 Wet van 30 september 2015, *Stb.* 2015, 376.
105 Een flink deel van de 49 aanbevelingen van de werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, gepubliceerd in *SR* 1997, p. 196-234, werd overgenomen.
106 Ondanks themanummers in *TAP* 2014/1 en *TRA* 2014/3, en L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet Werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Geschriften VvA 41, Deventer: Kluwer 2014. Eigenlijk alleen de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) was een lastige luis in de pels, al was uiteindelijk het nettoresultaat van alle inspanningen zeer beperkt.
107 Vgl. B. Barentsen en R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder', *TRA* 2015/8/9, 67.
108 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 351, nr. 1.

3.3.2 *Van gouden handdruk tot transitievergoeding*

Kantonrechtersformule

Ten opzichte van het UWV (en de voorgangers GAB, RDA en CWI) was de ontbindingsrechter een razend populaire popster geworden. Al zakte de kaartverkoop wel in toen een WW-wijziging een einde aan de pro-forma-praktijk maakte.[109] De grote(re) werkgevers gaven de voorkeur aan een snelle ontbinding (waarna de organisatie zich weer kon herpakken) en (ver-) stopten de ontslagvergoedingen gewoon in de loonkosten, terwijl het midden- en kleinbedrijf koos voor de gratis ontslagadviseur (het UWV), die de echt onredelijke ontslagen voorkwam door een vergunning te weigeren, en de opzegging zonder vergoeding. Langzamerhand ontstond zo wel een moeilijk uit te leggen tweedeling in het ontslagrecht. Maar er was nog een nadeel: de kantonrechters, die met een schuin oog de vele pro-formaontbindingen (hadden) bekeken, gingen denken dat die prijs voor ontslag kennelijk normaal was. Met later de kantonrechtersformule als resultaat. Of die formule nu wel zo legitiem was, kon worden betwijfeld. De wetgever verplichtte immers in het oude art. 7:685 lid 8 BW helemaal niet tot een vergoeding bij iedere ontbinding, terwijl de opstelling van de kantonrechters, ook wel omschreven als een "groep eigenwijze, wat mysterieuze lui met van die puntmutsen"[110] daar in de praktijk wel op neerkwam. De ontslagvergoeding werd overigens (behoudens immateriële schade) gemaximeerd op de voorziene inkomensderving tot aan pensioen.

De kantonrechtersformule[111] democratiseerde de "gouden handdruk"; van hoog tot laag meende men daar recht op te hebben. Dat leidde er in een gespannen arbeidsmarkt toe dat de vergoeding niet gebruikt hoefde te worden voor het overbruggen van de tijd in between jobs, maar gewoon een onverwachte financiële meevaller was, die lekker geconsumeerd kon worden. Dat stak niet alleen de werkgevers, maar ook de achterblijvende collega's. Uiteindelijk is per 2009 de kantonrechtersformule herzien,[112]

109 Beleidsregels toepassing art. 24 en 27 WW 2006, *Stcrt.* 2006, 190.

110 Wat stellig ontkend werd door een Amsterdamse kantonrechter: M.V. Ulrici, 'Wat die vreemde mannen met puntmutsen allemaal bedenken', *NJB* 2009, p. 234.

111 Een beetje een wiskundig opgetuigde doelredenering, wat in Ktr. Enschede 1 juli 1999, ECLI:NL:KTGENS:1999:AG2529, *JAR* 1999/124 ook wel wordt toegegeven: "De correctiefactor (C) wordt vastgesteld op 1,4725371 of, anders gezegd: de kantonrechter acht een vergoeding van f 400.000 billijk."

112 *ArbeidsRecht* 2008/61.

waardoor (door een minder zwaarwegende A-factor) de vergoeding met ongeveer een derde werd verlaagd, overigens toen de kredietcrisis met zijn gevolgen voor de werkloosheid al in alle hevigheid was losgebarsten. De maximering van de ontbindingsvergoeding tot aan pensioen bleef in stand, omdat een voorstel om de vergoeding te beperken tot een jaarsalaris of een vast bedrag het niet haalde.[113]

Wwz

Dat de ontbindingsprocedure eigenlijk steeds tot een ontslagvergoeding leidde, voelde niet goed voor werknemers die via de UWV-route waren ontslagen, want zij kregen niets of nauwelijks iets. De 681-procedure was weinig populair, omdat de resultaten niet om over naar huis te schrijven waren: ontslagen werden niet vaak kennelijk onredelijk gevonden en de wél toegekende vergoedingen waren fors lager dan de ontbindingsvergoeding.[114] Dat de rechters in zo'n 681-procedure de kantonrechtersformule analoog toepasten (vanuit rechtseenheid weinig fraai nam het Hof 's-Gravenhage het initiatief met 70% van die formule, terwijl de andere hoven enige tijd later met hun XYZ-formule 50% hanteerden) leek niet onlogisch, maar de Hoge Raad maakte daar korte metten mee: de vergoeding uit 681 was geen vergoeding naar billijkheid, maar een schadevergoeding, die vastgesteld moest worden op basis van de individuele omstandigheden van het geval.[115] In de praktijk droogde daarna de 681-weg nog verder op, waardoor het financiële verschil tussen de ontbindings- en UWV-route alleen maar opvallender werd.

In 2015 heeft de Wwz een aantal vliegen in één klap geslagen: er kwam voor iedereen, die minstens twee jaar werkte, een ontslagvergoeding (transitievergoeding genoemd), al werd die wel verder verlaagd tot voor de eerste tien dienstjaren een derde maandsalaris per jaar met daarna een half maandsalaris per jaar. Voor ouderen, die werken bij grote werkgevers, wordt in

113 Ulrici 2009, p. 235.

114 Uit de jaarlijkse 'Statistiek ontbindingsvergoedingen' in *ArbeidsRecht* (over gepubliceerde uitspraken) volgt dat dit vaak een derde of zelfs de helft minder was. Panteia, *Ontslagkosten van werkgevers in 2012*, Zoetermeer: Panteia 2013, p. 45-46 noemt een gemiddelde ontbindingsvergoeding van € 34.859 en stelt dat maar 6% van de werknemers na ontslag een procedure begint, wat gemiddeld € 853 oplevert.

115 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, *JAR* 2009/305 (over de Haagse formule) en HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, *JAR* 2010/72 (over de XYZ-formule).

art. 7:673a BW nog tot 2020 met een hogere opbouw gerekend. Art. 7:673d BW helpt kleine werkgevers die moeten reorganiseren nog tijdelijk uit de brand door de vergoeding te berekenen vanaf 1 mei 2013, zo'n beetje de datum waarop het Sociaal Akkoord was gesloten en werkgevers konden weten dat er een wettelijke vergoeding aankwam, zodat ze daarvoor dienden te reserveren. De ontslagvergoeding werd zo gelegaliseerd, waarmee tevens het legitimiteitstekort (de wet zei iets anders, namelijk een vergoeding kán, terwijl de kantonrechtersformule in de praktijk neerkwam op iedereen krijgt) is opgelost. Op de tweede plaats verdwijnt het stekende onderscheid tussen de vergoeding uit een 681- of 685-procedure, waardoor overigens de ontslagkosten voor het midden- en kleinbedrijf zullen toenemen en die voor de grote(re) werkgevers (op termijn) waarschijnlijk zullen dalen. Voorts is de nieuwe ontslagvergoeding gemaximeerd op € 76.000[116] of een jaarsalaris als dat hoger is.[117] Door deze koele forfaitaire grenzen zou volgens een toch wat (te) optimistische minister een eenvoudiger, eerlijker en meer voorspelbaar ontslagrecht ontstaan met minder kosten bijvoorbeeld, omdat het beroep op de rechter zou (moeten) afnemen.[118] Zo wordt radicaal gekozen voor rechtszekerheid in plaats van rechtvaardigheid. En we moeten voorzichtig zijn, maar er lijkt inderdaad meer geschikt te worden, waarbij nieuwe formules schijnen te ontstaan, bijvoorbeeld voor hogere functies tien maandsalarissen (nodig voor dossieropbouw en het voeren van een procedure) vermenigvuldigd met de kans op succes, samen met de wettelijke transitievergoeding. Voor lagere functies wordt nogal eens naar het reorganisatiewapen gegrepen.

Naast de transitievergoeding (wat een beetje een politiek correcte benaming is, omdat de wetgever niet de eis aan de werknemer stelt om de vergoeding alleen te gebruiken voor een 'van werk naar werk'-traject), is ook nog een billijke vergoeding mogelijk, bijvoorbeeld als de werkgever zich "ernstig verwijtbaar" heeft gedragen, maar dat moet wel een uitzondering zijn. In de loop van 2015 zijn daar de eerste uitspraken van kantonrechters over verschenen, die laten zien dat de rechters zich wat betreft

116 Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 september 2015, *Stcrt.* 2015, 31852.

117 Zie over de merkwaardige totstandkoming van dit maximum R. Hansma, 'Even wennen: iedereen een loden gouden handdruk', in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet Werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Geschriften VvA 41, Deventer: Kluwer 2014, p. 130-132.

118 Vgl. S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslag*recht doen *in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2014.

de toekenning van die vergoeding terughoudend en wat betreft de hoogte gematigd opstellen. Ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever wordt niet te snel aangenomen. Daarentegen lijkt voor de werknemer, van wie de rechter oordeelt dat hij terecht op staande voet ontslagen is, in de regel tegelijkertijd het doek van de ernstige verwijtbaarheid te vallen, waardoor de aanspraak op de transitievergoeding verdampt en op de voet van art. 7:671b lid 8 onder b BW zonder opzegtermijn ontbonden kan worden. De hoogte van de door de rechter onder de Wwz aan de werknemer toegekende billijke vergoedingen is bescheiden, vaak enkele duizenden euro's.[119] De hoogte dient "naar haar aard" in relatie tot het ernstige verwijt te staan en niet tot de gevolgen voor de werknemer, want die zijn al verdisconteerd in de transitievergoeding. Zaken als de hoogte van het inkomen, lengte van het dienstverband[120] en arbeidsmarktpositie zijn daarom niet relevant. Aansluiting zoeken bij de vervallen kantonrechtersformule is daarmee (terecht) uit den boze,[121] net zoals het koppelen van die vergoeding aan (het dubbele van) de transitievergoeding.[122] Het lijkt ons goed de billijke vergoeding te reserveren voor een uitzonderlijke situatie en een en ander niet zo te laten evolueren dat de uitzondering de regel wordt (dan is voor die handvol zaken een formule ook helemaal niet nodig). Wel moet gezegd worden dat de hoogte van de billijke vergoeding nu weinig afschrikwekkend is, ja zelfs soms potsierlijk is. Tenslotte is die vergoeding ervoor bedoeld om het misselijke gedrag van de werkgever "te voorkomen".[123] Dat een werkgever, die eerder geen ontbinding kreeg wegens disfunctioneren, en aanstuurde op een verstoring van de verhoudingen, onder meer door een schorsing zonder loonbetaling, een vergoeding van € 40.000 moest betalen, lijkt dan niet zo

119 De vreemde eend in de bijt is Ktr. Dordrecht 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, *JAR* 2015/289, waarin een billijke vergoeding van € 50.000 wordt vastgesteld, met een motivering die veel doet denken aan hoe er vóór de Wwz ontbindingsvergoedingen werden bepaald.

120 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32-34 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 91.

121 Ktr. Enschede 27 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275, *AR-Updates*. 2015-1216.

122 Vgl. Ktr. 's-Hertogenbosch 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, *JAR* 2015/252 en Ktr. 's-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552, *JAR* 2015/268.

123 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 33. Op het Arbeidsjuridisch Congres van 27 november 2015 stelde de inleider Verhulp dat de billijke vergoeding "moest ontploffen in het gezicht van de werkgever" en dat hij het niet voor minder zou doen dan € 100.000. In week 46 kon op de VAAN-site gestemd worden over de stelling "De tot op heden toegekende 'billijke vergoedingen' zijn (veel) te laag en (te) weinig afschrikwekkend." 64% was het daarmee eens.

gek, "omdat anders het risico bestaat dat een relatief lage vergoeding voor lief wordt genomen, en in feite een vrijbrief vormt voor ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van de werkgever".[124]

Opvallend is nog dat de wetgever in de Wwz de (onbestreden) maximering van de vergoeding tot aan pensioen niet heeft gecodificeerd. Dat kan in de praktijk betekenen dat een bijna gepensioneerde niet meer wordt ontslagen, omdat dat ontslag zeker ook in relatie tot de inkomensderving te duur wordt. Het alternatief is dan maar samen door te modderen tot het pensioen, iets wat je een gewaardeerde oudere werknemer toch eigenlijk niet gunt. Wij hebben begrepen dat de minister deze codificatie moedwillig niet wenste om zo ouderen in de laatste fase van hun loopbaan een effectieve bescherming tegen ontslag te geven. Dat klopt misschien wel, maar fraai is anders!

3.3.3 *Strijd rond flexibele arbeid*

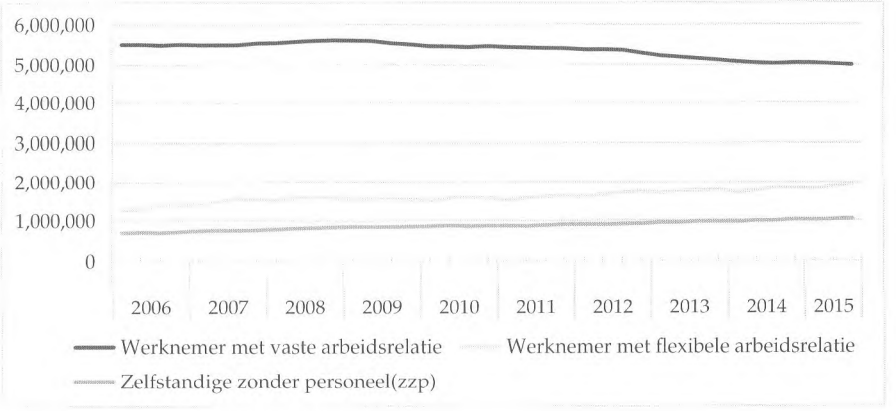
Ontwikkeling flexibele schil

Al jaren maken werkgevers steeds meer gebruik van flexibele arbeidsrelaties, relaties die afwijken van de nog altijd als standaard beschouwde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met vaste werktijden.[125] Uit cijfers van het CBS blijkt dat het aandeel flexibele arbeidsrelaties afgezet tegen de totale werkzame beroepsbevolking is gegroeid van 16% in het eerste kwartaal van 2006 naar 23% in het derde kwartaal van 2015. Het aandeel zzp'ers is in die tijd toegenomen van 9% naar 12%, terwijl de vaste dienstverbanden juist van 70% naar 60% zijn gedaald. In absolute zin is hetzelfde waarneembaar. In het derde kwartaal van 2015 waren er 1,95 miljoen werknemers met een flexibele arbeidsrelatie tegenover 1,25 miljoen in het eerste kwartaal van 2006, wat een stijging is van maar liefst 55%. Het aantal zzp'ers is toen van 700 duizend gegroeid naar ruim 1 miljoen, een stijging van 48%. De vaste dienstverbanden zijn daarentegen met 9% gedaald van 5,5 miljoen naar net onder de 5 miljoen. Figuur 1 geeft deze ontwikkeling grafisch weer.

124 Ktr. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, AR Updates 2015-1246.

125 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* (bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk), Deventer: Kluwer 2015, p. 20-21.

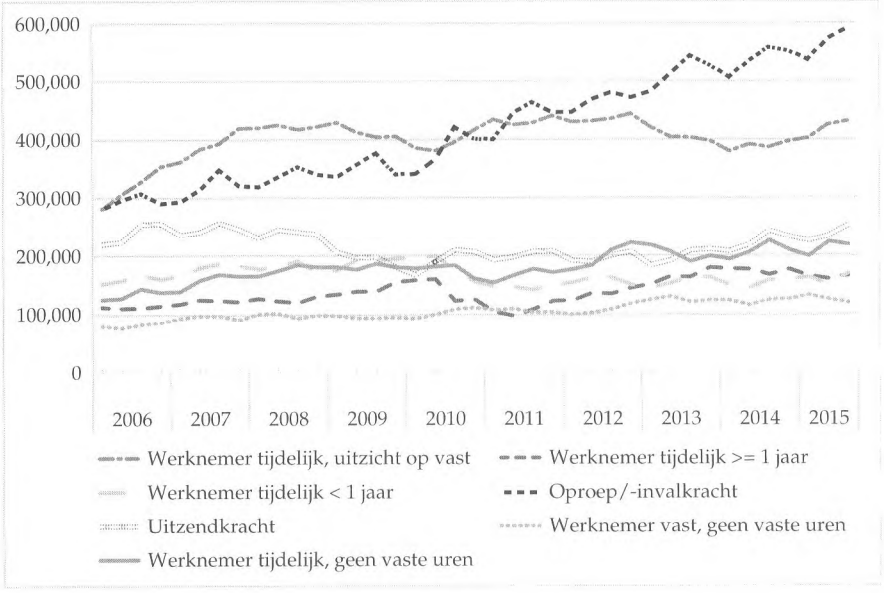
Figuur 1 Samenstelling werkzame beroepsbevolking 2006 (1e kwartaal)-2015 (3e kwartaal)



Bron: CBS Statline

Uit de gegevens van het CBS blijkt ook hoe de samenstelling van de flexibele schil in de periode van 2006 (1e kwartaal) tot en met 2015 (3e kwartaal) is veranderd: vrijwel alle flexibele arbeidsvormen zijn in aantal toegenomen, met name de oproepcontracten (+110%) en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zonder vast aantal uren (+73%). Figuur 2 geeft een en ander opnieuw grafisch weer.

Figuur 2 Samenstelling flexibele schil 2006 (1e kwartaal)-2015 (3e kwartaal)



Bron: CBS Statline

SEO heeft onderzoek gedaan naar de duur van het verblijf in de flexibele schil. De kans dat een werknemer met een tijdelijk contract langer dan drie jaar in de flexibele schil verblijft, was in 2010 30%, terwijl dat voor uitzendkrachten 37% was.[126] Uit onderzoek blijkt ook dat de kans op doorstroom naar een vaste baan in de periode van 2001 tot 2010 voor alle flexibele arbeidsvormen is afgenomen.[127]

Wwz

De regering maakte zich zorgen om deze trends, met name dat flexkrachten steeds vaker worden ingezet voor structureel werk, wat oneigenlijk gebruik is. Langdurig verblijf in de flexibele schil zou er ook toe leiden dat de werknemer de aansluiting op de arbeidsmarkt verliest en minder toegang heeft tot de woningmarkt en scholing. Daarom moet een lang verblijf

126 SEO, *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers* (SEO-rapport 2013-09), Amsterdam: 2013, p. 14.

127 R. Dekker, H. Houwing en L. Kösters, 'Doorstroom van flexwerkers', *ESB* 2012 (4628), p. 73.

in de flexibele schil zo veel mogelijk worden voorkomen.[128] Met de Wwz wilde de regering de balans tussen vast en flex herstellen, met name door het langdurig gebruik van flexwerkers te verminderen, waardoor ook de doorstroom naar een vaste baan wordt bevorderd.[129] Om dit te bereiken zijn verschillende wijzigingen doorgevoerd, bijvoorbeeld:

Loondoorbetalingsplicht
De mogelijkheid om van de loondoorbetalingsplicht af te wijken is nog verder beperkt. Waar de Flexwet art. 7:628 BW van semidwingend in driekwartdwingend recht veranderde, geldt sinds de Wwz als belangrijke extra voorwaarde dat het moet gaan om functies waarvan de daaraan verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben.

Ketenregeling
De ketenregeling is aangepakt door de maximumduur terug te brengen naar twee jaar, de tussenpoos waarbinnen contracten als opvolgend worden gezien te verlengen naar zes maanden (waarvan niet langer kan worden afgeweken) en de mogelijkheid om bij cao van art. 7:668a lid 1 BW af te wijken in te perken. Naast het feit dat een dergelijke afwijking nog slechts geclausuleerd is toegestaan (de hoofdregel van 3x2x6 mag hoogstens op 6x4x6 worden gesteld), geldt als extra voorwaarde dat uit de cao moet blijken dat de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist (wat weer niet geldt voor uitzendovereenkomsten). Zoals aangegeven in paragraaf 3.3.1 is ook de formulering van het opvolgend werkgeverschap nog verruimd, door niet langer te verlangen dat tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan dat het inzicht van de eerste werkgever in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.[130]

Payrolling
Voorts zijn maatregelen genomen om een relatief nieuwe vorm van flexibele arbeid, payrolling (waarbij de inlener, nadat hij de werknemer heeft gekozen, het juridische werkgeverschap geeft aan een apart payrollbedrijf en daarom vaak als een schijnconstructie wordt gezien), tegen te gaan. In de Ontslagregeling zijn voor payrolling namelijk voorschriften opgenomen, die

128 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 10.
129 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 4-5.
130 Dit lag in de oude ketenbepaling besloten: HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, *JAR* 2012/150.

de payrollwerknemer dezelfde ontslagbescherming geven als zijn collega's die echt bij de inlener in dienst zijn. Probleem is dat er dan wel sprake moet zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met het payrollbedrijf, maar dat ziet payrolling in de regel als uitzending in de zin van art. 7:690 BW, zodat met de payrollwerknemer nog (steeds) gedurende 5,5 jaar elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten. Deze kwalificatie is overigens problematisch, omdat de regering vindt dat dit alleen maar geldt als het bedrijf op de arbeidsmarkt een allocatiefunctie vervult door de vraag naar en het aanbod van (tijdelijke) arbeid bij elkaar brengen.[131] En payrollbedrijven doen dat niet. Het lijkt ook niet goed denkbaar dat het payrollbedrijf op grond van art. 7:610 BW als de werkgever van de payrollwerknemer kan worden beschouwd, omdat (ook hier) wezen voor schijn gaat[132] en de hele payrollconstructie nu net wordt opgezet omdat de inlener formeel niet, maar feitelijk wél de werkgever wil zijn van de door hem geworven en geselecteerde werknemers. In de lagere rechtspraak is daarom nogal eens geoordeeld dat niet het payrollbedrijf de werkgever van de werknemer is, maar de inlener.[133]

Maatregelen tegen flexibele arbeid nuttig?

Men kan zich afvragen of zulke maatregelen wel werken. In ieder geval strandt de poging om het langdurig gebruik van oproepcontracten tegen te gaan, omdat anders dan de regering veronderstelt, zulke contracten helemaal niet gebaseerd zijn op art. 7:628 BW. Het eerste lid van dat artikel geeft de werknemer namelijk alleen recht op loon als de "overeengekomen arbeid" niet is verricht, terwijl oproepcontracten zich nu juist kenmerken door geen (nulurencontracten) of slechts een beperkt aantal (min/max-contracten) uren te garanderen. De loondoorbetalingsplicht geldt alleen voor dat gegarandeerde deel.

131 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 33, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 16 en *Kamerstukken I* 1996/97, 25 263, nr. B, p. 12. De Hoge Raad komt dit jaar aan het woord.

132 Vgl. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1998:ZC2495, *NJ* 1998/149; HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444, *NJ* 2007/446 en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6231, *NJ* 2007/449.

133 Bijv. Ktr. Almelo 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, *JAR* 2013/95; Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, *JAR* 2013/144; Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749, *JAR* 2013/193; Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, *JAR* 2013/252; Ktr. Almelo 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, *JAR* 2014/95; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2340, *JAR* 2014/123 en Ktr. Assen 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, *JAR* 2015/142. Anders Ktr. Rotterdam 21 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ1299, *JAR* 2013/46 en Ktr. Amsterdam 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, *JAR* 2014/248.

Ook voor de ketenregeling is twijfelachtig of het door de regering beoogde doel zal worden bereikt. Uit het onderzoek van SEO blijkt dat onder de oude ketenregeling 49% van de tijdelijke krachten na drie jaar geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kreeg aangeboden. Waarom zou het verkorten van de ketenregeling daar verandering in brengen? Het lijkt eerder logisch dat deze werknemers voortaan al na twee in plaats van na drie jaar op straat komen te staan. Zo vertelden twee ondernemers in een uitzending van Nieuwsuur dat zij goed tussen de oren hebben dat ze sinds de Wwz werknemers een drietal contracten kunnen aanbieden, die samen net iets minder dan 24 maanden duren, waarna ze die werknemer niet in vaste dienst hoeven te nemen en ook geen transitievergoeding verschuldigd zijn.[134] Dit werd bevestigd in de Nieuwsuur-enquête onder de VAAN-leden, waarin 65% aangaf te merken dat werkgevers door de Wwz terughoudend zijn om mensen in vaste dienst te nemen.

De keuze voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd lijkt niet zozeer te zijn ingegeven door een behoefte aan flexibiliteit als wel door de angst voor een vast dienstverband. Uit onderzoek van CBS en TNO blijkt dat het vermijden van arbeidsrechtelijke risico's in drie op de tien gevallen voor de werkgever de reden is om voor zo'n tijdelijke arbeidsovereenkomst te kiezen.[135] De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt namelijk als te zwaar beladen beschouwd, wat bijvoorbeeld de opkomst van nieuwe constructies als payrolling verklaart. De regering heeft in de Wwz dan wel maatregelen genomen om payrolling minder aantrekkelijk te maken, maar werkgevers die het randje opzoeken, zullen daar ook wel weer een mouw aan weten te passen, door bijvoorbeeld te vluchten naar het fenomeen contracting.

Dit betekent dat het niet echt zinvol lijkt maatregelen tegen het gebruik van flexibele arbeidsrelaties te nemen, zolang niets wordt gedaan aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het is immers díe arbeidsovereenkomst waaraan werkgevers willen ontsnappen. Met het nieuwe ontslagrecht lijkt het vaste dienstverband evenwel alleen maar vaster te zijn geworden, waardoor het gat tussen flex en vast (anders dan de regering beoogt) juist is vergroot.

134 De uitzending en de resultaten van de enquête zijn te raadplegen op: http://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2074272-wet-werk-en-zekerheid-werkt-juist-averechts.html.

135 CBS & TNO, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: de focus op flexibilisering*, Den Haag 2015, p. 118-119.

Misschien moeten we maar gewoon (gaan) accepteren dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur met vaste werktijden niet langer de standaard is. De praktijk laat vele andere arbeidsrelaties zien en dat is misschien ook helemaal niet zo erg. Uit het onderzoek van CBS en TNO blijkt weliswaar dat de meeste werknemers noodgedwongen voor een flexcontract kiezen, maar in een niet onbelangrijk aantal gevallen is het ook een bewuste keuze. Zo geeft 39% van de werknemers aan voor een tijdelijk contract te hebben gekozen, omdat dit aansluit bij hun beschikbaarheid voor de arbeidsmarkt en hun persoonlijke motivatie. Voor zzp'ers geldt dat in nog sterkere mate (47%). Van de zpp'ers kiest 26% voor het ondernemerschap om de vrijheid die het geeft om zelf te kunnen beslissen hoe ze hun werk uitvoeren en hoe ze hun kennis en vaardigheden ontplooien.[136]

3.3.4 *Zieke werknemer: een haast niet (meer) te dragen last?*

Steeds meer betalen

Vroeger gold voor de werkgever een wettelijke verplichting om het loon van een zieke werknemer "voor eenen betrekkelijk korten tijd" door te betalen, in de regel maximaal zes weken.[137] Het opzegverbod tijdens ziekte en de preventieve ontslagtoets bestonden toen nog niet. Later gold in de Ziektewet (na twee dagen wachttijd) een verplichting om maximaal een halfjaar 80% van het loon door te betalen via een verzekering waarvoor werkgever en werknemer gelijkelijk de premie betaalden. Daarna volgde een constante stroom aan wetgeving (WAO, Wet terugdringing ziekteverzuim, Wulbz, Wet Verbetering Poortwachter, Wulbz 2, waardoor de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever van één naar twee jaar ging, WIA en Wet BeZaVa), die evenwel niet resulteerde in een flinke afname van het aantal arbeidsongeschikten. De teller staat medio 2015 op 812.000 arbeidsongeschikten.[138] Wel kan geconstateerd worden dat de wetgever de rekening van ziekteverzuim steeds nadrukkelijker bij de werkgever heeft neergelegd.

Waar loopt een werkgever met een zieke werknemer in 2016 tegenaan?

136 CBS & TNO 2015, p. 121.

137 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* (bewerkt door A.R. Houweling e.a.), Den Haag: BJu 2015, p. 979.

138 www.statline.cbs.nl, Sociale zekerheid; kerncijfers, uitkeringen naar uitkeringssoort. Vgl. Nederland is nog net zo 'ziek' als in 1990, *Het Financieel Dagblad*, 15 oktober 2015.

Hoge kosten, veel rompslomp

De werkgever moet op grond van art. 7:629 lid 1 BW twee jaar lang minimaal 70% van het maximumdagloon aan zijn zieke werknemer betalen. Daarvan kan behoudens de eerste twee ziektedagen (maar de meeste cao's hebben die weggepoetst) niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. De centrale STAR-afspraak om tijdens de twee ziektejaren niet meer dan maximaal 170% van het loon uit te betalen[139] (bedoeld om de zieke werknemer te prikkelen tot herstel) wordt in minder dan de helft van de cao's gevolgd. Met name in de bouw, industrie en horeca blijft men rustig boven die norm zitten. Bovenwettelijke regelingen komen veelvuldig voor.[140]

Los van de betaling gelden voor de werkgever vergaande re-integratieverplichtingen en niet geringe administratieve lasten. Zo moet er in de zesde ziekteweek een probleemanalyse worden opgesteld, twee weken later een plan van aanpak, na één jaar een evaluatie met een re-integratieplan voor het tweede jaar en als daarna een WIA-uitkering wordt aangevraagd, moet er nog een re-integratieverslag worden geschreven. Als blijkt dat de werkgever onvoldoende inspanningen heeft gepleegd, krijgt hij nog een loon (doorbetaling)sanctie opgelegd van maximaal één jaar (art. 25 lid 9 WIA jo. 7:629 lid 11 onder b BW en 7:658a lid 1 BW). Onderzoek wijst uit dat wanneer een werkgever met een langdurig ziektegeval wordt geconfronteerd, dat als knelpunt wordt ervaren.[141] Dat zit dan vooral in het ontbreken van passende arbeid, (tijdige) re-integratie tweede spoor, strikte procedures die het UWV hanteert, hoogte van de kosten van re-integratie en wijze waarop de werknemers aan re-integratie meewerken. Op verzoek van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het Centraal Plan Bureau (CPB) onlangs onderzoek gedaan naar de effecten van een verkorting van de loonbetaling bij ziekte. Hoewel dit onderzoek met veel aannames is omgeven, komt daaruit naar voren dat door zo'n inperking de kosten voor werkgevers (op termijn) en overheid zouden toenemen, omdat het aantal instromers in de WIA stijgt. Volgens het CPB is de uitstroomkans in de WIA (veel) lager dan wanneer twee jaar loon bij ziekte wordt doorbetaald.[142] Opmerkelijk is dat het CPB daarbij zélf aangeeft dat 70% van de

139 Stichting van de Arbeid, *Najaarsoverleg*, Den Haag, 5 november 2004, p. 2.

140 A.M. Wilms e.a., *Bovenwettelijke aanvullingen bij ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid*, Den Haag: Ministerie van SZW, oktober 2013.

141 *Kamerstukken II* 2014/15, 29 544, nr. 586.

142 CPB, Notitie Verkorting loondoorbetaling bij ziekte, 26 april 2015, p. 5.

werknemers in hun tweede ziektejaar net vóór het moment van de WIA-keuring herstelt. Is het dan niet zo dat vervroeging van de WIA-keuring met een jaar tevens het herstel van veel zieke werknemers al na één jaar meebrengt? Is dat het geval dan zou er juist veel voor te zeggen zijn de periode van de loondoorbetalingsverplichting terug te brengen.

De minister heeft onlangs aangegeven de problemen, die vooral kleine(re) werkgevers hebben met de verplichting bij ziekte twee jaar loon door te betalen, te willen oplossen, bijvoorbeeld door een collectieve verzekering voor het tweede ziektejaar en onderzoek naar het effect van een vervroeging van de re-integratietoets naar het einde van het eerste ziektejaar.[143] Uitgangspunt daarbij blijft wel dat de wettelijke positie van zieke werknemers niet mag verslechteren.

Transitievergoeding
Art. 7:670 lid 1 BW verbiedt de werkgever de arbeidsovereenkomst op te zeggen binnen twee jaar ziekte. Deze forse termijn is overigens zo'n zestig jaar geleden in de wet gekomen, omdat de hersteltijd van TBC wel zo lang kon duren,[144] maar die ziekte is (gelukkig) zo goed als verdwenen. Zou daarom die termijn van twee jaar ook niet eens moeten verdwijnen? De Wwz-wetgever heeft dit punt onaangeroerd gelaten.

Als een werkgever na twee jaar ziekte en loondoorbetaling de arbeidsovereenkomst eindelijk mag opzeggen, is hij ook nog eens de transitievergoeding verschuldigd.[145] Dit wordt door werkgevers als onrechtvaardig gevoeld (waarom een vergoeding betalen voor iemand die niet meer de arbeidsmarkt op gaat/kan?), zodat ontwijking van die regel te verwachten was, bijvoorbeeld door de arbeidsovereenkomst (zonder betaling van loon) gewoon in stand te houden.[146] Hoewel de minister dat niet vond getuigen van fatsoenlijk werkgeverschap,[147] wilde hij de PvdA en SP geen maatregelen toezeggen, maar wees daarbij op de mogelijkheid voor de werknemer zélf ontbinding te vragen met toekenning van de transitievergoeding of als

143 *Kamerstukken II* 2015/16, 29 544, nr. 673.
144 G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk recht. 7 Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015, p. 369.
145 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 38-39.
146 Nieuwe vondst werkgevers tegen ontslagvergoeding, *De Volkskrant* 30 juli 2015.
147 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 3304 en 3308.

de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (bijvoorbeeld rond de re-integratie) op de billijke vergoeding. Dat blijkt in de praktijk overigens een stuk minder succesvol dan de minister doet voorkomen.[148]

Ontslagverbod voor zieke werknemers bij reorganisatie
Ook onder de Wwz is het nog steeds mogelijk dat de rechter de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer binnen de loonbetalingsverplichting ontbindt onder meer wegens disfunctioneren, verstoorde verhouding of frequent ziekteverzuim. Maar ontbinding op grond van bedrijfseconomische redenen kan niet meer, omdat zulke ontslagen verplicht via het UWV (of de cao-commissie) moeten lopen, wat de werkgever geen soelaas biedt, omdat hij toch niet mag opzeggen. Alleen bij volledige bedrijfssluiting geldt het opzegverbod niet (art. 7:670a lid 2 onder d BW).

De Wwz-wetgever heeft bewust gekozen voor deze uitbreiding van de rechtsbescherming voor zieke werknemers,[149] om aan te geven dat de werkgever ook in tijden van reorganisatie verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer. Hij moet dan maar een andere niet-zieke werknemer ontslaan.[150] Op deze bevoorrechte positie van de zieke werknemer is (terecht) nogal stevige kritiek gekomen.[151] Immers de ontslagbescherming van zieke werknemers was in vergelijking met andere (Europese) landen al fors en dat is door de Wwz alleen maar erger geworden. Hoe lang dat nog vol te houden is, is de vraag.

148 Ktr. Gouda 21 oktober 2015, *AR-Updates* 2015-1095; Ktr. Leiden 21 oktober 2015, *JAR* 2015/302; Ktr. Rotterdam 6 november 2015, *AR-Updates* 2015-1181; Ktr. Almere 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495, *AR-Updates* 2015-1200; Ktr. Almelo 3 december 2015, *AR-Updates* 2016-0012 en Ktr. Breda 22 december 2015, *AR-Updates* 2015-1302.

149 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 50.

150 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 273, nr. 3, p. 20.

151 A.A. Stekelenburg en M. Bouiga, 'De beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer en de daarbij behorende risico's', *TAP* 2014/358.

3.4 De nieuwe wereld: één beëindigingsrecht voor allen (2036)[152]

3.4.1 Inleiding

De wereld van werk in 2036

Hij leunt op zijn stok en kijkt omhoog langs de gevel. Het is een grauw gebouw, opgetrokken in die typische jaren 70-stijl. Ooit een ziekenhuis, nu een verzamelplaats van bedrijven, bedrijfjes en creatievelingen. Zijn kleinzoon heeft het familiebedrijf hier ondergebracht. Het oude pand was een klassiek bedrijfspand gelegen op een industrieterrein. Er waren kantoorruimtes en een fabriekshal, de conciërge woonde in het woonhuis naast het bedrijf, er was een kantine en een showroom voor de klanten. Hij is opgegroeid op dat terrein en mist het nog steeds. Toch heeft hij zijn emotionele bezwaren tegen de verhuizing snel laten varen. Zijn kleinzoon had gelijk: het oude pand was te groot, te oud en ongunstig gelegen. In de hoogtijjaren werkten er bijna 100 mensen bij het bedrijf. Allemaal in vaste dienst, meer familie dan personeel. Sinds een aantal jaar wordt het bedrijf gerund door een managementteam van zeven mensen, allemaal studiegenoten van zijn kleinzoon en allemaal aandeelhouder. Een management buy-out noemde zijn kleinzoon het. Hij vindt het allemaal best. Terwijl hij wacht op de lift die hem naar de jaarlijkse lunchbijeenkomst zal brengen vraagt hij zich af of er eigenlijk wel werknemers (mag hij dat nog zeggen?) aanwezig zullen zijn. De productie is al jaren geleden verplaatst naar Oost-Europa en de automatisering wordt gedaan in India. Vorig jaar hadden ze geprobeerd iedereen tegelijk via schermen te verbinden, maar dat was toch een beetje een geforceerd geheel geworden, vond hij. De jongeren vonden het prachtig. Er werken nog wel meer mensen voor het bedrijf, maar die hebben allemaal veel lossere banden dan hij gewend is en ze werken lang niet allemaal in het gebouw waar hij nu is. Hoe het allemaal precies werkt weet hij niet, maar dat het anders is dan vroeger is hem wel duidelijk.

De werker in plaats van de werknemer

In 2036 heeft de arbeidsmarkt een totaal andere dynamiek gekregen. Het aantal 'zzp'ers' is in de laatste decennia zo hard gestegen dat ruim driekwart van de beroepsbevolking niet langer afhankelijk is van één werkgever, maar zijn diensten aanbiedt aan meerdere en steeds wisselende werkgevers.

152 Paragraaf 3.4 is geschreven door Hanneke Bennaars (onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam/Hugo Sinzheimer Instituut) en Pascal Kruit (advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam en universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam).

Robotisering heeft mensenwerk meer en meer verdrongen, hetgeen maakt dat de vraag naar arbeid ook is veranderd. Geen productiewerk meer, maar eerder (allerlei vormen van) dienstverlening.

De positie van het arbeidsrecht en daarmee het ontslagrecht is als gevolg van deze ontwikkeling volstrekt anders dan in 2016. Elke natuurlijke persoon die arbeid verricht voor een ander valt onder het arbeidsrecht dat in 2036 "werkrecht" heet. Het is niet van belang welke contractsvorm partijen kiezen. Het moet wel gaan om werk dat wordt verricht ten behoeve van het beroep of bedrijf van de ander (degene die het werk verschaft, de "werkgever" nieuwe stijl). Werk gedaan ten behoeve van particulieren valt buiten het systeem, tenzij sprake is van structureel werk gedurende drie dagen of meer per week. Er is dus geen werkrelatie tussen de kapper en de kappersklant, maar wel tussen de natuurlijke persoon en diens fulltimetuinman. De inhoud van het nieuwe arbeidsovereenkomstenrecht zal wezenlijk verschillen van hoe Boek 7.10 BW er in 2016 uitziet. Concurrentie- en relatiebedingen bestaan niet meer, loonbetaling bij ziekte is teruggedrongen tot slechts zes weken en het beëindigen van de werkrelatie is niet ingewikkeld. Er zijn maar een paar regels, zie hierover paragraaf 3.4.2.

De sociale dialoog
Na jaren van dalende ledenaantallen, bloeien de vakbonden weer als vanouds en de sociale dialoog is levendiger dan ooit. De bonden kunnen alle werkers vertegenwoordigen en doen dat ook. De beperkte wettelijke ontslagbescherming maakt dat werkers meer incentives hebben om lid te worden van een bond (zie hierover paragraaf 3.4.2). Ook werkgevers hebben belang bij representatieve vakbonden die alle werkers vertegenwoordigen. Op individueel niveau onderhandelen met werkers is niet efficiënt voor werkgevers. De cao's worden vooral op sector- of bedrijfstakniveau gesloten en het systeem van algemeen verbindendverklaring bestaat nog steeds.

3.4.2 Ontslag in 2036

Geen verplichte preventieve toets, geen duaal stelsel, maar wel een opzegtermijn
De werkrelatie kan te allen tijde worden beëindigd via opzegging. Er moet wel een opzegtermijn in acht worden genomen. De termijn wordt langer naarmate de relatie langer heeft geduurd. Hierin is niets veranderd. Heeft de overeenkomst korter dan vijf jaar geduurd, dan bedraagt de opzegtermijn één maand en dan komt er per vijf jaar een maand bij met een maximum van vier maanden. Wordt geen opzegtermijn in acht genomen, dan

heeft de werker recht op een schadevergoeding ten laste van de werkgever ter hoogte van het gemiste loon over de niet in acht genomen opzegtermijn. Er is geen toestemming van het UWV, dat in 2036 niet meer bestaat, of kantonrechter nodig. Slechts in bijzondere situaties kan de kantonrechter een oordeel geven over de opzegging, namelijk bij schending van een opzegverbod of in het geval van een vrijwillige preventieve toets. De populariteit van bepaalde tijd contracten is gedaald, nu de werkovereenkomst relatief eenvoudig te beëindigen is en de loondoorbetaling bij ziekte is beperkt (zie paragraaf 3.4.3).

Nog maar twee opzegverboden: discriminatie en victimisatie
Een opzegging is vernietigbaar als is opgezegd wegens een discriminatoire grond. Onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, leeftijd, arbeidsduur en chronische ziekte of handicap is verboden. Het tweede opzegverbod is het opzegverbod wegens het inroepen van rechten. Een werker die zijn werkgever aanspoort op tijd het loon te betalen, eist dat de arbeidstijden- en -arbeidsomstandighedenregelgeving wordt nageleefd of zijn medezeggenschapsrechten wil uitoefenen kan niet daarom worden ontslagen.

Om te voorkomen dat de opzegverboden makkelijk te omzeilen zijn door een andere reden voor ontslag te geven, bestaat een omkering van de bewijslast. Als de werker aannemelijk kan maken dat één van de gronden voor een ontslagverbod bestaat, dan is het aan de werkgever te bewijzen dat het ontslag op een andere grond berust. Hiermee is de facto nog steeds een redelijke grond voor ontslag vereist, zij het dat deze anders is vormgegeven. De werker heeft de keuze de rechter te verzoeken de opzegging te vernietigen of hem een schadevergoeding toe te kennen. De werkgever die geen risico wil nemen, kan de rechter op voorhand toestemming vragen voor het ontslag. Gedacht kan worden aan het geval van een werker die zowel een (aantoonbaar) trackrecord van slecht functioneren heeft, als een minderheidspositie binnen de onderneming (de enige vrouw, of de oudste werker). De werkgever realiseert zich dat hij bij een opzegging de schijn tegen kan hebben en vraagt daarom de rechter toestemming alvorens op te zeggen. Geeft de rechter toestemming, dan kan worden opgezegd zonder het risico van vernietiging of verschuldigdheid van schadevergoeding.

Vergoeding na ontslag

De transitievergoeding bestaat nog steeds en wordt opgebouwd door de werker gedurende de tijd dat hij werkt. De werkgever draagt maandelijks af op een levenslange account voor de werker. De werker kan het saldo bij een opzegging gebruiken om een inkomensachteruitgang te overbruggen of voor om- en bijscholing. Kiest hij voor het laatste, dan wordt de vergoeding fiscaal gunstiger behandeld dan wanneer hij kiest de vergoeding als inkomensaanvulling te gebruiken. Hij kan er ook voor kiezen om het saldo te laten staan en in een volgende periode van inactiviteit te gebruiken. Is het einde van de arbeidsrelatie het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werker, bijvoorbeeld in geval van een terecht gegeven ontslag op staande voet, dan valt het tijdens het dienstverband opgebouwde saldo aan transitievergoeding terug in het vermogen van de werkgever. Eventuele bestaande saldi uit eerdere dienstverbanden blijven voor de werker gewoon bestaan. Voor verdere vergoedingen is geen plaats, tenzij bij een vernietigbare opzegging door de werker gekozen wordt voor een schadevergoeding in plaats van het verzoek aan de rechter om de opzegging te vernietigen.

Driekwartdwingend recht

Er bestaat een mogelijkheid om bij cao ontslagbescherming uit te breiden. Voorbeelden van verdergaande ontslagbescherming in cao's is bijvoorbeeld een regeling over ontslag bij disfunctioneren. In de cao staan regels opgenomen over de eisen die kunnen worden gesteld aan bepaalde functies en de wijze waarop werkgever en werker samen verbeterplannen moeten opstellen. Wordt opgezegd zonder dat het door de sociale partners voorgeschreven traject is gevolgd, dan kan de opzegging worden vernietigd door de werker. Ook hier geldt de mogelijkheid (maar niet de verplichting) voor de werkgever om op voorhand toestemming van de rechter te vragen als twijfel of discussie bestaat. De rol van de sociale partners is eveneens groot bij bedrijfseconomische ontslagen. De meeste cao's, die het grootste gedeelte van de werkende bevolking binden, kennen bepalingen over ontslagvolgorde en -vergoedingen of werk-naar-werktrajecten.

Scholing

Scholing heeft een steeds prominentere plaats ingenomen binnen de arbeidsverhouding. Nu werkers makkelijk en frequent van baan en van werkgever wisselen, is scholing voor hen een belangrijk aandachtspunt, om "employable" te blijven. De werkgever heeft de verplichting de werker scholing aan te bieden zolang deze voor hem werkzaam is. Daarnaast kan de

werker zijn reeds gedurende vorige dienstverbanden opgebouwde transitievergoeding op fiscaal gunstige wijze inzetten voor aanvullende scholing (zie paragraaf 3.4.2). Dit kan ook tijdens een nieuw dienstverband. De werkgever moet de werker in de gelegenheid stellen scholing te volgen indien de werker hierom verzoekt. Ook hier spelen sociale partners een grote rol. Sociale partners kunnen overeenkomen dat het opbouwen van de transitievergoeding plaatsvindt binnen opleidingsfondsen. Deze fondsen organiseren zelf scholing voor werkers, overigens zonder dat de vrijheid van de werker om de transitievergoeding naar eigen inzicht aan te wenden wordt aangetast.

3.4.3 Sociale zekerheid en andere vangnetten

Loondoorbetaling bij ziekte
Is de werker ziek, dan wordt 70% van zijn loon (met een maximum van het dan geldende maximumdagloon) gedurende zes weken doorbetaald door de werkgever. Daarna wordt de betaling overgenomen door de sociale fondsen, waarover later meer. Eindigt de arbeidsrelatie om welke reden dan ook voor ommekomst van de zes weken, dan brengen de sociale fondsen de kosten tot zes weken na de eerste ziektedag in rekening bij de werkgever. Bovendien leidt een beëindiging binnen de zes weken tot een verhoging van de premies die werkgever verschuldigd is, bij wijze van een soort malusregeling. Houdt de werkgever de werker in dienst en verricht hij inspanningen om de werker te re-integreren, dan is dat dus gunstiger voor de totale lasten.

Er zijn twee typen sociale fondsen: één algemeen fonds, gefinancierd door werkgevers en werkers die niet zijn aangesloten bij bijzondere fondsen. Daarnaast bestaan er bijzondere fondsen die per sector worden gefinancierd. Het zijn in de meeste gevallen voortzettingen van de door werkers zelf georganiseerde broodfondsen (fondsen die in het begin van de 21e eeuw veelvuldig werden opgericht door kleine groepen zzp'ers om arbeidsongeschiktheid op te vangen op basis van solidariteit).

Een opzegverbod tijdens ziekte is niet meer relevant, nu de werkgever geen financieel belang heeft bij het beëindigen van de werkrelatie met een zieke werker, maar juist een financieel belang kan hebben bij het in dienst houden en re-integreren van zieke werkers. Dit drukt namelijk zijn premiebijdrage aan het bijzondere fonds.

Oudedagsvoorzieningen
Het is inmiddels gemeengoed dat alle werkers die aangesloten zijn bij een vakbond een pensioenverzekering afsluiten. De meeste bonden voorzien in collectieve regelingen, ondergebracht bij verzekeraars. De zelfstandige werkers in het begin van de 21e eeuw stonden erom bekend niet veel te investeren in de oudedagsvoorzieningen. Dat is inmiddels omgeslagen na de eerste schrijnende gevallen van financieel succesvolle zelfstandigen die na hun pensionering terugvielen in inkomen omdat zij slechts de AOW-uitkering genoten.

Werkers die geen aanvullende pensioen hebben opgebouwd en die na de AOW-leeftijd doorwerken, worden gefaciliteerd. Zij hebben dezelfde rechtspositie als andere werkers. Alleen in geval van bedrijfseconomische ontslagen komen zij als eerste in aanmerking voor ontslag. Van hun inkomen wordt echter geen premie ingehouden en zij vallen in een lagere belastingschaal. Zo kunnen zij hun AOW-uitkering aanvullen zonder dat zij fulltime hoeven te werken.

3.4.4 Slot

Het nieuwe ontslagrecht is er niet zonder slag of stoot gekomen. Het past bij de nieuwe werkorganisaties die in de loop der jaren zijn ontstaan. Na de lunch stelt de oude eigenaar vast dat er eigenlijk toch steeds dezelfde gezichten te zien zijn. De werkorganisatie is nog steeds sterk met elkaar verbonden, maar de juridische verbanden op individueel niveau zijn losser geworden. De minder strenge ontslagbescherming heeft een flexibele arbeidsmarkt tot gevolg.

HOOFDSTUK 4

TWINTIG JAAR COLLECTIEVE ARBEIDSVOORWAARDEN EN COLLECTIEF ACTIERECHT: FLEXIBELER, SOBERDER, MEER ACTIES?

4.1 Versobering van arbeidsvoorwaarden bij cao en behoud van werkgelegenheid, een verkenning[1]

Naar aanleiding van de perikelen rondom V&D en thuiszorgorganisaties Vérian en TSN Thuiszorg stellen de auteurs de vraag of, en zo ja in hoeverre werknemers gedwongen kunnen worden – al dan niet collectief – loon in te leveren om daarmee te bewerkstelligen dat hun bedrijf en arbeidsplaatsen gered worden. De auteurs kijken onder meer naar de rol die de cao daarin speelt en kan spelen, werpen een blik over de grenzen, en formuleren een aantal voorstellen als alternatief voor een collectief ontslag.

4.1.1 Inleiding

Elk bedrijf en elke organisatie kan in zwaar weer belanden, waardoor zich de economische noodzaak van een aanzienlijke vermindering van de loonlasten aandient. In Nederland wordt, net als in de meeste West-Europese landen, dan doorgaans naar het middel van collectief ontslag gegrepen, waardoor een aantal werknemers het veld moet ruimen.

Collectief ontslag is echter niet noodzakelijkerwijze dé oplossing. Er kan ook gedacht worden aan een loonsverlaging voor het hele personeel of (wat vaak op hetzelfde zal neerkomen:) aan een arbeidsuren-vermindering (met gehele of gedeeltelijke inlevering van loon). Eervorig jaar haalde wat dat aangaat ruime publiciteit de casus van V&D, die uitmondde

1 Nuna Zekic is Universitair docent Arbeidsrecht bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek Tilburg University, Antoine Jacobs is Emeritus Hoogleraar Sociaal Recht en Sociale Politiek Tilburg University, en Willem Plessen is Universitair hoofddocent sociaal recht en sociale politiek Tilburg University en medewerker TRA. Deze bijdrage is tot stand gekomen met medewerking van Pauline Sick, Advocaat te Amsterdam.

in een ontslag voor 500 medewerkers, omdat medewerkers en (o.a.) hun vakbond de FNV ook van de rechter gelijk kregen toen zij niet wilden meewerken aan een serieuze loonsverlaging, waartegenover door V&D overigens geen werkgelegenheidsgarantie werd gegeven; V&D gaf aan dat dan wellicht het faillissement van de onderneming kon worden afgewend. Inmiddels[2] is de onderneming failliet verklaard.

Ook uit de wereld van de thuiszorg kwamen recentelijk twee loonofferinitiatieven van werkgevers, die met name de FNV heeft afgewezen en ook door de rechters zijn verboden. Zo verbood in juni 2015 de kortgedingrechter in Zutphen[3] het initiatief van Vérian, een van de grootste organisaties die huishoudelijke hulp in Nederland leveren. De werkgever vroeg van (een deel van) het uitvoerende personeel om akkoord te gaan met indeling in een lagere loonschaal, hetgeen neer zou komen op een loonoffer door de betreffende werknemers van maar liefst 30% van hun beloning. Anders zou een faillissement dreigen met ontslag voor 300 personeelsleden. De rechter verwierp dat op vordering van de FNV en een aantal medewerkers. Daarop besloot het bedrijf in januari 2016 om 527 thuishulpen te ontslaan.[4]

In november 2015 verbood vervolgens de kortgedingrechter in Almelo[5] het initiatief van TSN Thuiszorg, de grootste thuiszorgorganisatie van Nederland met circa 13.000 personeelsleden. Ook deze werkgever vroeg van (een deel van) het personeel om akkoord te gaan met indeling in een lagere loonschaal, hetgeen hier zou neerkomen op een loonoffer door de betreffende werknemers van 20 tot 30% van hun beloning. De rechter verwierp ook dat op vordering van de FNV. Daarop verkreeg het bedrijf in eind november 2015 surseance van betaling. Er wordt momenteel nog onderhandeld over verkoop van TSN.[6]

Vakorganisaties in Nederland zijn vaak niet erg soepel rond loonoffers. Net als vakorganisaties in andere West-Europese landen lijkt bijvoorbeeld de FNV doorgaans het standpunt in te nemen dat loonsverlaging

2 Stand op 20 januari 2016.
3 ECLI:NL:RBGEL:2015:4171.
4 *NRC*, 23 januari 2016.
5 ECLI:NL:RBOVE:2015:5017.
6 *De Volkskrant*, 22 januari 2016.

onbespreekbaar is als daar niet harde garanties met betrekking tot werkgelegenheid tegenover staan.[7] Doorgaans worden die niet geboden en wordt slechts gesteld dat loonoffers bijdragen tot de levensvatbaarheid, c. q. de overleving van de onderneming. Vakorganisaties beschouwen dat dan als onvoldoende basis voor een serieus loonoffer. Daarbij speelt ook een rol de overweging dat als na loonsverlaging alsnog ontslagen volgen, die loonsverlaging ook effect heeft op een (nog) lagere WW; liever nog bedingt men dan een sociaal plan voor collectieve ontslagen. Voorts speelt vaak een negatieve rol het feit dat het lager personeel wel om een loonoffer wordt verzocht, maar dat van het management van de onderneming geen loonbijdrage wordt gevraagd.

In sommige andere landen in Europa zijn enkele andere invalshoeken te vinden (zie ter vergelijking paragraaf 5 van deze bijdrage), die onzes inziens interessant kunnen zijn voor het debat in Nederland, alsook voor dat in andere landen, overigens.

Een en ander speelt tegen de achtergrond van de ontwikkeling dat er een steeds grotere diversiteit aan werkenden binnen ondernemingen ontstaat. In het totaal van de werknemers nemen werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de onderneming hebben, een minder monolithische positie in dan voorheen het geval was. Het aandeel van werknemers in het productieproces met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is relatief afgenomen. Veel flexwerkers zoals werknemers op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, uitzendkrachten en zzp'ers weten al meteen dat ze bij reorganisaties het veld moeten ruimen omdat de wetgever bepaald heeft, dat zij in een economische ontslagsituatie als eersten moeten vertrekken. Sommige arbeidskrachten zullen kunnen berekenen, dat zij in een collectief ontslag vanwege het afspiegelingsbeginsel en de opzegverboden niet opgezegd zullen (kunnen) worden; anderen zullen juist vanwege dat afspiegelingsbeginsel berekenen dat zij juist eerder voor ontslag in aanmerking komen. Sommige arbeidskrachten hebben nauwelijks perspectief om na ontslag een nieuwe baan te vinden; anderen kunnen die wellicht snel krijgen en zeker als hen een goede ontslagvergoeding wordt aangeboden kunnen ze gemakkelijker in een ontslag toestemmen, bijvoorbeeld wanneer ze niet meer ver van hun pensioen afzitten. Voor

7 Er valt bij deze "werkgelegenheidsgaranties" in cao's overigens in juridisch opzicht heel wat af te dingen, zie N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2014, p. 281-294.

sommige arbeidskrachten gaat het om kleine baantjes, desnoods te missen omdat de partner overwegend kostwinner is, bij anderen gaat het om een grote baan in een een-kostwinnersgezin. Kortom: in een collectief ontslag zijn er zoveel hoofden en zoveel zinnen. Op grond van welke overwegingen kan of moet een belangenvereniging als een vakbond of een werknemersvertegenwoordiging kiezen voor een andere strategie dan die van het collectief ontslag?

In deze bijdrage staat het thema van de versobering van arbeidsvoorwaarden centraal. We richten ons met name op het onderdeel van het primaire loon. De kern van deze bijdrage vormt de vraag of en zo ja in welke mate werknemers gedwongen kunnen worden – al dan niet collectief – loon in te leveren om daarmee te bewerkstelligen dat hun bedrijf/arbeidsplaatsen gered worden.

Eerst laten we een aantal Nederlandse voorbeelden uit het verleden de revue passeren (paragraaf 2). Daarna is in paragraaf 3 de cao en het loonoffer aan de orde. In paragraaf 4 bezien we de situatie dat er geen cao is en komen alternatieven voor collectieve loonoffers aan de orde. In paragraaf 5 werpen we kort een blik over de grenzen, namelijk richting Duitsland, Italië en Frankrijk. In paragraaf 6 sluiten we af met een aantal conclusies en voorstellen. We bezien daar of de nu ter beschikking staande juridische middelen wel voldoende en breed genoeg zijn en doen voorstellen, die mogelijk een alternatief kunnen vormen voor een collectief ontslag.

4.1.2 Loonoffers, collectief ontslag en andere afspraken, een terugblik

Zoals al in de inleiding gezegd, wordt in Nederland bij noodzakelijke reductie van arbeidskosten veel vaker overgegaan tot collectief ontslag dan tot alternatieven. Dit is overigens een aanname; wetenschappelijk onderzoek ernaar ontbreekt. Met betrekking tot de alternatieven bestaan er nauwelijks statistieken. Ook is er nog nauwelijks research verricht op dit vlak.

De afgelopen decennia vielen slechts enkele voorbeelden te melden van geslaagde pogingen om collectieve ontslagen te mijden door loonofferakkoorden:[8]

8 Zie ook wel: A.T.J.M. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 89-91.

- DAF, waar de werknemers rond 1983 circa 10% van hun loon inleverden om zo de werkgelegenheid van hun onderneming zo veel mogelijk te behouden.[9]
- Smit-Rotterdam, waar vanwege de problemen die concurrent Kooren veroorzaakt had in 1993 de Regeling tijdelijke inhouding (RTI) werd gesloten. Die voorzag erin, dat vanaf 1 mei 1993 de jaarinkomens naar rato van het dienstverband zouden worden verminderd met 8,33%, tot het moment waarop de sector Smit-Lloyd weer winst zou maken.[10]
- Nederlands Omroepproduktie Bedrijf (NOB) waar in februari 2002 werd overeengekomen dat – om ontslagen te voorkomen – de lonen voor vijf jaar zouden worden bevroren, de werktijd zou worden uitgebreid met twee uur per week en de ouderenvertrekregeling minder gunstig zou worden.
- Bij DSM werd in 2010 in de cao afgesproken, dat wanneer het chemieconcern in 2010 in Nederland geen winst zou behalen, de salarissen van de werknemers eenmaal in 2011 met 0,25% gekort zouden worden.
- Bij Roto Smeets in 2010 deden de werknemers een loonoffer van gemiddeld € 100 bruto per maand, die ze in de daaropvolgende twee jaar zouden terugkrijgen.

Talrijker echter zijn de gevallen, waarin Nederlandse ondernemers hun personeel vroegen een loonoffer te brengen teneinde collectieve ontslagen te vermijden, maar deze pogingen om aldus de bedrijfsproblemen op te lossen, mislukten: bij de Postbank (1995), KLM (1995), Exxon Mobil (2002), TNT (2009), V&D (2009), Telegraaf Media Groep (2010), Nedcar (2011), Humphrey Eendragt/Zalco (2011) en Cap Gemini (2013). In veel van die situaties speelde een rol dat de werkgever in ruil voor het loonoffer geen baangaranties wilde geven en werknemers bevreesd waren na een mogelijk ontslag geconfronteerd te worden met een lagere WW. In een aantal gevallen volgde een collectief ontslag of zelfs een faillissement.

VDL Bus overwoog in 2013 deeltijdontslag. Liefst 80% van de werknemers was bereid daartoe een vaststellingsovereenkomst te tekenen. Uiteindelijk ging die operatie niet door omdat VDL Bus de werknemers elders aan het werk kon zetten.[11]

9 Vgl. Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 29 juni 1984, *KG* 1984/258.
10 Vgl. HR 22 oktober 2004, *JAR* 2004/277.
11 *De Volkskrant*, 18 december 2013.

In 2014 is er een onderzoek geweest dat opleverde, dat in 2013 ruim 10% van de werkgevers zijn personeel gevraagd heeft salaris in te leveren; 15% van de werkgevers onderzocht de mogelijkheid van demotie.[12] In 2013/2014 zijn er enkele onderzoekingen geweest naar de bereidheid van werknemers om loon in te leveren in plaats van hun baan te verliezen. De uitkomsten lieten zien, dat slechts een minderheid van de werknemers daartoe bereid is.[13]

4.1.3 Cao en loonoffers

De bepalingen omtrent beloning (en functiewaardering) vormen de kern van elke reguliere cao. In 2015 meldt het Ministerie van SZW 680 reguliere op dat moment geldende cao's in zijn bestand te hebben waaronder bijna 5,5 miljoen werknemers vallen.[14] Dat betekent dat de lonen van de overgrote meerderheid van de werkzame beroepsbevolking[15] in cao's zijn vastgelegd. Voor de meeste werkgevers is het collectieve overleg met de werknemersorganisaties dus de *aangewezen* weg wanneer men tot een verlaging van de lonen wil komen. Het is ook de *koninklijke* weg bij een collectieve loonsverlaging. Veel werkgevers zullen daarbij echter afhankelijk zijn van hun vertegenwoordigers, de werkgeversorganisaties, aangezien de meeste werknemers nog steeds onder een bedrijfstak-cao vallen.[16] Nu komt het *verminderen* van de lonen in Nederlandse cao's in de afgelopen decennia niet of nauwelijks voor.[17] Het verminderen van lonen in een hele bedrijfstak zal nog minder vaak voorkomen. Via gecoördineerd overleg en "interne coördinatie" kunnen de werknemersorganisaties wanneer dat nodig is de looneis wel matigen, waarmee loonstijging wordt gematigd of zelfs bevroren.[18] Ook zal men in tijden waarin het economisch slecht gaat geneigd zijn het geheel aan personeelskosten te

12 *Brabants Dagblad*, 2 oktober 2014.
13 *Brabants Dagblad*, 9 april 2013; 12 juni 2013; 6 november 2013; *De Volkskrant*, 5 november 2013.
14 Ministerie SZW, *Cao-afspraken 2014*, Den Haag, oktober 2015, p. 141. Het is bekend dat een aantal cao's (nog steeds) niet aangemeld wordt bij de minister.
15 Volgens het CBS was dit eind 2014 7,2 miljoen personen.
16 De 680 reguliere cao's zijn onder te verdelen in 177 bedrijfstak-cao's met bijna 5 miljoen werknemers en 503 ondernemings-cao's met ruim 0,5 miljoen werknemers.
17 Al worden de laatste jaren steeds meer loonschalen op minimumloonniveau geïntroduceerd en is het verschil tussen het minimumloon en de aanloopschalen in cao's laatste jaren (sterk) verminderd.
18 L. Harteveld, 'Loonvorming in tijden van crisis', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2012 vol. 28 nr. 2, p. 146.

verlagen, maar dit zal op cao-niveau eerder gebeuren door bijvoorbeeld vermindering van vakantieaanspraken of versobering van andere secundaire arbeidsvoorwaarden, dan dat er daadwerkelijk overgegaan wordt tot het verlagen van de loonschalen.

Op ondernemingsniveau is (het denken over) een dergelijke stap echter niet uitgesloten. Wanneer in een onderneming een cao geldt die algemeen verbindend is verklaard, zal die cao een eerste obstakel zijn naar het uitvoeren van die stap. Afwijken van een algemeen verbindend verklaarde cao in het nadeel van de werknemers is niet toegestaan, tenzij de cao dit zelf toelaat, wat bij primaire arbeidsvoorwaarden niet snel het geval zal zijn.[19] Dit is juist wat het middel van algemeen verbindend verklaren wil voorkomen: concurrentie op (primaire) arbeidsvoorwaarden.

Niettemin biedt een groot aantal bedrijfstak-cao's de mogelijkheid dat dispensatie van de toepassing van de cao kan worden verzocht. De Stichting van de Arbeid heeft in 1996 nog een aanbeveling opgesteld met het verzoek aan cao-partijen die opties uit te breiden.[20] Daarna werd op 12 juli 2012 door de Stichting aan cao-partijen de aanbeveling gedaan de dispensatieprocedures meer transparant te maken. Dat betreft bijvoorbeeld de termijn van beslissing naar aanleiding van een dispensatieverzoek. Ook werd in overweging gegeven een onafhankelijk voorzitter voor zo'n commissie aan te stellen. Deze aanbevelingen zijn voor zover ons bekend breed gevolgd in bedrijfstak-cao's. Naar onze mening zou het wenselijk zijn als dergelijke commissies ook (met spoed) in actie zouden kunnen komen als ondernemingen in zwaar weer komen te verkeren en al dan niet tijdelijke dispensatie van toepassing van de cao voor hen zeer gewenst is. We beseffen dat de collega-ondernemingen en daarmee de werkgeversleden van dergelijke commissies een (mogelijk tijdelijke) vergroting van de concurrentiekracht van gedispenseerde ondernemingen, niet gaarne zien. Niettemin kan zulks – maatschappelijk én tijdelijk – zeer gewenst zijn. Onze indruk is echter dat de dispensatiemogelijkheid in de praktijk van de cao nauwelijks een rol speelt, en al helemaal niet in de situatie van zwaar weer.[21]

19 Zie anders J.L.A. Helmer en A.Ph.C.M. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk?', *TRA* 2015/23. De auteurs zien ook in Nederland ruimte voor 'openingsclausules' in cao's, waardoor afwijking van primaire arbeidsvoorwaarden, zoals beloning, mogelijk wordt.

20 Brief van de Stichting van de Arbeid d.d. 22 juni 2006.

21 Zie over dispensatie door cao-partijen, J.A. Bruins en A.T.J.M. Jacobs, 'Dispensatie', in: A.Ph.C.M Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 41-58; J.L.A. Helmer en A.Ph.C.M. Jaspers, 'Decentralisatie en proliferatie: de cao onder druk?', *TRA* 2015/23.

Wat gebeurt er wanneer er in een bedrijf een ondernemings-cao is gesloten en de nieuw af te sluiten cao lagere lonen kent?[22] Werknemers die lid zijn van de werknemersorganisatie die partij is bij de nieuwe cao zijn op grond van art. 9, 12 en 13 Wet CAO aan de verlaging gebonden. Toch is hiermee niet alles gezegd. Wanneer de oude cao-bepalingen gunstiger zijn dan de nieuwe cao-bepalingen, dan worden ze niet automatisch door die nieuwe bepalingen opzijgeschoven.[23] Dat gebeurt op grond van art. 12 Wet CAO alleen wanneer de oude bepalingen *strijdig* zijn met de nieuwe. Beargumenteerd kan worden dat in dit geval van strijdigheid alleen sprake is wanneer de nieuwe cao-bepalingen een *standaardkarakter* dragen.[24] De cao-partijen zullen waarschijnlijk de nieuwe loonbepalingen als standaardbepalingen moeten vaststellen, omdat anders de oude, betere, arbeidsvoorwaarden van toepassing blijven.[25] Dat betekent dat de vakbonden die de cao sluiten bereid moeten zijn om de nieuwe en slechtere cao-bepalingen een standaardkarakter te geven, wat uiteraard voor hen geen aantrekkelijke optie zal zijn.[26]

Zelfs wanneer de vakbonden bereid zijn dit te doen, zijn echter nog niet alle mogelijke hordes genomen op weg naar een toepassing van de lagere lonen op alle werknemers. De artikel 14-werknemers verdienen hier weer specifieke aandacht. Zoals bekend, kunnen deze werknemers de toepassing van de (nieuwe) cao in principe weigeren. In de praktijk worden de artikel 14-werknemers op een of andere manier toch vaak aan de cao gebonden geacht.[27] Hebben zij eerder met de toepassing van de oude cao expliciet ingestemd, bijvoorbeeld door middel van een incorporatiebeding, dan

22 Ook Van Slooten buigt zich over die vraag, zie J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 46.

23 Zie over nawerking van cao-bepalingen, bijv. Fase/Van Drongelen, p. 106-113.

24 Zie HR 8 april 2011, *NJ* 2011/371, *JAR* 2011/135 (Unieke Kinderopvang).

25 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 149-150. Zie ook HR Unieke Kinderopvang. Nawerking van cao-bepalingen blijft echter op fundamenteel niveau een omstreden punt. Men kan ook stellen dat de civielrechtelijke benadering van de Hoge Raad het karakter van de cao als "package deal" miskent. Zie bijv.: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht', *TAP* 2011/5.

26 "De verliespunten in de onderhandelingen worden zo duidelijker zichtbaar", aldus Rayer, C. Rayer, 'Nawerking van gunstigere cao bepalingen', *ArA* 2011 vol. 10, nr. 3, p. 45.

27 J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in: R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 47.

zijn deze werknemers eerder aan de nieuwe cao gebonden.[28] De uitkomst wordt echter onduidelijker wanneer de artikel 14-werknemer eerder niet uitdrukkelijk, maar wel bijvoorbeeld stilzwijgend met de toepassing van de cao heeft ingestemd. Over dit punt bestaat geen eenduidige jurisprudentie, hoewel het erop lijkt dat de rechtspraak relatief gemakkelijk binding van de werknemer aan de cao aanneemt, inclusief de binding aan toekomstige cao's die een verslechtering van arbeidsvoorwaarden inhouden.[29] De literatuur is kritischer, maar ook verdeeld. De meeste schrijvers pleiten er ook voor dat in dat geval de stilzwijgende overeenstemming ook betrekking heeft op daaropvolgende cao's, zelfs wanneer deze een verslechtering van arbeidsvoorwaarden inhouden.[30] Andere schrijvers zijn van mening dat deze werknemer een latere verslechtering kan weigeren.[31]

Aansluiting bij de laatste groep schrijvers ligt naar onze mening voor de hand wanneer de nieuwe cao (met de lagere lonen) gesloten is met (evident) niet representatieve cao-partij. Over dat vraagstuk bestaat nog geen "hogere rechtspraak".

In de lagere rechtspraak vinden we wel enkele uitspraken over cao's met dergelijke partijen.[32] Een voorbeeld was de Horeca-cao, die aan werknemerszijde door uitsluitend de (zeer kleine) Unie werd gesloten met de Koninklijke Horeca Nederland en door algemeen verbindendverklaring op de hele horeca-bedrijfstak van toepassing was. Eerder was de betreffende cao gedurende tientallen jaren gesloten met ook de betrokken (veel grotere) FNV- en CNV-bond. Blijkens gepubliceerde rechtspraak losten enkele kantonrechters negatieve effecten – geen loondoorbetaling van loon bij geen beschikbaarheid van werk tijdens arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd – op met behulp van de redelijkheid en billijkheid. De

28 Zie m.b.t. afwijking van driekwartdwingende wettelijke regels in elk geval HR 20 december 2002, *JAR* 2003/19 (TPG/Bollemeijer).

29 Zie bijv. R.M. Beltzer, 'Het incorporatiebeding: verleden, heden en toekomst', in: A.Ph.C.M Jaspers en M.F. Baltussen (red.), *De toekomst van het cao-recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 109-125.

30 Zie bijv. weer J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in: R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 47.

31 Zie bijv. A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners*, diss. VU 2004, p. 164.

32 Zie voor een overzicht ook F.B.J. Grapperhaus en A. Stege, 'De representativiteit van de vakbond in relatie tot de ongebonden werknemer', *SMA* 2008, p. 107-115.

betreffende cao-bepaling werd op die grond in de betreffende casuspositie buiten toepassing gelaten.[33] De cao werd wel verbindend geacht, maar de betreffende cao-bepaling werd in het concrete geval op basis van redelijkheid en billijkheid buiten beschouwing gelaten.[34]

Een bijzonder voorbeeld was een uitspraak van de Voorzieningenrechter Amsterdam, die op verzoek van de relevante FNV-bond bepaalde dat een door vakbond De Unie aangegane cao met betrekking tot de reorganisatie van de werkvloer van de HEMA-winkels onverbindend was. De reden was dat De Unie statutair als doelstelling had op te treden voor het hoger personeel en de betreffende cao helemaal niet dat personeel trof maar alleen het lagere personeel.[35]

Veel fundamenteler is een al ouder vonnis van de kantonrechter te Utrecht. Het ging om een cao die was aangegaan om een eigen goedkope pensioenregeling te kunnen legitimeren, waardoor de regeling van het relevante bedrijfstakpensioenfonds niet van toepassing was (de zogenaamde automatische dispensatie). Gemotiveerd op basis van Conventie 98 van de ILO achtte de kantonrechter bewezen dat de kennelijk door de werkgever opgezette werknemersorganisatie volstrekt afhankelijk was van de werkgever. Er werd zelfs aangetoond dat de werkgever de betrokken "bond" had opgericht. De werknemersorganisatie was dus absoluut niet onafhankelijk als bedoeld in art. 2 van Conventie 98 en kon in de uitvoerig gemotiveerde opvatting van de kantonrechter op die grond geen rechtsgeldige cao afsluiten. Als gevolg daarvan was er ook geen automatische en rechtsgeldige dispensatie van het bedrijfstakpensioenregeling en was de werkgever eenvoudigweg de premies aan het bedrijfstakpensioenfonds verschuldigd.[36]

Hoe dan ook: de cao's die dergelijke yellow unions sluiten zijn niet op voorhand niet legitiem. Dergelijke vakbonden voldoen immers aan de eisen die de Wet CAO aan hen stelt (zie art. 2 en 3 van die wet); de behandelde

33 Zie Vzr. Rb. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57 en Vzr. Ktr. Utrecht 25 juli 2006, *JAR* 2007/81.

34 Vgl. ook Ktr. Amsterdam, 24 april 2008, *JAR* 2008/191. De kantonrechter beschouwt de met een yellow-union gesloten cao niet als de geïncorporeerde cao die eerder wel met representatieve organisaties was afgesloten.

35 We denken overigens dat de Voorzieningenrechter ten onrechte in dezen een declaratoir vonnis velde. Dat is hem rechtens niet gegeven. Zie Vzr. Rb. Amsterdam 29 december 2005, *JAR* 2006/27.

36 Ktr. Utrecht 3 november 1994, *JAR* 1995/39.

casusposities zijn tamelijk extreem. Maar dat geldt natuurlijk ook voor (substantiële) loonoffers. Hoe de hoogste rechter over dit onderwerp zal oordelen ligt in de schoot van de toekomst besloten. Inmiddels is op sommige plaatsen als gevolg van de Wet werk en zekerheid het vakorganisatiebegrip van de Wet melding collectief ontslag overgenomen om yellow unions het leven enigszins ongemakkelijk te maken.[37] Zo moeten ze ten minste al twee jaar actief zijn in het bedrijf of de onderneming voordat zij een cao aan kunnen gaan. Dat belemmert hun functioneren wellicht enigermate, maar zeker niet fundamenteel.[38]

Al met al kan gezegd worden dat binding van individuele werknemers aan collectief afgesproken loonoffers niet in alle gevallen een eenvoudige zaak is. Binding van georganiseerde werknemers is al niet een geheel uitgemaakte zaak, maar binding van de ongeorganiseerde werknemers – wat zoals bekend in de meeste sectoren veruit de grotere groep werknemers is – kan ronduit ingewikkeld liggen. Een aantal niet uitgekristalliseerde punten uit het cao-recht, zoals hierboven aangestipt, komt dan bovendrijven. Het is niet uit te sluiten dat juist deze onduidelijkheden uit het cao-recht in Nederland een extra belemmering (voor vakorganisaties, maar ook voor werkgevers!) vormen om loonoffers af te spreken en toe te passen. Wanneer dergelijke offers in het kader van werkgelegenheidsbehoud wenselijk worden geacht, dient ook in overweging genomen te worden of op dit punt geen heldere wetsbepalingen nodig zijn. Het (praktische) nut van de cao als collectieve regeling wordt immers verkleind, wanneer het niet zeker is dat de regeling op iedereen kan worden toegepast.[39]

4.1.4 Geen cao (meer) en alternatieven voor cao-route?

Indien er geen cao (meer) geldt, dan kan de werkgever proberen de loonsverlaging eenzijdig door te voeren. Daarvoor heeft hij vier juridische aanknopingspunten.[40] De werkgever kan ten eerste een beroep doen op een in de arbeidsovereenkomst voorkomend eenzijdig wijzigingsbeding.

37 Met name art. 7:671a lid 2 en 7:673b lid 2 overgenomen van art. 3 lid 3 Wmco.

38 Zie hierover uitgebreider W.G.M. Plessen, A.T.J.M. Jacobs, P.Th. Sick en I. Schraffordt, in: 'Driekwartdwingend recht in het Wetsvoorstel werk en zekerheid', *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 82.

39 T. Jaspers, 'Representativiteit: representeren of vertegenwoordigen?' *ArA* 2008, nr. 1, p. 39.

40 Formeel gezien is bij een beroep op art. 7:611 BW geen sprake van eenzijdige wijziging, zoals verderop in deze bijdrage wordt toegelicht.

Een beroep hierop zal getoetst worden aan art. 7:613 BW. Krachtens dit artikel is eenzijdige wijziging slechts toegestaan indien de werkgever bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken. De wet dwingt dus tot een afweging van belangen, waarbij bovendien dit als een zware toets is bedoeld voor werkgevers.[41] Daarnaast is het zo dat een beroep hierop ook kan stranden bij de uitleg ervan, zoals in de V&D-zaak het geval was.[42]

Indien een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding niet slaagt, komt art. 7:611 BW in beeld: het goed werknemerschap. Dit beginsel is geen grond voor *eenzijdige* wijziging, aangezien bij het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding de werknemer in beginsel niet gehouden is wijzigingsvoorstellen van de werkgever te aanvaarden.[43] Niettemin blijkt dit gegeven menig werkgever niet ervan te weerhouden een beroep te doen op de "plicht van de werknemer om positief in te gaan op redelijke wijzigingsvoorstellen van de werkgever".[44] Deze "plicht" is geformuleerd door de Hoge Raad in het Taxi Hofman-arrest.[45] Zij is later in het Stoof/Mammoet-arrest aanzienlijk genuanceerd. Toch worden collectieve wijzigingen, ook van primaire arbeidsvoorwaarden, nog steeds getoetst op grond van art. 7:611 BW.

Dit was ook het geval in de genoemde V&D-zaak. De rechter oordeelde in dat geval dat wanneer op grond van goed werknemerschap werknemers akkoord zouden moeten gaan met een "substantiële verlaging van het salaris", dit op gespannen voet zou staan met "het wettelijke systeem van arbeidsrechtelijke bescherming". De rechter concludeerde dan ook

41 G.J.J. Heerma van Voss, 'We zullen doorgaan. De rol van de cassatieadvocaat bij het verleggen van de jurisprudentie', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (R.A.A. Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 281. Meer algemeen, zie J.J.M. de Laat, *De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst*, Geschriften VvA 36, Deventer: Kluwer 2008; N. Gundt, *Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009.

42 Het gaat hier om een incorporatie- en wijzigingsbeding in één. Volgens de kantonrechter kan uit de tekst echter niet ondubbelzinnig opgemaakt worden of de wijzigingsbevoegdheid daadwerkelijk betrekking heeft op de lonen zoals ze in de cao V&D waren afgesproken en thans van toepassing zijn op een deel van het personeel als gevolg van de nawerking en de incorporatie van cao-bepalingen.

43 HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204 (Stoof/Mammoet), r.o. 3.3.3.

44 Zie noot Heerma van Voss bij HR 14 november 2003, *NJ* 2003/138.

45 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/767, *JAR* 1998/199.

dat V&D de loonsverlaging niet mocht doorvoeren.[46] In de Vérion-zaak slaagde het beroep op goed werknemerschap niet, omdat de rechter oordeelde dat art. 7:611 BW niet kan fungeren als een "alternatieve slagboom" wanneer de salarisvermindering in strijd is met de cao.[47] In veruit de meeste gevallen zal de werkgever het loon – maar ook andere primaire arbeidsvoorwaarden – niet op deze manier eenzijdig kunnen wijzigen.[48] Toch is het niet helemaal ondenkbaar dat een rechter op grond van het goed werknemerschap een eenzijdige collectieve loonmatiging toestaat.[49]

De overige twee gronden zijn afkomstig uit het algemene vermogensrecht: de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW en de onvoorziene omstandigheden van art. 6:258 BW.[50] Deze zijn echter, zoals de rechter in de V&D-zaak ook opmerkt, minstens net zo "streng" als de twee hiervoor genoemde arbeidsrechtelijke gronden.[51] Elk van deze vier gronden kent een eigen toets, maar de vragen als wanneer welke grond openstaat, hoe de gronden zich tot elkaar verhouden en hoe zwaar elke toets is, maken dat de geenszins nieuwe, doch actuele vraag van eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden nog steeds niet helder en bevredigend is geregeld.[52]

In de literatuur is dikwijls betoogd dat voor *collectieve* wijzigingen art. 7:613 BW in eerste instantie voor de hand ligt. Als er geen eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen, moet getoetst worden aan art. 6:248 lid 2 BW (de onaanvaardbaarheidstoets). Een toets aan art. 7:611 BW zou in principe alleen bij *individuele* gevallen gevolgd moeten worden.[53] De (lagere)

46 Zie ook de annotatie van R.M. Beltzer op *AR Updates*, 'Zachte winters maken stinkende wonden', *AR* 2015-0183.

47 Ktr. Gelderland 25 juni 2015, *JAR* 2015/176, ECLI:NL:RBGEL:2015:4171. Zie ook Ktr. Overijssel 13 november 2015, *JAR* 2015/308, ECLI:NL:RBOVE:2015:5017.

48 Zie bijv. M.J.A.C. Driessen en N. Gundt, 'Gevaarlijke crisismix: Wijziging van de arbeidsovereenkomst en verwijtbare werkloosheid', *TRA* 2013/66.

49 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 13 december 2013, *RAR* 2014/57, ECLI:NL:RBMNE:2013:7414.

50 Bij art. 6:258 BW dient een beroep op de rechter te worden gedaan om de gevolgen van een overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk te ontbinden.

51 Rb. Amsterdam 23 februari 2015, *RAR* 2015/75, ECLI:NL:RBAMS:2015:899. Zie ook Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit?, Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, diss. Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

52 Zie ook J.M. van Slooten, 'Collectieve verlaging van arbeidsvoorwaarden', in: R.M. Beltzer e.a., *De onderneming in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 43.

53 Zie bijv. J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *ArA* 2008 nr. 3, p. 65.

rechtspraak lijkt die aanbevelingen niet in alle gevallen te volgen. Dikwijls wordt ook bij collectieve wijzigingen direct na art. 7:613 BW aan het goed werknemerschap getoetst.[54] Wanneer de werkgever echter collectieve *loonoffers* verwacht, is het weinig aannemelijk dat een van de genoemde gronden tot succes zal leiden.

4.1.5 Een kijkje over de grenzen

In deze paragraaf komt – noodzakelijkerwijze kort – een drietal voorbeelden uit landen in Europa aan de orde, die wellicht tot inspiratie kunnen dienen in situaties waarin ondernemingen in zwaar weer verkeren en samen met (vertegenwoordigers van) hun personeel naar collectieve oplossingen zoeken. Aan de orde komen een Duits, Frans en Italiaans voorbeeld.

In *Duitsland* deden in het vorig decennium de zogenaamde *betriebliche Bündnisse für Arbeit* opgeld. De kern was (en is) dat ondernemingen in overleg met hun ondernemingsraad afspraken maakten over het inleveren van loon, c.q. het verlengen van de bedrijfstijd en alle eraan verwante oplossingen in ruil voor de toezegging van behoud van werkgelegenheid.[55] In het vorige decennium kwamen die tot stand bij een zeer groot aantal grote bedrijven, bijvoorbeeld bij Volkswagen en Opel. Uit onderzoek in 2003 blijkt bijvoorbeeld dat dit middel werd toegepast bij bijna de helft van de grote ondernemingen.[56]

In Duitsland kennen veel bedrijfstak-cao's een zogenaamde *Öffnungsklausul*, die dergelijke *Bündnisse* faciliteert. Ze kunnen dan geconcretiseerd worden in *Betriebsvereinbarungen* tussen ondernemer en ondernemingsraad, die dan ook in principe rechtsgeldig zijn[57] en – anders dan hier te lande – doorwerken in de arbeidsovereenkomsten.[58] Hoewel dit alles juridisch alleen geldt, wanneer de cao zo'n *Öffnungsklausel* bevat, zijn dergelijke

54 Zie bijv. M.A. Huizing, 'De eenzijdige roosterwijziging en het goed werkgeverschap/werknemerschap', *ArbeidsRecht* 2012/46.

55 Zie hierover Thomas Blanke en Edgar Rose in *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective*, red. R. Blanpain, Deventer: Kluwer 2005, p. 5 e.v.; Britta Rehder, *Betriebliche Bündnisse für Arbeit in Deutschland. Mitbestimmung und Flächentarif*, Fraknfurt/New York: Campus Verlag GmbH, 2003; James Helmer, in: *De Toekomst van het cao-recht*, red. A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, Deventer: Kluwer 2011, p. 257 e.v.

56 Zie Helmer, a.w. p. 260.

57 Zie bijv. BAG 20.10.2010, 4 AZR 405/09.

58 Zie paragraaf 77 Abs. 4 van de Betriebsverfassungsgesetz.

Bündnisse für Arbeit ook vaak afgesloten in gevallen waarin geen cao-*Öffnungsklausel* bestond.[59] In de praktijk werd dit dan achteraf door de vakbonden goedgekeurd. Bij dit alles moet men bedenken, dat in de grote ondernemingen van Duitsland kaderleden van de grootste vakbonden (met name de DGB-bonden) vaak de dienst uitmaken, waardoor feitelijk op het niveau van de onderneming inbreng van die vakorganisaties verzekerd is.

In *Frankrijk* sloten de sociale partners in 2013 een Sociaal Akkoord, dat vervolgens werd omgezet in wetgeving. Een van deze maatregelen betrof de *"accords de maintien d"emploi"*.[60] Dat zijn overeenkomsten tussen aan de ene kant de representatieve vakbonden en anderzijds de werkgever van een onderneming die in ernstige conjuncturele economische moeilijkheden verkeert. De representatieve vakbonden en de ondernemingsraad moeten worden betrokken bij de analyse van die economische problemen. Vervolgens kan dit leiden tot een ondernemings-cao waarbij de werkgever, in ruil voor een banengarantie gedurende maximaal twee jaar lonen, arbeidstijden en werkorganisatie mag aanpassen, waarbij de lonen niet lager gesteld kunnen worden dan op 120% van het minimumloon. De hierboven bedoelde ondernemings-cao moet getekend zijn door een of meer representatieve vakorganisaties, die samen bij de jongste OR-verkiezingen meer dan 50% van de stemmen hebben gekregen. Bij gebreke daarvan kan het akkoord ook door andere werknemersvertegenwoordigers worden uitonderhandeld. In dat geval moet de meerderheid van de werknemers in een referendum zo'n *accord de maintien d'emploi* goedkeuren. Als een individuele werknemer toch niet akkoord wil gaan met zo'n verandering dan mag hij ontslagen worden volgens de regels van het individuele ontslag (en dus niet volgens de regels van het collectieve ontslag).

Dit instrument is niet erg gunstig voor de werknemers[61] en is volgens de Europese Commissie niet goed aangeslagen. Zeer weinig bedrijven hebben van de nieuwe regelingen gebruikgemaakt om de arbeidsvoorwaarden flexibeler te maken. Volgens de Europese Commissie zou deze regeling herzien moeten worden om de ondernemingen meer armslag te geven om

59 Blanke-Rose, a.w., p. 233.
60 Art. L 5125, nrs. 1-7 CdT.
61 C. Lang, S. Clauwaert en I. Schömann, *Working time reforms in times of crisis*, Brussels: ETUI 2013, p. 22.

lonen en werktijden aan hun economische situatie aan te passen.[62] Inmiddels heeft Franse wetgever metterdaad wat gesleuteld aan deze regeling door met name de maximale tijd voor deze akkoorden te verlengen tot vijf jaar en de rechtspositie van de werknemers die tegen het akkoord zijn, ietwat te verbeteren.[63] Maar of dit soort akkoorden daarmee nu wel tot bloei gaan komen blijft een grote vraag.

In *Italië* kent men sinds 1984[64] het *contratto di solidarietà*, dat in die tijd duidelijk werd gezien als alternatief voor een collectief ontslag. Het idee is, dat het personeel van een onderneming maximaal 60% minder uren gaat werken met corresponderende loonvermindering. Die operatie moet steunen op een overeenkomst tussen de vakbondsvertegenwoordiging en de werkgever, goedgekeurd in een referendum onder de betrokken werknemers. Tegelijkertijd moet dan de overheid de beslissing nemen om de benodigde gelden beschikbaar te stellen vanuit de werkloosheidskassen. Op basis van een dergelijk contract kunnen de werknemers van een bedrijf minder gaan werken en krijgen dan circa 70%[65] van hun ingeleverde inkomen vanuit de werkloosheidskassen. Dit instrument wordt in de praktijk veel minder benut dan de wetgever had verwacht. Het werd eigenlijk alleen in enigszins omvangrijke mate gebruikt wanneer de regering er voldoende geldelijke middelen voor beschikbaar stelde.[66] Vooral de werkgevers voelen er weinig voor.[67]

In 2009 forceerde Fiat een ondernemings-cao, die in negatieve zin ("in peius") afweek van de bedrijfstak-cao, wat tot dan toe in Italië ongehoord was.[68] Na veel gedoe, sloten de sociale partners op centraal niveau in 2011 een akkoord, dat een zekere decentralisatie moest mogelijk maken, maar toen de toenmalige rechtse regering dat ook in een wet ging verankeren,[69]

62 Aanbeveling van de EU-Raad aan Frankrijk van 14 juli 2015, 2015/C 272/14, *PbEU*, C 18.8.2015, C 272/15.
63 Wet van 6 augustus 2015, Loi 1015-9990, art. 287-295).
64 Geïntroduceerd door Wet nr. 863/1984.
65 De afgelopen jaren varieerde dat percentage tussen de 60 en 80%.
66 C.A. Nicolini, 'Contratti di solidarietà, evoluzione di una disciplina non scritta', *RDSS* 2014, p. 473-492.
67 S. Colombo/I. Regalia, 'The reform and impact of joint regulation and labour market policy during the current crisis: Italy', in: A. Koukiadaki a.o. (eds), *Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis*, Brussels, 2016, p. 306-307.
68 A.T.J.M. Jacobs, 'Who is afraid of derogatory agreements at company level?', in: M. Garofalo/U. Carabelli, *Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani* (Liber amicorum B. Veneziani), Bari, 2012, p. 159-163.
69 Art. 8 van Wet nr. 148/2011.

riep zij daarmee de toorn van diezelfde sociale partners over zich af. In de Italiaanse realiteit zijn er zelden bonden te vinden, die zich voor het sluiten van dit soort afwijkings-cao's lenen.

Als men dit soort voorbeelden goed op zich laat inwerken, blijkt dat de besproken buitenlandse wettelijke regelingen neerwaartse afwijkingen van de bedrijfstak-cao mogelijk maken, maar wel onder minstens één, zo niet twee voorwaarden: de medewerking van de machtigste vakbonden en de meerderheidsinstemming van de betrokken werknemers (of hun vertegenwoordigers). En daar tonen zich dan meteen ook de verschillen tussen Duitsland en Frankrijk/Italië. In Duitsland deden de grote bonden mee met een loonofferbeleid. In Frankrijk en Italië voelen de grootste bonden meestal niets voor loonofferakkoorden, dus blijven de geboden mogelijkheden daar vaak onbenut. Italië laat dan nog zien, dat een tweede belangrijke aspect is de kwestie of de overheid/de collectiviteit ook nog direct of indirect financieel bijdraagt om de loonoffers van de werknemers geheel of gedeeltelijk te compenseren.

De Duitse, Franse en Italiaanse voorbeelden, die hierboven zijn opgevoerd, vormen onderdeel van een in veel meer landen gangbare trend tot decentralisatie van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming, waarbij op lager niveau *in peius* kan worden afgeweken van collectieve contracten die op hoger niveau zijn gesloten.[70] Deze trend wordt bevorderd door de ideologen van het marktdenken. Ze wordt onontkoombaar geacht door de meeste wetenschappers, die zich met globalisering, individualisering en hun effecten op de arbeidsmarkt bezighouden. Maar ze baart zorgen voor de vakbonden en iedereen, die deze ontwikkeling beschouwt als een onderdeel van een "race to the bottom". Soms echter kan zulk een decentralisatie onvermijdelijk en ook wel heilzaam zijn, maar dan komt het er wel op aan haar in goede banen te leiden.[71] Dat zou kunnen door meer nadruk op (en juridische kracht voor) de rol van het grootschalige

70 A.T.J.M. Jacobs, 'Decentralisation of Labour Law Standard Setting and the Financial Crisis', in: N. Bruun/K. Lórcher/I. Schumann, *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2014; S. Bellomo, *Transformation and Functional Evolution of the Collective Bargaining*, Paper voor het Wereldcongres in Kaapstad, 2015, van de ISLSSL

71 J. Visser, 'Beneath the Surface of Stability: New and Old Modes of Governance in European Industrial Relations', *European Journal of Industrial Relations* 2005, 11(3), p. 287-306.

collectieve contract om de modaliteiten van de toelaatbare afwijkingen in peius te reguleren (gecontroleerde decentralisatie). Maar makkelijk is dit niet.[72]

4.1.6 *Conclusies en voorstellen*

In paragraaf 1 en 2 van deze bijdrage zagen we dat er in de sociaal-politieke geschiedenis al best veel voorbeelden te vinden zijn van andere oplossingen voor budgettaire problemen van ondernemingen in Nederland dan collectieve ontslagen. Als jurist kennen we onze beperkingen om "echte oplossingen" te bedenken. Maar we stellen vast dat wetenschappelijk onderzoek ernaar over een langere periode (dan alleen 2013) ontbreekt. We bevelen van harte aan dat ter hand te nemen.

In het bovenstaande stelden we dat naar Nederlands recht voor loonoffers de cao de koninklijke weg is. Technisch bezien zal zo'n offer vervat moeten worden in standaardbepalingen omdat anders volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad het doel – verplichte benedenwaartse aanpassing – niet wordt bereikt. En dat geldt dan voor de georganiseerde werknemers; ongeorganiseerde werknemers zijn alleen aan zo'n cao gebonden als de cao en de wijziging ervan geïncorporeerd zijn in hun arbeidsovereenkomst. In de praktijk betekent dit dat deze koninklijke weg alleen effectief is als *de facto* de dekking van de (aangepaste) cao – zo goed als – 100% is. En dat zal maar zelden het geval zijn. Daarmee lijkt de cao-route in het algemeen praktisch niet altijd effectief.

In een aantal algemeen verbindend verklaarde cao's is een mogelijkheid opgenomen dispensatie ervan te verzoeken. Voor zover ons bekend spelen die in situaties waar loonoffers door werkgevers gewenst worden, in de praktijk van de cao nauwelijks een relevante rol. Zoals we in paragraaf 3 al bepleiten zou het aanbeveling verdienen als – mogelijk ook in een spoedprocedure – al dan niet tijdelijke dispensatie van toepassing van de cao zou kunnen worden verleend aan ondernemingen die in zwaar weer verkeren.

72 R. Bispinck, 'Kontrollierte Dezentralisierung der Tarifpolitik – Eine schwierige Balance', in: *WSI Mitteilungen* 2004, No. 57, p. 237-245; zie ook F. Taxier, 'Farewell to Labour Market Associations? Organized versus Disorganized Decentralization for Industrial Relations', in: F. Traxler/C. Couch (eds.), *Organized Industrial Relations in Europe. What future?* Avebury: Aldershot 1995.

We signaleerden dat cao's met yellow unions een dubieuze oplossing zijn. "Formeel" zijn yellow unions een bevoegde partij; het is echter zeer wel mogelijk dat de rechter een cao met dergelijke bonden buiten toepassing zal laten. De lagere rechtspraak laat op dit punt enkele voorbeelden zien in extreme situaties. Een vergelijkbare toets geldt onzes inziens dan vermoedelijk ook voor serieuze loonsverlaging. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgelaten.

Collectieve wijziging zonder instemming van de vakorganisaties en daarmee loonsverlaging lijkt naar Nederlands recht in theorie wel mogelijk als in ieder der arbeidsovereenkomsten een beding ex art. 7:613 BW is opgenomen. Daarvan biedt de rechtspraak overigens tot op heden geen voorbeelden. Een serieuze collectieve verlaging via het beginsel van goed werknemerschap lijkt echter niet goed mogelijk.

Al met al moet misschien wel de conclusie zijn dat het cao-recht – de bovenvermelde uitzonderingen daargelaten – voor collectieve loonoffers een allerminst gemakkelijke weg is, omdat de binding van de individuele werknemers niet altijd verzekerd is. Het is niet onwaarschijnlijk dat Nederlandse vakorganisaties, net als hun collega's in andere West-Europese landen, een loonoffer alleen al om die reden doorgaans afwijzen. Zoals gezegd is een loonoffer doorgaans voor vakorganisaties als de FNV onbespreekbaar als daar niet harde garanties met betrekking tot werkgelegenheid tegenover staan. Vaak wordt dan een grotere levensvatbaarheid van de onderneming door de werkgever gestipuleerd en dat alleen vinden vakorganisaties doorgaans een onvoldoende argument voor een serieus loonoffer. Bovendien: als na loonsverlaging alsnog ontslagen volgen, heeft de loonsverlaging ook effect op een (nog) lagere WW; liever nog bedingt men dan een sociaal plan voor collectieve ontslagen.

We zagen in paragraaf 5 een andere benadering door grote vakorganisaties in Duitsland. Daar wordt in bedrijfstak-cao's toegelaten dat (o.a.) ondernemingsraden bedingen kunnen afspreken die afwijken van de cao.[73] Het afgelopen decennium liet zien dat met name het inleveren van ADV in ruil voor het (voorlopig) behoud van arbeidsplaatsen bij grote ondernemingen als Opel zeer gewoon was. De optie van de Betriebsvereinbarung op grond

73 In Nederland ziet men ook wel bepalingen dat door ondernemingsraden kan worden afgeweken van de cao. Daarbij gaat het vaak om decentralisatieafspraken; en doorgaans om minder cruciale onderdelen dan in Duitsland.

van een Öffnungsklausul is onzes inziens inspirerend voor de Nederlandse rechtsontwikkeling, dit wellicht onder voorwaarden die geënt zijn op de Nederlandse situatie.

We kunnen ons nog drie andere opties voorstellen.

Zo zou overwogen kunnen worden om loonoffers mogelijk te maken tijdens de situatie van *surseance van betaling*, wanneer die, zoals velen willen, meer wordt gericht op reorganisatie van de onderneming.

De werkgroep Insolad heeft in januari 2015 een ontwerp op tafel gelegd voor een hervorming van de surseance om haar meer te richten op reorganisatie van de onderneming. Met betrekking tot het arbeidsrecht komen die voorstellen echter niet verder dan een herziening van de bestaande regels met betrekking tot het ontslagrecht in surseance, dat men gelijk wil trekken met dat in faillissement (dat wil zeggen een verminderde ontslagbescherming).[74]

Een verdergaande suggestie zou kunnen zijn om in het geval van surseance aan de bewindvoerder in zijn rol als werkgever de bevoegdheid te geven om afwijkingen aan te brengen in de primaire arbeidsvoorwaarden, waaraan de werkgever zich tevoren gebonden had, zowel in de individuele arbeidsovereenkomsten als in de collectieve arbeidsovereenkomsten. Daarbij zijn diverse modaliteiten denkbaar. Men zou afwijkingen kunnen toelaten binnen bandbreedtes of met ondergrenzen, die wettelijk (eventueel driekwartdwingend) zijn vastgesteld (zoals in de Franse wet van 2013: niet beneden 120% minimumloon).

Een en ander zou vergezeld kunnen gaan van procedurele voorschriften, zoals raadpleging van de ondernemingsraad en/of de betrokken vakorganisaties, zoals we dat kennen in de Wet melding collectief ontslag. In aanvulling daarop zou men kunnen denken aan een voorwaarde als instemming van bijvoorbeeld minstens 75% van het personeel in loondienst. Een eenvoudige meerderheid is misschien niet toereikend. Instemming van allen – aan de andere kant – geeft te gemakkelijk de mogelijkheid dat

74 Zie nieuw art. 251 Insolad concept wetsontwerp Titel II Van surseance van betaling en punt 74 van de Toelichting op het Ontwerp voor een nieuwe surseance, *Insolad-publicaties*, januari 2015. De werkgroep Insolad is ingesteld door de Vereniging Insolventierecht Advocaten. Zie eerder M.J.M. Franken (red.), *Insolad, Rapport Insolad afwikkeling faillissementen*, Deventer: Kluwer 2011.

eenlingen een voorstel tenietdoen dat door (vrijwel) iedereen wordt gedragen. Een versterkte meerderheid geeft wellicht een goede balans tussen beide.

Ook zou men zich kunnen voorstellen dat voor die situatie de positie van werknemers in surseance wordt versterkt door bijvoorbeeld de toevoeging van een door de werknemers aan te wijzen bewindvoerder en wellicht na opheffing van de surseance de aanstelling van een werknemersdirecteur Sociale Zaken.

Tevens zou de tijdelijkheid van een deze optie kunnen worden geformaliseerd, zoals (vaststelling van geleidelijke momenten van) uiteindelijk terugkeer naar de oude arbeidsvoorwaarden.

In die situatie lijken ook twee aanpassingen in de Werkloosheidswet gewenst, die ons mede zijn ingegeven door een alleszins begrijpelijk bezwaar dat vakorganisaties doorgaans hebben tegen loonoffers, namelijk het mogelijk negatieve WW-effect. In de eerste plaats zou – geïnspireerd op het Italiaanse voorbeeld – (al dan niet tijdelijk) uit de werkloosheidskassen 70% van het verschil met het ingeleverde loon kunnen worden bijgedragen. In de tweede plaats zou bepaald kunnen worden dat het oorspronkelijke dagloon voor een uitkering ingevolge de Werkloosheidswet het uitgangspunt blijft als het ontslag onverhoopt toch doorgang vindt. Een enigszins verwante regeling bestaat in arbeidsongeschiktheidsregelingen waar ook het oorspronkelijke dagloon het referentiepunt blijft als de werknemer om medische redenen arbeid aanvaard heeft tegen een lager loon. Een en ander geldt ook voor ons voorstel voor deeltijdontslag (zie verderop in deze conclusie).

Een tweede optie is een *ruimere toepassing* van wat tot 1 juli 2015 de *regeling voor werktijdverkorting* van art. 8 BBA was. In het kader van de aanpassingen van de Wet werk en zekerheid beraadt de regering zich nu over een nieuwe regeling. In Nederland werd tot op heden de regeling voor verkorting van de werktijd alleen ingezet wanneer ondernemingen getroffen worden door buiten-economische tegenslagen (bijvoorbeeld een mond-en-klauwzeerepidemie). In Italië kan – zoals bleek in paragraaf 5 – het contratto di solidarietà ook ingezet worden, wanneer ondernemingen op bedrijfseconomische gronden in de problemen komen. Ook in Nederland gebeurde dat

tijdens de financiële crisis in 2009/2010 eventjes. En daar ligt dan ook de uitdaging voor het debat in Nederland: meer inzet van het middel van de werktijdverkorting? Of is dat, bij nader inzien, toch niet een juist medicijn?[75]

Loonsverlagingen kunnen in diverse vormen overwogen worden. Men kan die – een derde optie – de gestalte geven van een formeel *deeltijdontslag* gebaseerd op een UWV-vergunning. Dat schijnt in Nederland zelden te worden overwogen, omdat het UWV daar op landelijk niveau niets voor voelt – regiokantoren schijnen er soms wel toe over te gaan. In 2012/2013 kregen twee kinderopvangorganisaties echter al vergunning voor een deeltijdontslag.[76]

Verhulp[77] meent, dat gedeeltelijke opzegging thans wellicht juridisch mogelijk is, maar lastig te realiseren, omdat aangenomen mag worden, dat het UWV geen toestemming geeft voor deeltijdontslag. Maar ligt dit met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid nog zo? Naar onze mening biedt de Ontslagregeling[78] een goede opening voor deeltijdontslag. Er bestaat immers volgens art. 4 geen redelijke grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden, indien het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen groter is dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen, tenzij dit onvermijdelijk is en de werkgever de werknemers waarvan de arbeidsplaats gedeeltelijk vervalt schriftelijk heeft aangeboden de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voort te zetten voor het resterende deel van de overeengekomen arbeidsduur. In het verleden accepteerde de Hoge Raad al eens de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst geheel op te zeggen onder de premisse dat een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan met een mindere arbeidsduur.[79]

Bij een dergelijk deeltijdontslag zouden – zoals gezegd – vervolgens dezelfde WW-regels moeten gelden als die wij aangaven in de situatie van terugval in loon bij surseance van betaling.

75 A.T.J.M. Jacobs, 'Werktijdverkorting, het juiste medicijn?', *TRA* 2009, nr. 13, p. 2-3.
76 *De Volkskrant*, 18 december 2013.
77 In Kluwers *Blauwe Arbeidsovereenkomst*, 2015, p. 199.
78 *Stcrt.* 2015, 12685.
79 HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20.

Tot slot: de casus bij V&D in 2014 rond het loonoffer inspireerde ons tot deze bijdrage; inmiddels reiken onze gedachten verder dan het collectieve loonoffer als zodanig. We hopen dat onze verdergaande voorstellen tot discussie zullen inspireren. Juist in tijden als deze met een opwaartse conjunctuur kan een discussie over wat te doen in die van laagconjunctuur zonder de druk daarvan plaatsvinden.

Wij realiseren ons, dat de meeste van de bovenstaande suggesties een beroep doen op solidariteit, iets wat ten tijde van het vorig jubileum van de Vereniging voor Arbeidsrecht een (meer?) gedragen concept was. Solidariteit van alle werknemers in een onderneming met de werknemers, die specifiek door een ontslag bedreigd worden. Solidariteit van alle werknemers van een land of een bedrijfstak, die zouden moeten meebetalen aan maatregelen (bijvoorbeeld via de WW) om een zieltogende onderneming nog een reddingsboei toe te werpen; solidariteit tussen alle werkgevers of tussen alle werkgevers van de bedrijfstak om hun collega (eventueel concurrent) nog wat ademruimte te bieden en daarmee (tijdelijk) wat meer concurrentie te verdragen.

En daarmee raken we het thema van dit jaarboek: zijn alle betrokkenen anno 2016 nog wel bereid om zoveel solidariteit op te brengen? *The proof of the pudding is in the eating*. Aan de hand van onderwerpen als deze kunnen we zien hoe het anno 2016 staat met de solidariteit als waarde in het arbeidsrecht.

4.2 Arbeidsverhoudingen en collectieve arbeidsvoorwaarden, Quo Vadis?[80]

In deze bijdrage signaleren de auteurs een aantal ontwikkelingen, te weten het diverser worden van arbeidsverhoudingen, de versobering van pensioenrechten en het verschil in rechtspositie tussen werknemers in de marktsector en ambtenaren bij de overheid. Zij bespreken deze ontwikkelingen in de wetgeving en jurisprudentie, en de pogingen van sociale partners om grip te krijgen en te houden op die ontwikkelingen.

80 Inge Schraffordt is juriste medezeggenschaps- en arbeidsvoorwaarden bij het CBR en James Helmer is advocaat te Den Haag.

4.2.1 *Inleiding*

Vaste arbeidsverhoudingen, verworven rechten en solidariteit tussen mannen en vrouwen, jongeren en ouderen, werkenden (premiebetalers) en pensioengerechtigden; jarenlang was dit de basis voor het Nederlandse cao-overleg. Een overleg dat sinds de crisis in de jaren tachtig en met de totstandkoming van het poldermodel overwegend goed verliep. Eind jaren negentig was een tijd van grote welvaart met goed gevulde (werkgevers) kassen. Hoge bonussen, eindejaarsuitkeringen, een toename van leaseauto's, hoge dekkingsgraden bij pensioenfondsen en vervroegd uittreden van werknemers waren in beginsel de norm. "Ondanks" een toenemende flexibilisering en differentiatie van arbeid en arbeidsverhoudingen was er met een groeiende economie en werkgelegenheid voor werknemers noch werkgevers veel reden tot klagen. Hoewel de welvaart aan het begin van deze eeuw nog groot was, werd toch een eerste omslag in het denken over collectieve arbeidsvoorwaarden en arbeidsverhoudingen zichtbaar. Een omslag die zichtbaar werd op het terrein van pensioenen, flexibele arbeidsverhoudingen en bij het overheidspersoneel.

Hoge pensioenlasten, nadere inzichten ten aanzien van een vergrijzende beroepsbevolking en de onhoudbaarheid van het voor het vervroegd uittreden (VUT) gehanteerde omslagstelsel zorgden met de inwerkingtreding van de Wet VPL in 2005 voor een aanpassing in fiscale pensioenwetgeving, waarbij vervroegd uittreden fiscaal onaantrekkelijk werd gemaakt.[81] Strengere technische en beschermende kaders deden vervolgens hun intrede met de invoering van de Pensioenwet in 2007.[82] De verhoudingen tussen werkgevers, werknemers en pensioenuitvoerders kwamen daarmee onder druk te staan. Zo probeerden werkgevers en pensioenuitvoerders pensioenafspraken eenzijdig te wijzigen, maar de ruimte die de Hoge Raad gaf, bleek beperkt te zijn.[83] Ook gewezen werknemers/gepensioneerden accepteerden een wijziging van hun pensioenaanspraken niet zonder meer. Zij meenden niet gebonden te zijn aan afspraken tussen hun

81 *Stb.* 2005, 115.

82 *Stb.* 2006, 706.

83 HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/71, ECLI:NL:HR:2010:BK3570: "Gelet op de aard van die rechtsverhouding mag een werkgever er evenwel slechts dan op vertrouwen dat een werknemer heeft ingestemd met een voor hem nadelige wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden als hem duidelijkheid is verschaft over de inhoud van die wijziging en op basis van verklaringen of gedragingen van die werknemer een welbewuste instemming met die wijziging mag worden aangenomen." Bijv. ook: Hof Amsterdam 25 februari 2014, *JAR* 2014/136, ECLI:NL:GHAMS:2014:529.

ex-werkgever en werknemers.[84] De versobering van de pensioenaanspraken zette niet alleen de verhouding tussen werkgevers, pensioenuitvoerders en werknemers onder druk, ook de solidariteit tussen de groepen van (ex-)werkenden zelf had eronder te lijden.

Met een voortschrijdende flexibilisering van arbeidsverhoudingen, zoals payrolling, contracting,[85] het steeds meer inzetten van zelfstandigen zonder personeel (zzp), en een gelijktijdige afname van het aantal werknemers in vaste dienst, wakkerde in 2010 de noodzaak tot bescherming van de "zwakkere partij" in de arbeidsverhouding en het tegengaan van sociale concurrentie verder aan. Sociale partners schaarden de nieuwe arbeidsverhoudingen ofwel (aanvankelijk) onder een nieuwe cao (de VPO-cao's in de periode 2006-2012), ofwel onder een reeds bestaande cao. Voor zzp'ers werden, in sectoren waar opdrachtgevers machtig waren, afspraken gemaakt over voor hen geldende minimumtarieven.[86] Daarmee werd niet alleen beoogd sociale concurrentie te voorkomen, maar ook om de zogeheten schijnzelfstandigen – de zelfstandige die liever in een vast dienstverband werkzaam zou zijn, maar eigenlijke geen andere keuze had dan om als zelfstandige werkzaamheden te verrichten – te beschermen.

De overheid pakte de diverse kwesties ten aanzien van flexibele arbeidsverhoudingen op door nadere wetgeving. In de jaren negentig werd met de invoering van de Flexwet nog aan de wens van werkgevers tot meer flexibilisering tegemoetgekomen. In 2015 is echter met de invoering van de Wwz de, volgens de overheid doorgeschoten, flexibilisering en de (soms onbeperkte) mogelijkheid van sociale partners om via driekwartdwingend recht af te wijken van wettelijke bepalingen, meer aan banden gelegd.[87] Naast de grootschalige wijzigingen van de Wwz heeft de wetgever ook op

84 HR 6 september 2013, *JAR* 2013/249, m.nt. Heemskerk. Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:332.

85 Bij contracting besteedt de opdrachtgever een klus, werk, dienst of activiteit uit aan een aannemer of opdrachtnemer. De "contractor" verbindt zich jegens de opdrachtgever ten aanzien van het te leveren (eind)resultaat. Bij contracting als arbeidsrechtelijke driehoekverhouding voert het contractingbedrijf (de aannemer of opdrachtnemer) de opdracht voor de opdrachtgever uit met inzet van eigen, door hemzelf aangestuurde werknemers.

86 E. Koot van der Putte, 'Zzp'ers en de cao: mogelijk en wenselijk?', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 59-78.

87 J.L.A. Helmer e.a., 'Caleidoscopische blik op het cao-recht 2012-2013', *Arbeidsrechtelijke reflecties* 2014, p. 32.

andere fronten van zich laten spreken. Recent interdepartementaal onderzoek naar zzp'ers heeft in oktober 2015 geleid tot de aankondiging van het inperken van institutionele verschillen tussen de behandeling van werknemers en zzp'ers, het treffen van nadere maatregelen ten aanzien van bestrijding van schijnzelfstandigheid (onder meer door invoering van de Wet aanpak schijnconstructies; WAS), het aantrekkelijker maken van werkgeverschap en een toegankelijke bescherming voor zzp'ers. Aanpassing van de fiscale behandeling van zzp'ers, waar eerder even sprake van was, blijft echter uit.[88] Voor de werknemer biedt de wetgever door enkele wijzigingen in de Wet arbeid en zorg[89] en met de Wet flexibel werken[90] meer mogelijkheden om binnen de context van een arbeidsovereenkomst te voorzien in de behoefte aan meer flexibiliteit en aandacht voor de privésituatie. Met het tegemoetkomen aan de behoefte om zelf invulling te geven aan de arbeidstijden wordt mogelijk één van de redenen om te kiezen voor het zelfstandig ondernemerschap minder van belang.

Ook het onderscheid tussen de rechten van enerzijds "gewone" werknemers en anderzijds personeel bij de rijksoverheid en in het onderwijs (de ambtenaren) begon de afgelopen jaren steeds meer te wringen. Bij de omvorming door de overheid van de zelfstandige bestuursorganen (zbo's),[91] die sinds de invoering van de Kaderwet zbo's (Kaderwet) in 2007 zijn beslag krijgt, werd onder meer geconstateerd dat grote verschillen in beloning en functiewaardering waren ontstaan tussen het personeel van enkele zbo's en het personeel in dienst bij de rijksoverheid (ambtenaren). Dit verschil lijkt te zijn ontstaan doordat een aantal zbo's ten aanzien van loongebouw en functiewaardering aansluiting hebben gezocht bij de marktsector. Daarnaast nam, daar waar de ambtenaar in de huidige omstandigheden steeds meer als "gewone" werknemer werd gezien, de roep ten aanzien van het steeds verder gelijkstellen van werknemers en ambtenaren toe. Met het wetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (hierna: Wet normalisering) wordt aan deze roep (verder) gehoor gegeven. Als de Wet normalisering daadwerkelijk in werking treedt, is het ook logisch om tot een duidelijkere scheiding tussen de rol van de overheid als werkgever en die van wetgever te komen.

88 Ministerie van Financiën, *IBO Zelfstandigen zonder personeel*, 2015. *Kamerstukken II* 2015/16, 31 311, nr. 154, p. 9.
89 Wijzingen in de WAZO per 1 januari, 1 juli 2015 en 1 april 2016.
90 *Stb.* 2015, 245.
91 Bestuursorganen die op het niveau van de centrale overheid zijn ingesteld, maar die niet hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een politiek verantwoordelijke minister.

Langdurige vaste dienstverbanden, solidariteit, verworven rechtsposities, aan dit alles lijkt anno 2016 een einde te zijn gekomen. Of toch niet? De hierboven genoemde ontwikkelingen ten aanzien van pensioen, flexibele arbeidsverhoudingen en de positionering van overheidspersoneel staan niet stil. Deze bijdrage gaat nader in op de hierboven gesignaleerde en andere ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie, en de verwoede pogingen van sociale partners om grip te krijgen (en te houden) op deze ontwikkelingen.

4.2.2 Pensioen onder druk, solidariteit gewenst?

Het Nederlandse pensioenstelsel

Allereerst, ten behoeve van een beter begrip van de ontwikkelingen van de afgelopen jaren, een korte toelichting op het Nederlandse pensioenstelsel. Het Nederlandse pensioen bestaat uit drie pijlers. De 1e pijler betreft het staatspensioen, de AOW. Iedereen tussen, thans, 15,5 en 66,5 jaar die in Nederland heeft gewoond of gewerkt, is voor de AOW verzekerd. De huidige beroepsbevolking betaalt de AOW van de huidige AOW-gerechtigden via premies over het loon. Daarnaast betaalt de overheid een deel vanuit de algemene middelen.

In Nederland bestaat naast de AOW in beginsel geen pensioenplicht. Toch heeft meer dan 90% van de werknemers een pensioenregeling via zijn werkgever, het zogenaamde "aanvullend" of "2e pijler-pensioen". De inhoud van deze pensioenregeling wordt, meestal in collectief verband, bepaald door werkgevers en werknemers. De pensioenregelingen worden vervolgens ondergebracht bij en beheerd door pensioenfondsen of verzekeraars. Er bestaan ondernemings-, bedrijfstak- en beroepspensioenfondsen. Deelname van werknemers en werkgevers aan een bedrijfstakpensioenfonds is in sommige gevallen door de overheid verplicht gesteld. Deze verplichtstelling zorgt voor onderlinge solidariteit en de mogelijkheid om gemakkelijk binnen de bedrijfstak van baan te wisselen zonder gevolgen voor het pensioen. Voor individuele werkgevers is deelname aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds aan de ene kant gemakkelijk; de regeling en premies staan immers vast. Aan de andere kant zijn er werkgevers die juist de flexibiliteit van een eigen regeling missen en/of waarvoor de verplichte premies een zware last zijn.

Het pensioenkapitaal voor de 2e pijler, wordt gefinancierd door middel van kapitaaldekking, dat wil zeggen door premies die in het verleden zijn ingelegd, vermeerderd met het rendement. Doordat de inleg van de premies veelal in collectief verband plaatsvindt, kunnen de uitvoeringskosten relatief laag worden gehouden.

De 3e pijler betreft fiscaalgunstige verzekeringsproducten. Met name zzp'ers en werknemers waarvoor geen 2e pijler-pensioenregeling van toepassing is, maken hiervan gebruik.

Economische crisis, hogere levensverwachting, solidariteit pensioen onder druk
De meest voorkomende vorm van pensioenregelingen in Nederland is een defined benefit-regeling (DB-regeling). Bij een DB-regeling wordt een pensioen*uitkering* toegezegd. DB-regelingen kunnen worden onderscheiden in eindloon- en middelloonregelingen. Bij een eindloonregeling is de hoogte van het pensioen gerelateerd aan het laatstverdiende loon. In de jaren negentig waren de meeste pensioenregelingen eindloonregelingen. Hoger opgeleiden profiteerden daarvan het meest vanwege de steilere carrièregroei, maar ook omdat de opbouw en inleg van pensioenpremie destijds meestal pas begon op de leeftijd van 25 jaar. Vanwege de hoge pensioenlasten zijn de meeste pensioenregelingen in Nederland in het begin van dit millennium aangepast van eindloon- naar middelloonregelingen. Bij een middelloonregeling is de hoogte van het pensioen gerelateerd aan het jaarlijks verdiende loon. Op grond van art. 8 lid 5 Pensioenwet is de leeftijd voor deelname aan de pensioenregelingen verlaagd naar 21 jaar. Hiermee werd het verschil tussen hoger en lager opgeleiden weer enigszins tenietgedaan.

Naast de wijziging van eindloon- naar middelloonregelingen is de laatste jaren ook sprake geweest van een toename van de, voor werkgevers minder risicovolle en in Angelsaksische landen meer gebruikelijke, beschikbare premieregeling. Bij deze premieregeling wordt, anders dan bij een DB-regeling, niet een pensioenuitkering bij pensionering aan de werknemer toegezegd, maar enkel een vastgestelde jaarlijkse premie beschikbaar gesteld waardoor de rendementsrisico's (de beleggings- en renterisico's) niet meer op de werkgever maar op de werknemer drukken. De verplicht gestelde bedrijfstak- en ondernemingspensioenfondsen, waarin de sociale partners vertegenwoordigd zijn, hanteren echter veelal middelloonregelingen. De beschikbare premieregelingen blijven daarmee voorbehouden

aan sectoren waarin sociale partners niet vertegenwoordigd zijn, of worden, in aanvulling op de middelloonregeling, enkel overeengekomen over het hogere gedeelte van het inkomen. Een nieuw onderscheid tussen de hogere en lagere inkomens heeft hiermee zijn intrede gemaakt.

De solidariteit tussen jongeren en ouderen, en deelnemers en gewezen deelnemers in de 2e pijler is echter tot het begin van dit millennium altijd min of meer een vanzelfsprekendheid geweest. Deelname aan de pensioenregeling van de werkgever of bedrijfstak is meestal verplicht en deze verplichting stond lange tijd niet tot nauwelijks ter discussie.

Hogere levensverwachtingen in combinatie met de slechte financiële positie van de pensioenfondsen, grotendeels veroorzaakt door de economische crisis (sinds 2008), een jarenlange lage rente en lagere inkomsten uit beleggingsresultaten, hebben geleid tot een strenger toezicht en strengere financiële regels.[92] Onder meer de twee grootste bedrijfstakpensioenfondsen, het ABP en het Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW), zijn door deze ontwikkelingen sinds 2009 niet tot nauwelijks in staat geweest om de pensioenen mee te laten groeien met de prijs- of loonstijgingen. Zij werden verplicht om met herstelplannen hun financiële buffers te herstellen. Het ABP zag zich daarbij zelfs genoodzaakt om (eerder opgebouwde) pensioenen te korten. Hierdoor is het verschil met de groei in lonen over de periode 2008 tot en met 2015 opgelopen tot ruim 11%.[93] De positie van veel pensioenfondsen is ook in 2015 verder verslechterd. De beleidsdekkingsgraad[94] is bij vier van de vijf grote bedrijfstakpensioenfondsen zelfs tot onder de 100% gedaald. Daarnaast heeft de overheid sinds 2009 in korte tijd meerdere malen wijzigingen in de AOW doorgevoerd.[95] De AOW-leeftijd zal

92 www.pfzw.nl.

93 www.abp.nl.

94 Het gemiddelde van de dekkingsgraden van de afgelopen twaalf maanden. Het percentage zegt iets over de verhouding tussen de bezittingen van pensioenfondsen en hun verplichtingen, de pensioenen die de fondsen nu en in de toekomst moeten uitkeren.

95 Wetsvoorstel Wijziging van de Algemene Ouderdomswet (...) verband met verhoging van de leeftijd waarop recht op ouderdomspensioen ontstaat, nr. 32247, is in mei 2011 ingetrokken en vervangen door het wetsvoorstel Wet verhoging pensioenleeftijd naar 66 jaar, nr. 32767, dat ook weer is ingetrokken. Het wetsvoorstel Wet verhoging pensioenleeftijd, extra verhoging AOW en flexibilisering ingangsdatum AOW is in 2011 ingetrokken, waarna in 2012 de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd tot stand is gekomen. In 2015 is deze wet gewijzigd door de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd (...) in verband met de versnelling van de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 083, nr. 17.

door deze wijzigingen stijgen tot 67 jaar in 2022 en stijgt vanaf 2022 mee met de levensverwachting in Nederland. Ook heeft het kabinet de ene na de andere wijziging van de fiscale regels met betrekking tot de opbouw van de aanvullende pensioenen doorgevoerd.[96]

De onzekerheid van werknemers en gepensioneerden over hun pensioenrechten is daarmee de afgelopen jaren toegenomen. Bovendien geldt dat de jongeren van nu, door de vergrijzing in combinatie met een doorsneepremie, voor een groot gedeelte de huidige pensioenuitkeringen betalen, terwijl zij geen zekerheid hebben of ze straks zelf voldoende pensioen ontvangen, opgebracht door een nieuwe – kleinere – generatie. De jongerenvakbonden pleiten daarom voor een spoedige aanpassing van het pensioenstelsel.

Pensioenfondsen

In de afgelopen jaren is het aantal (ondernemings)pensioenfondsen, onder meer vanwege een stijging van de uitvoeringskosten, sterk gedaald. Steeds meer pensioenfondsen zijn op zoek naar een groter collectief om zich bij aan te sluiten. Per 1 januari 2016 is in dit kader de mogelijkheid tot het oprichten van een algemeen pensioenfonds geïntroduceerd.[97] Hiermee wordt het bundelen van verschillende pensioenregelingen in één pensioenfonds mogelijk. Hierdoor kunnen allerlei voordelen worden gerealiseerd in het belang van deelnemers, zoals het beperken van bestuurlijke lasten, vermogensbeheer- en uitvoeringskosten. Uit het register pensioenfondsen van DNB blijkt het aantal fondsen is gedaald van ruim 1.000 in 1999 naar momenteel 323.[98] Ook de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen hebben de wens om tot schaalvergroting te komen. Dit is op basis van de huidige Wet algemeen pensioenfonds echter nog niet mogelijk. Het kabinet heeft in dat kader een wetswijziging aangekondigd die het mogelijk zal maken om de verplicht gestelde regeling te laten uitvoeren door een algemeen pensioenfonds, dan wel het verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds om te vormen tot algemeen pensioenfonds.[99]

96 *Stb.* 2014, 196 (Wet Witteveen 2015).
97 *Stb.* 2015, 551.
98 www.dnb.nl.
99 *Kamerstukken I* 2015/16, 32 043, nr. E. *Kamerstukken II* 2015/16, 32 043, nr. 298.

Toekomst van het pensioenstelsel

Het Ministerie van SZW heeft in 2014/2015 de toekomstbestendigheid van het pensioenstelsel aan de orde gesteld. In deze Nationale Pensioendialoog is met name aandacht gevraagd voor de solidariteit waarop het pensioenstelsel berust.[100] Naar aanleiding van de uitkomsten van de dialoog heeft het kabinet in juli 2015 laten weten, te willen kiezen voor afschaffing van de doorsneesystematiek. De doorsneesystematiek, waarbij de premie voor een bepaalde groep uniform is vastgesteld zonder rekening te houden met individuele verschillen in leeftijd, burgerlijke staat of geslacht, zorgt voor een herverdeling van jonge naar oudere deelnemers. Jongeren vinden dat zijzelf in deze systematiek, in verhouding tot hun rechten en tot hetgeen ouderen betalen, te veel pensioen betalen of dat hun werkgever te veel betaalt waardoor voor henzelf minder loon overblijft. Het kabinet concludeert dat deze systematiek met de hedendaagse arbeidsmarkt wringt en het een transparante verdeling van risico's tussen deelnemers in de weg staat.[101]

Het SCP heeft in het kader van de pensioendialoog onlangs onderzoek gedaan naar de opvattingen van werkenden over aanvullende pensioenen[102] en geconcludeerd dat onder de huidige werkenden weliswaar nog steeds de bereidheid bestaat tot risicodeling ten aanzien van risico's die ook de eigen persoon kunnen treffen, maar dat de werkende minder bereid lijkt tot het subsidiëren van groepen die het, naar men meent, toch al goed hebben. Hoewel in theorie onder werknemers de behoefte lijkt te bestaan aan keuzevrijheid ten aanzien van pensioen, zou men daar in de praktijk vervolgens weinig mee doen. Vanwege overwegingen van transparantie en kostenbesparing gaat de voorkeur van veel van de huidige werkenden daarentegen juist uit naar een systeem met één pensioenfonds.

Eind november 2015 heeft het kabinet het wetsvoorstel Variabele pensioenuitkering bij de Tweede Kamer ingediend,[103] waarmee het de keuzemogelijkheid wil bieden van een variabel, risicodragend pensioen. Als de deelnemer hiervoor kiest, varieert zijn pensioen na de pensioendatum mee met het beleggingsrisico, de ontwikkeling van de levensverwachting en het gerealiseerde resultaat op sterfte. Dit maakt het pensioen minder

100 www.denationalepensioendialoog.nl. SER, *Toekomst pensioenstelsel*, februari 2015.
101 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 972, nr. P.
102 SCP, *Pensioen: solidariteit en keuzevrijheid*, augustus 2015.
103 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 344, nr. 1.

afhankelijk van de actuele marktrente op de pensioendatum. De deelnemer krijgt dus een ruimere keuze dan bij de invoering van de Pensioenwet waar het pensioenbegrip destijds beperkt was tot "uitkeringen in geld waarvan de hoogte in ieder geval op de ingangsdatum voor de deelnemers is vastgesteld".[104]

Het kabinet heeft vervolgens een werkprogramma voor de nadere uitwerking van vier hoofdlijnen voor een nieuw pensioenstelsel in een brief aan de Staten-Generaal uiteengezet.[105] De hoofdlijnen zijn:

1. Een gedifferentieerde aanpak waarbij het verschil in pensioenopbouw wordt verminderd tussen sommige werknemers die verplicht pensioen opbouwen via hun werkgever en soms daarnaast ook nog beschikken over andere vermogensbronnen, en andere werkenden zoals zzp'ers, flexwerkers en werknemers in de "witte vlek".
2. Het vervangen van de doorsneesystematiek door een meer actuarieel correcte manier van pensioenopbouw.
3. Het ontwikkelen van een nieuwe, transparante vorm van pensioenovereenkomst die in beginsel uitgaat van een persoonlijk pensioenvermogen, maar ruimte laat voor collectieve risicodeling.
4. Meer ruimte voor keuze en maatwerk op het gebied van inleggen, beleggen en opnemen van pensioen.

Deze hoofdpunten zullen door het CPB worden doorgerekend en de uitwerkingsnota wordt voor de zomer van 2016 verwacht. Opvallend is dat het kabinet vooralsnog niet (in alle opzichten) lijkt aan te sluiten bij de behoeften van werkenden zoals deze blijken uit de conclusies van het SCP. Vooralsnog lijkt het kabinet in ieder geval niet in te zetten op de uitwerking naar een nationaal pensioenfonds. Met het wetsvoorstel Variabele pensioenuitkering zet het kabinet in op meer keuzevrijheid in combinatie met minder inkomenszekerheid. De vraag is of het kabinet daarmee tegemoetkomt aan de daadwerkelijk gevoelde behoefte van alle werkenden, of alleen aan de behoefte van de hoger opgeleiden.

Overige ontwikkelingen

Vooruitlopend op het nieuwe pensioenstelsel is het Pensioenfonds voor mediapersoneel en de creatieve sector (PNO) als eerste (grote) pensioenfonds per 1 januari 2016 gestopt met vaste premies voor jongere en oudere

104 www.aegon.nl/zakelijk/adfis-nieuws/wetsvoorstel.
105 *Kamerstukken I* 2015/16, 32 043, nr. E. *Kamerstukken II* 2015/16, 32 043, nr. 298.

werknemers. Daarmee heeft het fonds het solidariteitsprincipe gedeeltelijk losgelaten. Bedrijven die vooral ouderen in dienst hebben, gaan een hogere pensioenpremie betalen dan bedrijven met relatief veel jonge werknemers. Voor werkgevers die onder dezelfde cao vallen wordt de pensioenpremie op cao-niveau vastgesteld. De gemiddelde leeftijd van het volledige personeelsbestand zal de hoogte van de premie bepalen. Voor de meeste werkgevers in de sector zal de premie hierdoor maximaal 5% hoger of lager uitvallen.[106]

Hoewel sinds 2015 ook enkele pensioenregelingen voor zzp'ers zijn geïntroduceerd,[107] blijkt er vooralsnog weinig animo voor te zijn. De Autoriteit Financiële Markten pleitte er eerder al voor om het sparen voor pensioen verplicht te stellen voor zzp'ers.[108]

Sociale partners zijn bij de ontwikkelingen op pensioengebied op allerlei manieren betrokken.

Diverse sociale akkoorden op pensioengebied zijn de afgelopen jaren, veelal onder druk van voorgenomen wetgeving, tot stand gekomen en soms ook juist door de snelheid en hoeveelheid van nadere wetgeving, weer gesneuveld. Het kabinet heeft in het kader van de uitwerking van het nieuwe pensioenstelsel wederom aangekondigd de sociale partners te zullen betrekken.

Ex-werknemers/gewezen deelnemers en uitgewerkte rechtsverhouding
Eén van de problemen waar vakbonden en werkgevers ondertussen tegenaan lopen is het vraagstuk met betrekking tot de uitgewerkte rechtsverhouding. De vraag is of het mogelijk is om via de cao een wijziging van pensioenaanspraken van gewezen werknemers (gepensioneerden en ex-werknemers, zogenaamde slapers die wel uit dienst zijn maar nog geen pensioen ontvangen) te bewerkstelligen.[109] De arbeidsovereenkomst met de ex-werknemer is immers beëindigd en hij is, tenzij wederom werkzaam

106 'Pensioenfonds media schrapt solidariteit in premies', *Financieel Dagblad*, 26 november 2015.
107 Bijv. het zzp-pensioen van APG-Loyalis.
108 'AFM: laat zzp'ers verplicht pensioen opbouwen', *De Volkskrant*, 13 januari 2015.
109 We bespreken hier niet de binding via het incorporatiebeding. Zie succesvol: Ktr. Amsterdam 4 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5345. Kritisch: M.F. Baltussen, 'De cao en ex-werknemers: een (on)mogelijke combinatie?', in: A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 100-101.

in dezelfde branche, in beginsel niet meer gebonden aan de cao van de ex-werkgever. Hij is bovendien geen deelnemer meer maar "gewezen" deelnemer in de pensioenregeling. De vraag is of en zo ja op welke wijze, deze ex-werknemer/gewezen deelnemer nog legitiem gebonden kan worden aan een negatieve wijziging in een cao die tot stand is gekomen na het einde dienstverband/deelnemerschap.[110] In de literatuur zijn voor- en tegenstanders van binding van ex-werknemers aan de cao te vinden. Enerzijds zijn er auteurs[111] die ervoor pleiten dat de cao geen postcontractuele verbintenissen kan aantasten. Anderzijds zijn er auteurs[112] die menen dat de rechtsverhouding niet bevroren of uitgewerkt is en via de cao nog steeds legitiem wijzigingen in pensioenaanspraken van gewezen werknemers geregeld kunnen worden.

In het arrest ECN/Oomen,[113] dat overigens niet ging om een wijziging van pensioenaanspraken via cao maar over een eenzijdige wijziging van de pensioenovereenkomst door een werkgever jegens zijn ex-werknemers (inclusief gepensioneerden), besliste de Hoge Raad in positieve zin voor de werkgever. De Hoge Raad bepaalde – kort gezegd – dat het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet meebrengt dat de rechtsverhouding tussen partijen ten aanzien van pensioenafspraken als "uitgewerkt" moet worden aangemerkt. Volgens de Hoge Raad wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Deze overeenkomst kan dan ook nog in beginsel, al dan niet eenzijdig, gewijzigd worden. Of en zo ja, in hoeverre de pensioenaanspraak kan worden aangetast, is afhankelijk van de wet en de regels die de uitvoering van de pensioenovereenkomst beheersen alsmede van de inhoud van die overeenkomst. Uit het feit dat de Hoge Raad expliciet heeft verwezen naar een voortzetting in de *pensioenovereenkomst* kan worden opgemaakt dat de pensioenwetgeving nog op deze rechtsverhouding van toepassing is. Op basis van dit arrest is echter onduidelijk of, na einde dienstverband, ook nog sprake is van pensioen als "arbeidsvoorwaarde"

110 Baltussen, a.w.

111 A. Stege, *De CAO en het regelingsbereik van de sociale partners* (diss. VU), Amsterdam: VU 2004. N. Tali, 'De cao en de rechtspositie van gepensioneerden', *ArbeidsRecht* 2009/33.

112 J.M. van Slooten, 'De 'uitgewerkte rechtsverhouding': geen argument, maar soms een conclusie,' *Arbeidsrecht* 2013/6. 'E. Lutjens, 'Pensioenvoorziening bij cao', *Sociaal Recht* 2004-7/8.

113 HR 6 september 2013, *JAR* 2013/249, m.nt. Heemskerk.

en daarmee sprake is van de toepasselijkheid van de arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving (inclusief het cao-recht). De Hoge Raad heeft zich daar helaas vooralsnog niet over uitgelaten.[114]

4.2.3 Flexibele arbeid

Zoals vermeld zijn sinds de jaren negentig de flexibele arbeidsverhoudingen in opmars. Uit onderzoek van CBS en TNO[115] blijkt dat, sinds 2004, het aandeel werknemers met een vast arbeidscontract structureel is gedaald, terwijl het aandeel flexibele arbeidskrachten en zzp'ers juist is toegenomen. De economische crisis eind 2008 heeft het aantal flexibele arbeidskrachten weliswaar enigszins doen terugvallen, maar vanaf 2011 is weer een duidelijke forse groei van het aantal flexibele arbeidskrachten zichtbaar. Het aandeel zelfstandigen (waaronder zzp'ers) is voortdurend gestegen. In de afgelopen tien jaar is de toename van de flexibele schil in Nederland groter geweest dan in de andere vijftien EU-landen, die op 1 januari 1999 de EU vormden.[116] Gemiddeld nam het aandeel tijdelijke werknemers over deze vijftien landen toe, maar de stijging was in Nederland met 6 procentpunt (tot 20% in 2013) het hoogst, gevolgd door Ierland en Luxemburg met 5 respectievelijk 4 procentpunt.

Naar de motieven van werkgevers en werknemers is, voor zover ons bekend, nog geen *representatief* onderzoek gedaan. Uit onderzoeken van CBS/TNO en Ecorys[117] blijkt indicatief dat werkgevers met name voor flexibele arbeid kiezen om de wisselvalligheid van het werk en de tijdelijke beperkte beschikbaarheid van eigen personeel als gevolg van ziekte, zwangerschap of vakantie op te vangen. Alleen bij payrolling lijken kostenoverwegingen een belangrijke rol te spelen. Voor werknemers lijkt de flexibele arbeidsvorm vaak een gedwongen "keuze" te zijn.[118] Van de zzp'ers die voor het zelfstandig ondernemerschap hebben gekozen, geldt dat 40% van hen de voorkeur heeft voor een vast contract. Bijna een derde van hen zou liever in een nieuwe baan direct bij de werkgever in dienst zijn.[119] Zzp'ers

114 J.S. Engelsman, 'De reikwijdte van het ECN/Oomen-arrest buiten pensioen', *TAP* 2014/150.

115 CBS en TNO, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: de focus op flexibilisering*, 2015.

116 CBS en TNO hebben daarbij gebruikgemaakt van de gegevens uit de Europese Labour Force Survey en de Employment Protection Legislation Index: p. 130-131.

117 Ecorys, *Contractvormen en motieven van werkgevers en werknemers*, 2013, p. 34-35.

118 Uit onderzoek van EIM volgt dat zzp'ers juist kiezen voor zelfstandigheid; EIM, *Zelfstandigen zonder personeel*, 2008, p. 25.

119 CBS en TNO, a.w.

die zelf kiezen voor het zelfstandig ondernemerschap baseren hun keuze vaak mede op de fiscale voordelen die hieraan verbonden zijn.[120] Kortom, hoewel de flexibele schil de facto toeneemt, lijkt het erop dat veel werkenden aan de zekerheid van een vast dienstverband en dito inkomen hechten. Werknemers zoeken het liefst binnen de kaders van het vaste dienstverband naar flexibiliteit, zoals de wens om tijd- en plaatsonafhankelijk te kunnen werken, alsmede ruimte voor de combinatie van werk en privé.

Sociale partners, wetgeving en jurisprudentie, flexibilisering beperkt, de tegenbeweging

Een toename van het aandeel flexibele arbeidsverhoudingen en in het bijzonder de fenomenen van payrolling, contracting en zelfstandig ondernemerschap, hebben de brede werking van de cao onder druk gezet. Daarbij lijkt een (beperkt) deel van de werkgevers deze nieuwe typen rechtsverhoudingen bewust te gebruiken om onder meer de toepassing van "de" cao te vermijden. Dit gebeurt bijvoorbeeld met de toepassing van payrollconstructies bij de overheid en in het onderwijs,[121], en met contracting in de postsector en de vleesverwerkende industrie.[122] Voorts doet de toename van het aantal zzp'ers onder gelijktijdige afname van het aantal vaste werknemers in een aantal sectoren, zoals de bouwnijverheid, de druk op de werking van de cao toenemen. De cao loopt dan als het ware leeg.

Sociale partners

Op diverse manieren wordt door sociale partners gepoogd om ook de nieuwe typen arbeidsrelaties, op collectieve wijze, bescherming te bieden. Dit gebeurt als eerste door het aanpassen van de werkingssfeer van cao's zodat ook opdrachtnemers (bedrijven), bijvoorbeeld door toepassing van het hoofdzakelijkheidscriterium,[123] onder de werking van de cao vallen. Deze methode wordt met name toegepast bij payrolling en contracting. Een tweede manier om de werkingssfeer van de cao te vergroten, is door het werknemersbegrip in de cao uit te breiden en ook te laten gelden voor bijvoorbeeld de overeenkomst van opdracht en de overeenkomst tot aanneming van werk.[124] Dit is een methode die bijvoorbeeld in de bouwnijverheid wordt toegepast. Daar waar de nieuwe arbeidsrelaties (nog) niet

120 Zoals de zelfstandigenaftrek, de MKB winstvrijstelling en de kleinschaligenaftrek.
121 F. Tilstra, 'Payrolling is geen uitzenden. Wat dan wel?', *Flexmarkt* 2011/11, p. 36-37.
122 Contracting komt volgens de FNV ook voor in de agrarische sector, de logistiek en metaal en techniek: FNV, Balletje – balletje op de arbeidsmarkt, FNV 2015, www.fnv.nl.
123 HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:215, *JAR* 2014/70 (Adimec).
124 Deze mogelijkheid is voorhanden op grond van art. 1 lid 2 Wet CAO.

direct via de werkingssfeer onder bestaande cao's zijn gebracht, worden door sociale partners soms specifieke nadere afspraken gemaakt die zien op deze arbeidsrelatie. Dergelijke afspraken verplichten bijvoorbeeld de werkgever/opdrachtgever een minimumtarief voor zzp'ers te hanteren[125] of om erop toe te zien dat de zzp'er verzekerd is voor arbeidsongeschiktheid, bedrijfsaansprakelijkheid en pensioen.[126] Zulke afspraken zijn met name zinvol in die sectoren waarin de positie van de zelfstandigen niet of nauwelijks verschilt met die van een werknemer, waardoor de concurrentie op de arbeidsvoorwaarden het hoogst is. Dit geldt onder meer in de zakelijke dienstverlening, bouwnijverheid, landbouw en de cultuur- en recreatiesector.[127] Naast dit alles trachten sociale partners arbeidsvoorwaarden van vaste en flexibele arbeidskrachten steeds verder gelijk te trekken. Een voorbeeld daarvan is het direct toepassen van de inlenersbeloning voor uitzendkrachten, zoals dat met ingang van 30 maart 2015 ook in de ABU-cao voor ongeveer 600.000 arbeidskrachten het geval is. Ook worden door middel van standaardbepalingen in de cao oudere rechten van werknemers ingedamd zodat meer gelijkheid tussen werknemers onderling ontstaat.

Ondanks het voorgaande bestaan nog steeds belangrijke verschillen in arbeidsvoorwaarden zodat het financieel aantrekkelijk blijft c.q. kan zijn om te kiezen voor flexibele arbeidsverhoudingen. Zo blijven de arbeidskosten van de werkgever voor de meeste zzp'ers relatief laag omdat de eerste geen risico draagt voor onder meer de kosten van ziekte en arbeidsongeschiktheid van de laatste, bijvoorbeeld door ongevallen tijdens de werkzaamheden en daarbuiten. Voorts kunnen werkgever en zzp'er gebruikmaken van fiscale voordelen die in de arbeidsrelatie met een werknemer niet aanwezig zijn.[128] Bij payrolling geldt dat pensioenaanspraken die (verplicht) opgebouwd worden via de pensioenregeling van StiPP (voor payrollbedrijven die onder de ABU- dan wel de NBBU-cao vallen) voor de werkgever minder belastend zijn dan die van de bedrijfstakpensioenfondsen van de inlener. Ook blijven de risico's die bij ontslag gelden nog steeds op de payrollwerkgever en dus niet op de opdrachtgever rusten.

125 Zie verderop in deze bijdrage: HvJ EU inzake FNV Kiem. Remplaçantencao, Bijlage 11 van de CAO voor het Schilders-, afwerkings- en glaszetbedrijf 2013-2014.
126 In de vleesverwerkende industrie, bouw.
127 Ministerie van Financiën, a.w., p. 12.
128 Zie voetnoot 41.

Wetgeving

Het kabinet heeft naar aanleiding van het SER-advies Zzp'ers in beeld[129] (2010) aangegeven dat aanvullend beleid vanuit de overheid pas aan de orde zou kunnen zijn bij onevenwichtigheden of verstoringen in het systeem. Van dergelijke onevenwichtigheden of verstoringen was naar het oordeel van het kabinet geen sprake.[130] Wel heeft het enige acties ten behoeve van zzp'ers ondernomen op pensioenrechtelijk en fiscaalrechtelijk terrein. Het betrof onder meer maatregelen om zzp'ers te stimuleren om – op basis van vrijwilligheid – meer pensioen op te bouwen.[131] Daarnaast is, ten gunste van de startende zzp'ers, de fiscale mogelijkheid van een vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling na einde dienstverband verlengd van drie naar tien jaar,[132] en is een geïntegreerde ondernemingsfaciliteit geïntroduceerd.[133] Ook zijn maatregelen getroffen waardoor de zzp'er, indien een beroep gedaan moet worden op de bijstand, niet meer hoeft in te teren op reeds opgebouwd pensioen.[134] Fundamentele veranderingen om de institutionele afstand tussen werknemers en zzp'ers te verkleinen kwamen er echter niet. Deze zijn ook niet snel te verwachten gelet op de reactie van het kabinet op het IBO-rapport 'Zelfstandigen zonder personeel' (2015). Het kabinet heeft namelijk laten weten dat zij de analyse deelt, dat *op langere termijn* het grote verschil dat in de institutionele behandeling van zzp'ers en werknemers is ontstaan, dient te worden verkleind.[135] Het wijst vooral op reeds in gang gezette of reeds afgeronde maatregelen, zoals het toentertijd aanhangige wetsvoorstel deregulering beoordeling arbeidsrelaties, het verlagen van de loonkosten via het lage-inkomensvoordeel, het verlagen van werkgeversrisico's door bovenwettelijke cao-regelingen die zien op aanvullingen bij arbeidsongeschiktheid boven 170% te beperken, een stimulering van een betere pensioenopbouw en het fiscaal stimuleren van zzp'ers om arbeidsongeschiktheidsverzekeringen af te sluiten. De vraag blijft of fundamentele keuzes om de institutionele afstand tussen werknemers en zzp'ers te verkleinen, zullen worden gemaakt.

129 SER, *Zzp'ers in beeld*, Advies 10/04.
130 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 311, nr. 71.
131 *Kamerstukken II* 2012/13, 31 311, nr. 97.
132 *Stb.* 2011, 677.
133 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 311, nr. Q.
134 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 227, nr. 1.
135 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 227, nr. 5.

Met de introductie van nieuwe wet- en regelgeving wordt inmiddels wel misbruik van nieuwe vormen van arbeidsrelaties tegengegaan en worden de mogelijkheden om bepaalde arbeidsrelaties uit te sluiten van de werking van de cao beperkt. In dit kader is met de WAS onder meer een ketenaansprakelijkheid voor het aan werknemers verschuldigde loon geïntroduceerd (art. 7:616a e.v. BW). Ook gelden op grond van de WAS diverse nieuwe voorwaarden met betrekking tot de loonstrook, de salarisbetaling en is de slagkracht bij constatering van misstanden versterkt. Daarnaast wordt ingezet op de intensivering van naleving en handhaving van cao's. Ontduiking en ontwijking van cao's, bijvoorbeeld door middel van (schijn)constructies, wordt bestreden. In dit kader is onder meer de informatie-uitwisseling tussen de Inspectie SZW en de cao-partijen of hun handhavingsorganisaties verbeterd (art. 29b Arbowet, 8:8 ATW en 15b WAADI) en is in de Wet AVV thans opgenomen dat, indien de cao ongewijzigd wordt verlengd als bedoeld in art. 19 Wet CAO, de algemeenverbindendverklaring van de cao-bepalingen op verzoek van cao-partijen gezamenlijk eenmalig voor dezelfde duur wordt verlengd (art. 4a). Met ingang van 1 januari 2015 zijn ook de ontslagregels voor payrollwerknemers gewijzigd. Hierdoor hebben zij voortaan een gelijkwaardige ontslagbescherming als de werknemers van de inlenende werkgever.[136] De wetgever tracht (dus) met aanvullende wet- en regelgeving misbruik van diverse arbeidsconstructies en oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen.[137] Toch zouden op deelterreinen meer wetgevingsdaden wenselijk zijn. Dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag hoe de rechtsverhoudingen in de payrollconstructie moeten worden gekwalificeerd. Met de wettelijke kwalificatie van de arbeidsverhouding zou de discussie over de vraag welke cao op de rechtsverhouding met de payrollwerknemer van toepassing is, voor de meest voorkomende vorm van payrolling althans,[138] definitief beslecht kunnen worden.

136 Art. 20 e.v. Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685.

137 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 18. *Kamerstukken II* 2014/15, 29 544, nr. 578.

138 De ondernemer (opdrachtgever) werf en selecteert de werknemer, het payrollbedrijf (opdrachtnemer) neemt de werknemer in dienst en stelt de werknemer vervolgens exclusief en in principe langdurig ter beschikking aan de opdrachtgever; J.P.H. Zwemmer, 'Uitzenden, Payrolling, schijnzelfstandigen en de Wet werk en zekerheid', *ArbeidsRecht* 2014/60.

Jurisprudentie

Ook in de rechtspraak is aandacht geweest voor de flexibele arbeidsverhouding in relatie tot cao. Ten aanzien van de fenomenen payrolling en contracting richt de discussie zich met name op de hiervoor gesignaleerde kwalificatie van de rechtsverhouding met de werknemer en daarmee op de vraag of en zo ja, welke cao op die rechtsverhouding van toepassing is.[139] Enerzijds zijn er rechters die de rechtsverhouding tussen de payrollwerknemer en de opdrachtnemer kwalificeren als een uitzendovereenkomst en anderzijds zijn er rechters die de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de payrollwerknemer kwalificeren als een arbeidsovereenkomst.[140] Bij deze laatsten speelt met name het ontbreken van de allocatiefunctie van de opdrachtnemer een rol. De discussie zelf is in sterke mate met de concrete feiten en omstandigheden van het geval verweven. Voor zover de zaak zich in cassatie daartoe leent, zal mogelijk binnenkort door de Hoge Raad in de Care4Care-zaak duidelijkheid worden gegeven over de vraag of voor een toepassing van art. 7:690 BW al dan niet de allocatiefunctie is vereist. In die zaak gaat het om de vraag wanneer een onderneming een uitzendonderneming is in de zin van art. 7:690 BW. Het Hof Amsterdam oordeelde in deze zaak aan de hand van een grammaticale interpretatie, dat voor de toepassing van art. 7:690 BW niet vereist is dat de werkgever een allocatiefunctie vervult. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde echter een kleine drie maanden later, met een beroep op de wetsgeschiedenis (van zowel art. 7:690 BW als de WAADI), dat de allocatiefunctie juist wel vereist is voor de toepassing van art. 7:690 BW.[141]

Ook speelde in rechte de vraag in hoeverre cao-partijen de mogelijkheid hebben om in de cao-afspraken te maken voor zzp'ers.[142] In het arrest van het HvJ EU inzake FNV KIEM[143] is deze vraag in termen van mededingingsrecht aan de orde gesteld. In deze zaak ging het om de rechtsgeldigheid van bijlage 5 bij de remplaçanten-cao, waarin was bepaald dat

139 Hof Amsterdam 28 oktober 2014, *JAR* 2015/16 ECLI:NL:GHAMS:2014:4547 (StiPP/C4C Human Resources). Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, *JAR* 2015/69, m.nt. Knipschild, ECLI:NL:GHARL:2015:670 (SNCU/Velocitas), Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4353 (Stichting naleving cao voor uitzendkrachten/Qatro).

140 Voor een overzicht: J.P.H. Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015/118.

141 Zie voetnoot 60.

142 Koot-van der Putte, a.w.

143 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kiem).

aan zelfstandige remplaçanten ten minste het repetitie- en concerttarief dat voor werknemersremplaçanten was overeengekomen, vermeerderd met 16%, moest worden betaald. De vraag was of het in art. 101 lid 1 VWEU opgenomen verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten ook geldt voor een cao-bepaling waarin minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten, die lid zijn van een werknemersorganisatie die de cao heeft afgesloten doch geen werknemer zijn in de zin van de cao, zijn opgenomen. Deze remplaçanten verrichtten op basis van een overeenkomst van opdracht dezelfde werkzaamheden als werknemers in loondienst bij de werkgever.

Het hof beargumenteerde dat de bepaling in de cao (in beginsel) niet het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners doordat zij door een werknemersorganisatie is gesloten namens en voor rekening van de bij die organisatie aangesloten zelfstandigen. De werknemersorganisatie is dan in werkelijkheid werkzaam als ondernemersvereniging. De cao-bepaling kan op grond van haar aard volgens het hof dus niet buiten het mededingingsrecht vallen. Dit ligt anders indien een dergelijke cao-bepaling kan worden gezien als het resultaat van een sociale dialoog tussen de opdrachtgever/werkgever en de vakvereniging(en) die namens de dienstverleners onderhandelen over de voorwaarden wanneer die dienstverleners als "schijnzelfstandigen" worden aangemerkt. Het gaat dan – aldus het hof – om dienstverleners wier situatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Daarvan is sprake indien men als zelfstandige is aangeworven, voor zover men onder leiding van de "werkgever" handelt wat betreft onder meer de vrijheid om zijn tijdschema, de plaats en de inhoud van het werk te kiezen, men niet deelt in de economische risico's van die "werkgever" en opgenomen is voor de duur van de arbeidsverhouding in de onderneming van die "werkgever" waarmee hij een economische eenheid vormt. Het is aan de nationale rechter om uit te maken of de dienstverlener al dan niet ondernemer is. Het Hof 's-Gravenhage[144] heeft ondertussen geoordeeld dat remplaçanten bij een muziekorkest – musici die invallen bij één of meer orkesten, die net als werknemers bij het orkest vast ingeroosterd zijn, aanwijzingen van de dirigent opvolgen en zich niet mogen laten vervangen door een andere door hun zelf aangewezen persoon – als schijnzelfstandigen in de zin van het arrest van het HvJ EU moeten worden beschouwd.

144 Hof 's-Gravenhage 1 september 2015, *JAR* 2015/242, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305.

Indien de werknemersorganisatie dus namens en voor rekening van *schijnzelfstandigen* die lid zijn van zijn organisatie heeft onderhandeld, valt de cao-bepaling naar zijn *aard* buiten de werkingssfeer van art. 101 lid 1 VWEU.[145] Beoordeeld naar zijn *doel* wordt volgens het HvJ EU de cao-bepaling geacht niet onder art. 101 lid 1 VWEU te vallen omdat het ingevoerde stelsel van minimumtarieven *rechtstreeks* bijdraagt tot verbetering van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van die – als schijnzelfstandigen aangemerkte – remplaçanten. Het arrest heeft dus tot gevolg dat sociale partners in een cao afspraken kunnen maken ten aanzien van schijnzelfstandigen, voor zover die afspraken vallen binnen de reikwijdte van de Albany-exceptie. Daarmee is niet gezegd dat er geen vraagpunten meer overblijven. De eerste vraag heeft betrekking op de binding aan zo'n cao-bepaling. Hoewel op grond van art. 1 lid 2 Wet CAO de bepalingen die gelden ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, werkgevers en werknemers, ook voor werkgevers van toepassing zijn verklaard op i.c. overeenkomsten van opdracht, is de binding van schijnzelfstandigen, niet zijnde werknemers in de zin van de Wet CAO, beperkt. Alleen leden die aangesloten zijn bij de werknemersorganisatie die de cao heeft afgesloten en die tijdens de duur van de arbeidsverhouding in de organisatie van de werkgever werkzaam zijn,[146] zouden door de afspraak rechtstreeks gebonden kunnen zijn. Anderen zouden alleen[147] door middel van algemeenverbindendverklaring aan de afspraken gebonden worden, zij het dat een algemeenverbindendverklaring niet zonder meer een gegeven is. Recent[148] heeft de minister van SZW een algemeenverbindendverklaring geweigerd omdat de cao-bepaling die erop zag dat de inlenende werkgever zich ervan verzekerde dat de zzp'er onder meer een arbeidsongeschiktheidsverzekering had afgesloten, een te grote benadeling van de rechtmatige belangen van derden in zou houden.[149] De voorwaarden die verzekeraars stelden, zorgden voor zzp'ers feitelijk een belemmering om een overeenkomst tot onderaanneming met een gebonden en betrokken werkgever te sluiten hetgeen een verstoring van de markt tot gevolg had. Dat bezwaar vervalt

145 HvJ EG 21 september 1999, C-67/97 (Albany) en het daarop gebaseerde art. 16 Mw.

146 Dus niet de creatieve beroepen (tolken en vertalers) doch wel zzp'ers in de bouw en het busvervoer. F.J.L. Pennings, 'Schijnzelfstandigen: de sociale partners zijn nu aan zet', *TRA* 2015/4.

147 En dus niet door incorporatie (komt praktisch niet voor) en via art. 14 Wet CAO.

148 *Stcrt.* 2014, 19770.

149 Art. 6 lid 2 Toetsingskader avv cao-bepalingen.

indien meer ruimte ontstaat voor zzp'ers om op betere condities verzekeringen voor arbeidsongeschiktheid en voor pensioen af te sluiten.[150]

Ook kan de in de praktijk wisselende hoedanigheid van de "dienstverlener", de zzp'er, problematisch zijn. Dienstverleners in termen van EU-recht kunnen immers hun hoedanigheid verliezen waardoor op hen alsnog cao-bepalingen van toepassing kunnen zijn. Jaspers[151] heeft daar terecht aandacht voor gevraagd. De groep van zzp'ers wordt nu juist gekenmerkt door heterogeniteit en dynamiek. Voor advocaat-generaal Wahl was dit reden om in zijn conclusie bij het arrest een strikter onderscheid te handhaven tussen werknemers enerzijds en ondernemers anderzijds.[152] Die heterogene samenstelling van de groep zzp'ers wordt bevestigd in het IBO-rapport van april 2015[153] waarin eveneens wordt gewezen op de dynamiek die de groep van zzp'ers kenmerkt. Of een zzp'er al dan niet als schijnzelfstandige is aan te merken, is daarmee sterk verweven met de (veranderende) feiten en omstandigheden van het geval. Zowel de opdrachtgever als de zzp'er kunnen op deze omstandigheden zelf invloed hebben. De opdrachtgever doordat hij, bijvoorbeeld, contractueel de zzp'er rechtens afdwingbare verplichtingen oplegt om te voorkomen dat van schijnzelfstandigheid sprake is, bijvoorbeeld door af te spreken dat hij verplicht is meerdere opdrachtgevers te hebben en dat hij een ruime mate van vrijheid heeft in de uitvoering van de werkzaamheden. Hiermee kan de indruk van schijnzelfstandigheid worden voorkomen. De zzp'er doordat hij zich als een "echte ondernemer" gedraagt doordat hij voor meerdere opdrachtgevers werkt en steeds weer mogelijkheden verkent om zijn werkterrein uit te breiden. Jaspers[154] en Pennings[155] merken daarbij terecht op, dat het hof ruimere criteria hanteert dan de Nederlandse rechter gewoonlijk doet om te beoordelen of al dan niet sprake is van schijnzelfstandigheid. Dit heeft

150 Dat geldt niet voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en in beperkte mate voor pensioen. Een voorbeeld van dit laatste is de verplichte deelneming voor zelfstandigen is het bedrijfstakpensioenfonds voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf.

151 A.Ph.C.M Jaspers, 'Grenzen aan sociale concurrentie bij vrij verkeer van diensten en bij mededinging', *ArA* 2015/3.

152 Conclusie A-G Wahl, d.d. 11 september 2014, C-413/3.

153 Ministerie van Financiën, a.w. SER, a.w., p. 29.

154 Jaspers, a.w.

155 F.J.L. Pennings, 'Exceptie van de mededingingsbepalingen voor (schijn)zelfstandigen: de zaak FNV Kiem', *NTER* 2015/4.

als gevolg dat de groep van schijnzelfstandigen wordt uitgebreid tot categorieën die naar nationaal recht er niet onder zouden kunnen vallen.[156]

Van belang is nog te onderstrepen dat het hof alleen een oordeel heeft gegeven over cao-bepalingen waarbij de dienstverlener en de werknemer in dienst van die(zelfde) werkgever hetzelfde werk verrichten zonder dat duidelijk is gemaakt wat nu precies moet worden verstaan onder "hetzelfde werk".

Tot slot is het de vraag of het "insluiten" van schijnzelfstandigen veel zoden aan de dijk zet omdat het stellen van minimumtarieven er niet zonder meer voor zal zorgen dat geen sociale concurrentie plaats zal vinden. Zoals Pennings terecht opmerkt, kunnen zzp'ers voor een werkgever in beginsel nog steeds goedkoper zijn omdat de overige arbeidsmarktkosten (zoals de kosten voor sociale verzekeringen, bij arbeidsongeschiktheid en pensioenen) niet of minder op hen drukken.

4.2.4 Overheid als werkgever

Naast de hierboven onder paragraaf 4.2.2 reeds vermelde constatering dat ook bij de overheid de afgelopen jaren de hoeveelheid flexwerkers aanzienlijk is toegenomen, constateren wij bij de overheid ook andere veranderingen in het landschap van de arbeidsverhoudingen. Sinds de inwerkingtreding van de Kaderwet in 2007, worden duidelijkere keuzes gemaakt tussen publiek- en privaatrechtelijke rechtsvormen, maar tegelijkertijd zijn veranderingen zichtbaar die wijzen op een gelijkwaardigere positie van medewerkers in de overheids- en marktsector. Deze beweging is eerder al in gang gezet door onder meer de OOW-operatie waarbij overheidspersoneel onder de werking van de werknemersverzekeringen werd gebracht (medio jaren negentig). Ook zijn de overheidsdiensten onder de werking van de WOR en de Arbeidstijdenwet (1995, respectievelijk 1996) gebracht, is het ABP geprivatiseerd (1996) en is de Zorgverzekeringswet op ambtenaren van toepassing verklaard (2006). De afgelopen jaren richt de wetgever zich op de zbo's en op de toepassing van het BW en het caorecht op de ambtenaar.

156 Pennings noemt als voorbeeld zzp'ers in de bouw en werkenden in de zorg die in de nieuwe stijl werken: Pennings, a.w.

Zbo's

Allereerst lijkt aan de ongebreidelde toename van de zbo's de afgelopen jaren een einde te zijn gekomen. Met de Kaderwet wordt onder meer beoogd de geëigende vorm van een zbo publiekrechtelijk te laten zijn en niet de voorheen veel gebruikte vorm van stichting, vereniging of vennootschap.[157] Voor het personeel van de (privaatrechtelijke) zbo's geldt met enkele uitzonderingen, op grond van art. 15 Kaderwet nog wel dezelfde rechtpositie als die van rijksambtenaren.

Bestaande zbo's zijn naar aanleiding van de Kaderwet vervolgens onder de loep genomen. De minister van Verkeer en Waterstaat heeft in dat kader laten weten van veertien zbo's de zelfstandige taakuitvoering te beëindigen en de taken te laten vervallen of te bundelen, dan wel rechtstreeks onder de minister te laten vallen. De enkele zbo's die in afwijking van art. 15 Kaderwet reeds een eigen cao hadden, hebben deze mogen behouden.[158] De Kaderwet is in 2012 geëvalueerd waarna in juni 2012 de Algemene Rekenkamer concludeerde dat de wet, mede vanwege de vele uitzonderingen en afwijkingsmogelijkheden, nog niet de beoogde harmonisatie, ordening en helderheid had bereikt.

In het regeerakkoord Bruggen Slaan van 2012 is vervolgens opgenomen dat van alle zbo's zal worden nagegaan of de zbo-vorm de meest geëigende is. De intentie is het aantal privaatrechtelijke zbo's terug te brengen en de ministeriële verantwoordelijkheid te versterken. Volgens het Parlementair Onderzoek Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten moeten de overblijvende zbo's meer aansluiting vinden bij de sector Rijk.[159] In dat kader heeft in 2013 wederom onderzoek plaatsgevonden naar de herpositionering van zbo's.[160] In dit onderzoek is onder meer de vraag gesteld in hoeverre bestaande zbo's met een privaatrechtelijke rechtsvorm nog omgevormd moesten worden naar publiekrechtelijke zbo's of moesten worden opgeheven. Het onderzoek wijst uit dat omvorming van zbo's tot agentschappen en daarmee de overgang naar het regime van de rijksoverheid (ARAR), grote transitiekosten met zich brengt vanwege verschillen in rechtspositie en arbeidsvoorwaarden tussen het personeel van de zbo's en

157 *Kamerstukken II* 2007/08, 25 268, nr. 47. Leeswijzer kaderwet zelfstandige bestuursorganen, p. 9.
158 *Kamerstukken II* 2007/08, 25 268, nr. 47.
159 *Kamerstukken I* 2013/14, nr. C, R, p. 3.
160 Ministerie van BZK, *Onderzoek naar de herpositionering van zbo's*, ABDTOP consult, 2015.

de positie van de rijksambtenaren. Deze transitiekosten worden met name gevormd door de verschillende pensioenregelingen, het loongebouw, de functiewaardering, en het risico op ontslaguitkering. Verschillen in beloning en functiewaardering zijn vermoedelijk ontstaan doordat verschillende zbo's ten aanzien van loongebouw en functiewaardering aansluiting hebben gezocht bij de marktsector. Voorgesteld wordt om bij de verdere ontwikkeling van de beloning en functiewaardering bij de rijksoverheid te onderzoeken of aanpassing van beloning en functiewaardering aan de marktsector mogelijk is.[161]

Wet normalisering rechtspositie ambtenaren
Vier jaar na indiening van het initiatiefwetsvoorstel is op 4 februari 2014 het wetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren door de Tweede Kamer aangenomen. Het wetsvoorstel wijzigt de Ambtenarenwet en een aantal andere wetten. Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat de arbeidsverhoudingen bij (een deel van[162]) de overheid gelijk worden aan die in het bedrijfsleven, tenzij er zwaarwegende argumenten zijn voor het tegendeel. Het voorstel houdt in hoofdzaak in, dat het publiekrechtelijke en eenzijdige karakter van de ambtelijke aanstelling en de eenzijdige vaststelling van arbeidsvoorwaarden worden vervangen door de tweezijdige arbeidsovereenkomst, waarop in de meeste gevallen een collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is. Daarmee wordt ook de publiekrechtelijke rechtsbescherming tegen handelingen en besluiten ten aanzien van ambtenaren beëindigd en vindt ontslag plaats conform de Wwz.[163] Medewerkers in dienst bij de overheid blijven echter ook in de toekomst "ambtenaar" met een in de Ambtenarenwet geregelde "ambtelijke status". In de Wet normalisering worden onderwerpen geregeld die specifiek zijn voor het werken bij de overheid, zoals integriteit, het voorkomen van belangenverstrengeling en de beperking van de vrijheid van meningsuiting.

Arbeidsvoorwaarden voor ambtenaren komen straks niet meer tot stand in het voor de overheidssectoren gebruikelijke "georganiseerd overleg", maar volgens de regels van de Wet CAO. De Vereniging van Nederlandse Gemeentes heeft in het overzicht Normalisering Feiten en Fabels onder meer aangegeven dat de normalisering geen invloed zal hebben op de

161 Ministerie BZK, a.w. p. 33-34.
162 Van de Wet normalisering zijn uitgezonderd alle ambtenaren in dienst van defensie, politie en de rechterlijke macht.
163 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 550, nr. 3.

pensioenregeling van ambtenaren en niet zal leiden tot een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden binnen de overheid omdat de eigen cao-partijen van de diverse overheidsinstanties aan de onderhandelingstafel blijven. Gezien de eerder geconstateerde ontwikkelingen bij de privaatrechtelijke zbo's, is echter de vraag gerechtvaardigd of in de toekomst een directere aansluiting bij de marktsector voor alle overheidsinstanties niet meer voor de hand ligt. Ook lijkt het logisch om een duidelijkere scheiding tussen de rol van de overheid als werkgever en die van wetgever te maken en de overheid als werkgever in de diverse overheidssectoren gelijk aan de private sector, meer onderhandelingsvrijheid te gunnen.[164] Het collectief onderhandelen van de overheid als werkgever valt dan immers onder het arbeidsrecht waardoor onder meer de Wet CAO, de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van cao's en de Wet op de loonvorming van toepassing zullen zijn. Dit zal naar verwachting ook in de publieke sector leiden tot een sterkere aanpassing van het arbeidsvoorwaardenbeleid aan de eisen van bedrijfsvoering. De vraag is echter ook of de wetgever daarmee de rol van overheidswerknemer als voorbeeldfunctie, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de topinkomens, niet meer zal hanteren.

Het laatste woord ten aanzien van de Wet normalisering lijkt echter nog niet te zijn gesproken. De geplande behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer op 10 november 2015 is niet doorgegaan. De indieners hebben aangegeven meer tijd nodig te hebben voor een adequate beantwoording van de vragen en voor overleg met de minister van BZK en andere betrokkenen.[165]

4.2.5 Conclusie

We sluiten deze bijdrage af met een vergezicht. De gestage opkomst van flexibele arbeidsverhoudingen, de toename van het zelfstandig ondernemerschap, een pensioenstelsel dat steeds verder onder druk is komen te staan, en de mogelijk veranderde positie van de ambtenaar; het zijn symptomen van (onder meer) een veranderende arbeidsmarkt waarvan de

164 Rapport 'Buitengewoon normale sturing', Advies van de werkgroep Sturing op arbeidsvoorwaardenvorming en pensioenen in de publieke sector, Den Haag, 18 juni 2015.

165 *Kamerstukken I* 2015/16, 32 550, nr. J.

complexiteit moeilijk te grijpen is. Achter deze veranderingen ligt de fundamentele vraag of de huidige arbeidsrechtelijke ordening al dan niet verandering behoeft. Beltzer[166] geeft een aanzet voor die discussie door een nieuw systeem van arbeidsbescherming in concentrische cirkels te schetsen. Binnen deze cirkels beschermt de binnenste cirkel fundamentele (arbeidsrechtelijke) normen en neemt de (type) bescherming met elke cirkel daaromheen toe, terwijl tegelijkertijd het aantal werkenden die onder het bereik daarvan vallen steeds verder afneemt. Arbeidsvoorwaarden bij cao zouden dan onder één van die cirkels, niet zijnde de kerncirkel, gebracht kunnen worden. Het is een interessant gedachte-experiment dat rekening houdt met een pluriforme arbeidsmarkt en dat ook indirect zichtbaar maakt waar de schoen wringt. Waar Beltzer een voorzet geeft om "serieus werk te maken van een nieuw systeem van arbeidsbescherming", zoeken werkgevers- en werknemersvertegenwoordigingen en de politiek, de oplossingen vooralsnog vooral binnen de huidige arbeidsrechtelijke ordening. Tot een fundamentele herbezinning van de sociaalrechtelijke en pensioenrechtelijke bescherming van werkenden komt het (vooralsnog) niet. Het is de vraag of de direct betrokken partijen – de politiek, werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers – het aandurven om tot zo'n herbezinning over te gaan en een gemeenschappelijke (minimum)bescherming te bieden voor alle werkenden inclusief een voldoende sociaal vangnet, of dat ze volstaan met het vasthouden aan de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, het tegengaan van excessen en het verkleinen van het verschil in arbeidsmarktkosten voor de diverse groepen werkenden. Hoewel met de voorgenomen wijzigingen ten aanzien van het ambtenarenrecht in ieder geval ten aanzien van dit laatste punt een grote stap gemaakt leek, lijkt het er met het uitstel van de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer, vooralsnog op dat ook in dit geval de koudwatervrees zal overheersen. De meeste beweging valt onzes inziens op redelijke termijn te verwachten ten aanzien van de voorgenomen wijzigingen van het Nederlandse pensioenstelsel. Eén ding is zeker: wil een fundamentele herbezinning kunnen plaatsvinden dan zal daar wel draagvlak voor moeten zijn onder en solidariteit tussen (groepen van) werkenden onderling. Dat draagvlak en die solidariteit zijn vooralsnog echter zeker geen gegeven...

166 R.M. Beltzer, 'Bescherming in cirkels', www.020ar.nl.

4.3 Het stakingsrecht tussen 1996 en 2016: anders maar hetzelfde?[167]

De auteurs bespreken onder meer de recente jurisprudentie van de Hoge Raad inzake Enerco en Amsta, en zij bekijken welke bijzondere omstandigheden een verbod van collectieve acties, zoals stakingen, nog rechtvaardigen. Zij beantwoorden de vragen of het stakingsrecht sinds de laatste lustrumbundel anders is geworden en zo ja, waarom dat zo is.

4.3.1 Inleiding

In 'Arbeidsrecht en Mensbeeld' stelde Schut in 1996 de vraag of het collectief actierecht klaar is voor de volgende eeuw.[168] Inmiddels is die eeuw zo'n anderhalve decade oud. De hierna te bespreken cassatierechtspraak uit 2014 en 2015 maakt duidelijk dat de vraag van Schut ontkennend moet worden beantwoord. Gelet daarop is er alle reden het terrein van het collectieve actierecht in deze bundel opnieuw te betreden onder erkenning dat daaraan in de afgelopen jaren door anderen al de nodige aandacht is besteed.[169]

Wij zullen in paragraaf 4.3.2 allereerst de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad beschrijven. Vervolgens bespreken wij in paragraaf 4.3.3 de lagere rechtspraak, waarbij met name gekeken wordt naar de vraag welke bijzondere omstandigheden bij de in paragraaf 4.3.2 aangeduide stand van de rechtspraak nog een verbod van collectieve acties, zoals stakingen, rechtvaardigen. In feite is dat, naar de huidige stand van het verdragsrecht, de vraag naar de uit art. G bij het Europees Sociaal Handvest (ESH) voortvloeiende beperkingen "ter bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden". Onze bijdrage sluiten wij af met een behandeling van twee vragen in paragraaf 4.3.4: is het stakingsrecht nu echt anders geworden, en (zo ja) waarom is dat zo?

---

167 Rogier Duk is advocaat bij BarentsKrans en was tot voor kort bijzonder hoogleraar aan de Erasmus universiteit. Damiën Berkhout is advocaat bij Stibbe te Amsterdam en docent aan de UvA.

168 L.A.J. Schut, 'Is het collectief conflictenrecht klaar voor de volgende eeuw?', in: C.J. Loonstra c.s. (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, 1996, p. 209/218.

169 Uit die periode is A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, 2004, Geschriften VvA 32 de als eerste te noemen publicatie. Zie voor een compleet overzicht A.R. Houweling c.s. (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 2015, p. 3047/3091 (E.M. Hoogeveen en R.M. Beltzer). Zie ook, recent, Asser-Heerma van Voss 7-V 2015, nr. 577/590.

4.3.2 *Het stakingsrecht en de Hoge Raad*

Een bespreking van de ontwikkeling van het stakingsrecht tussen 1996 en 2016 begint noodzakelijkerwijs in 1986. In het NS-arrest uit dat jaar is immers het fundament van het moderne Nederlandse stakingsrecht gelegd.[170] De Hoge Raad oordeelde dat art. 6 (4) Europees Sociaal Handvest ("ESH") direct doorwerkt in de nationale rechtsorde (ex art. 93 Grondwet). Daarmee kwam vast te staan dat de verdragstekst zodanig duidelijk en onvoorwaardelijk is geformuleerd dat vakverenigingen (én individuele werknemers, bijvoorbeeld bij een wilde staking) zich in beginsel op de bescherming van het sociale grondrecht kunnen beroepen wanneer zij (op juiste wijze) staken.[171] Nog altijd is de directe werking van het ESH het normatieve fundament van het stakingsrecht in Nederland. Dat was in 1986 zo, in 1996 zo, en is anno 2016 niet anders.

Het toetsingskader dat geldt bij collectieve acties is tegelijk wel fundamenteel herschreven door de Hoge Raad. Dit betreft een relatief recente ontwikkeling, uit 2014 en 2015. Zo'n 28 jaar gold op basis van het NS-arrest het volgende als toetsingskader:

1. Bij een staking moest men eerst vaststellen of de collectieve actie werd "gedekt" door art. 6 (4) ESH. Daarbij was een onderscheid te maken tussen enerzijds het "*normale type*" van acties en anderzijds daarvan afwijkende types acties.[172] De "normale" acties waren grofweg gezegd de algehele, zich tegen de werkgever richtende werkstakingen waarbij de werknemers het werk, voor bepaalde of voor onbepaalde tijd, neerleggen. Zulke collectieve acties werden in beginsel gedekt door het ESH. Bij afwijkende acties moest men aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het geval nagaan of de actie eveneens werd gedekt door art. 6 (4) ESH. Dit hield concreet in dat men keek naar de vorm, de duur en de inhoud van de actie, om te bepalen of de actie inderdaad onder 6 (4) ESH kon vallen. Zuiver politieke acties vielen (en vallen) niet onder art. 6 (4) ESH.[173]

170 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, *NJ* 1986/688 (NS-arrest). De wetgever heeft weinig gedaan aan het stakingsrecht, met dien verstande dat Nederland partij is bij het ESH en overigens art. 12i Militaire ambtenarenwet 1931.

171 NS-arrest, r.o. 3.2.

172 NS-arrest, r.o. 3.3.

173 Vgl. K. van Belle, 'De reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH', *TRA* 2015/46.

2. Indien sprake was van een door het ESH "gedekte" collectieve actie, dan was de staking in beginsel rechtmatig. In beginsel, want de staking kon alsnog onrechtmatig zijn indien (i) niet werd voldaan aan specifieke zwaarwegende procedureregels (ook wel: de "spelregels"); of indien (ii) met inachtneming van art. G ESH (destijds: art. 31 ESH) op grond van een afweging van alle omstandigheden van het gegeven geval, in onderling verband en samenhang, moest worden geoordeeld dat de vakbonden in redelijkheid niet tot de acties hadden kunnen komen.[174]

De arresten gewezen tussen 1996 en 2014 behoeven eigenlijk weinig woorden in deze bijdrage, want het toetsingskader is in deze periode niet werkelijk gewijzigd.[175] Een uitzondering in de vorm van een afzonderlijke vermelding verdient hier alleen het Douwe Egberts-arrest uit 2000.[176] In dit arrest werd door de Hoge Raad geoordeeld dat het "*ultimum remedium*"-vereiste één van de spelregels is. Ofwel, de Hoge Raad stelde dat in beginsel de staking slechts als uiterste middel mag worden ingezet. Vermelding van dit arrest is om twee redenen nodig. Ten eerste is het arrest belangwekkend omdat er maar twee duidelijk vastgestelde spelregels zijn: de verplichting van werkgeversverenigingen om een collectieve actie tijdig van tevoren aan te kondigen (de aanzegplicht), en het ultimum remedium-vereiste.[177] Ten tweede heeft juist het *ultimum remedium*-vereiste veel kritiek en discussie uitgelokt.[178] Herhaaldelijk is gesteld dat de

174 NS-arrest, r.o. 3.3. Art. G stelt dat aan art. 6 (4) ESH geen beperkingen mogen worden gesteld "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".

175 Zie voor een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad sinds het NS-arrest (maar nog zonder het hierna te bespreken Amsta-arrest) Hansma, *Arbeidsovereenkomst*, Collectief actierecht, art. 6 ESH, aantekening 6.

176 HR 28 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4618, *NJ* 2000/292 (Douwe Egberts-arrest).

177 M. Diepenbach, 'Stakingsrecht en spelregeltoets: Hoge Raad bekent kleur in zijn arrest van 19 juni 2015', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2015 (3), p. 111-116.

178 Een niet limitatieve opsomming van de voortlopende discussie door de jaren heen: F.B.J. Grapperhaus, 'Staking als ultimum remedium', *Ondernemingsrecht* 2000/18; A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Vereniging voor Arbeidsrecht 33, Deventer: Kluwer 2004, p. 139-143; I. van der Helm, 'Heeft het ultimum remedium beginsel binnen het stakingsrecht z'n langste tijd gehad?', *ArbeidsRecht* 2014/39.

aldus aan vakbonden opgelegde "spelregels" vermoedelijk in strijd zijn met het ESH, omdat dit extra eisen zouden zijn voor de uitoefening van het sociale grondrecht, eisen die niet te lezen zijn in art. 6 (4) en G ESH.[179]

Uiteindelijk is deze kritiek – uit de literatuur en van het Europees Comité voor Sociale rechten[180] – vermoedelijk doorgedrongen tot de Hoge Raad, die het toetsingskader fundamenteel heeft herschreven in een tweetal arresten: het Enerco-arrest en het Amsta-arrest. Wij schrijven "vermoedelijk" omdat zulks uit de beide arresten niet expliciet blijkt. Aan die kritiek wordt door de Hoge Raad juist niet gerefereerd.

In 2014 is er het Enerco-arrest.[181] Deze zaak draait om een belangenconflict tussen Rietlanden Terminals B.V. ("Rietlanden"), een onderneming in de op- en overslag van droge bulk, en de vakbonden FNV en HZC. Kort gezegd weigert Rietlanden cao-onderhandelingen aan te gaan, waarna de vakbonden overgaan tot collectieve acties. Enerco B.V. ("Enerco") staat op zichzelf buiten dit geschil, maar wordt er wel door geraakt, aangezien het opdracht geeft aan Rietlanden om een schip te lossen. Wanneer het schip niet (volledig) wordt gelost, gaat Enerco op zoek naar een ander overslagbedrijf. In reactie daarop roepen de vakbonden hun leden bij andere overslagbedrijven op om zich solidair te verklaren met de collectieve acties bij Rietlanden, en dus de schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Dit noemt men ook wel een "besmetverklaring". Enerco eist in kort geding een verbod op de besmetverklaring. Uiteindelijk wordt het conflict onderworpen aan het oordeel van de Hoge Raad, waar de (resterende) principiële vraag is of de besmetverklaring onder de bescherming van

179 Zie bijv.: A.W. Haverkort en I. Witte, 'Ontwikkelingen van het stakingsrecht na kritiek van het ECSR', *TAP* 2013/3, p. 114-118 (Haverkort en Witte); Verhulp in zijn noot bij *NJ* 2015/252.

180 Het ECSR controleert de naleving van het ESH. Zie: Conclusions XVI-1 volume 2. Zie in detail het artikel van Haverkort en Witte en vgl. A. Jacobs, *Collectief Arbeidsrecht*, 3e druk, 2011, p. 214 en K. Boonstra, 'Disproportionele beperking van het stakingsrecht: artikel 6 van het ESH in de Nederlandse Jurisprudentie', in: W. Plessen c.s. (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en verordening* (Jacobs-bundel, 2011), p. 235/261, met toetsing van de Nederlandse rechtspraak aan de Conclusions. Aandacht verdient ook de rechtspraak van het EHRM over art. 11 EVRM en (toekomstige) rechtspraak van het HJEU over het Handvest: zie bijv. EHRM 8 april 2014, *JAR* 2014/129, waarin een Engels verbod op solidariteitsstakingen werd aanvaard.

181 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3077, *NJ* 2015/252 (Enerco-arrest). Zie over dit arrest onder andere: F. Dorssemont, 'Collectieve acties uit solidariteit, als correlarium van de vrijheid van collectief overleg (artikel 6 ESH) en de vrijheid van vakvereniging (artikel 11 EVRM)', *ArA* 2015 (9) 2; noot van E.M. Hoogeveen *JAR* 2014/298 en de noot van Verhulp bij *NJ* 2015/252.

art. 6 (4) ESH valt.[182] De Hoge Raad herschrijft vervolgens op essentiële punten het toetsingskader van het stakingsrecht. Het gaat – (vooral) achteraf gezien – om (in elk geval) twee belangrijke wijzingen.[183]

1. Allereerst heeft de Hoge Raad de strekking van het begrip "collectief actie" opgerekt. De Hoge Raad stelt dat er geen reden is het begrip collectief onderhandelen "beperkt uit te leggen" mede gelet op de strekking van art. 6 (4) ESH en het karakter van het recht op collectief onderhandelen als sociaal grondrecht. Hij oordeelt dat de werknemersorganisatie "in beginsel vrij is in de keuze van middelen om haar doel te bereiken". De vraag of een actie onder de strekking (en dus de bescherming) van art. 6 (4) ESH valt hangt vooral af van het antwoord op de vraag of de actie "redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen".[184] De vraag of sprake is van een "gedekte" actie vergt niet langer een soort-toets (wat voor soort actie is dit?), maar voortaan een "doel-toets" (kan deze actievorm bijdragen aan het doel van collectieve onderhandelingen?). Dit impliceert op zijn minst in potentie een belangrijke verruiming van de reikwijdte van art. 6 (4) ESH, want het lijkt nogal snel te bepleiten dat een collectieve actie "redelijkerwijs kan" bijdragen tot het recht op collectief onderhandelen. In elk geval wordt door de Hoge Raad vastgesteld dat een besmetverklaring kan bijdragen tot het doeltreffend uitoefenen van het recht op collectieve onderhandelingen, en dat daarmee dergelijke acties kunnen vallen onder de dekking van art. 6 (4) ESH.[185] Ongetwijfeld onbedoeld laat de gekozen formulering actievormen als het gijzelen van directeuren – een Frans volksvermaak bij sociale conflicten – naar de letter toe. Duidelijk is dat niet elk strafrechtelijk vergrijp, hoe effectief ook, onder art. 6 ESH toegelaten is, althans: onzes inziens behoort te zijn, maar onduidelijk is wel onder welke omstandigheden "een beetje strafbaar" niet in de weg staat aan een beroep op art. 6 (4) ESH.

182 Enerco-arrest, r.o. 3.2.

183 Wij schrijven "in elk geval", omdat ook wel gesteld wordt dat er nog meer belangrijke wijzigingen terug te lezen zijn in het arrest. Zie R. Hansma, Het Nederlandse collectieve actierecht (echt) op Europese leest geschoeid, *ArA* (nog niet gepubliceerd ten tijde van schrijven van deze bijdrage).

184 Enerco-arrest. r.o. 3.5.2.

185 Enerco-arrest, r.o. 3.6.

2. Ten tweede wordt het belang van de spelregels sterk gerelativeerd. Het staat niet erg duidelijk in het arrest, maar de Hoge Raad lijkt te oordelen dat een uitoefening van het stakingsrecht slechts langs de weg van art. G ESH kan worden beperkt. De spelregels spelen nog wel een zekere, zij het onduidelijke rol, maar hebben in elk geval geen zelfstandige betekenis meer.

Er was enige onzekerheid over de exacte betekenis van het Enerco-arrest. Deze verwarring werd vermoedelijk mede veroorzaakt door de specifieke casus die voorlag (een relatief zeldzame besmettingscasus) en, vooral, door de manier waarop de Hoge Raad zijn oordeel heeft opgeschreven. De Hoge Raad was in dat arrest immers niet erg expliciet over de relativering van de spelregeltoets, en de strekking van het oordeel is ook minder helder doordat de Hoge Raad juist uitgebreid verwijst naar oude rechtspraak, waarin een ander dogmatisch kader is gehanteerd.[186]

De aldus opgeroepen twijfel is weggenomen met het Amsta-arrest uit 2015.[187] Dit betreft wederom een procedure waar in cassatie in essentie de vraag voorlag of de daar spelende, nogal specifieke collectieve actie – een variant op een (kortdurende) bedrijfsbezetting – onder de bescherming van art. 6 (4) ESH valt. Een in het oog springend punt in deze procedure is dat de spelregels lijken te zijn geschonden. Zo ontbrak iedere aanzegging. Bij het geven van zijn oordeel stelt de Hoge Raad het Enerco-arrest voorop.[188] Na het geven van een (lang) citaat uit dat arrest, oordeelt de Hoge Raad:

> "In de overwegingen van dit arrest over het stelsel van de art. 6 en G ESH en de verhouding tussen deze bepalingen ligt besloten dat de 'spelregels' niet langer een zelfstandige maatstaf zijn om te beoordelen of een collectieve actie rechtmatig is. De naleving daarvan is dus niet langer een zelfstandige voorwaarde voor die rechtmatigheid."[189]

De Hoge Raad neemt tegelijk niet volledig afstand van de "oude" spelregels. Zij gelden weliswaar niet langer als zelfstandige voorwaarde voor een rechtmatige collectieve actie, maar worden teruggebracht tot "gezichtspunten" die betrokken moeten worden bij de analyse of een collectieve

186 Enerco-arrest, r.o. 3.5.2 waar wordt verwezen naar o.a. het NS-arrest.
187 Hoge Raad 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687, *JAR* 2015/188 (Amsta-arrest).
188 Amsta-arrest, r.o. 3.3.2.
189 Amsta-arrest, r.o. 3.3.3.

actie moet worden beperkt of verboden. Met andere woorden, de spelregels zijn omstandigheden geworden die meewegen bij de proportionaliteitstoetsing die plaats moet vinden ex art. G ESH.[190] De spelregels zijn er nog wel, maar zijn minder belangrijk. Wat het relatieve belang is van schending van de spelregels, anders gezegd: wanneer dat schenden gelet op de overige omstandigheden de acties onrechtmatig maakt, is met dat alles niet echt duidelijk.

De Hoge Raad geeft vervolgens een aantal aanwijzingen over de toetsing onder art. G ESH die van belang zijn.

- Ten eerste wordt benadrukt dat bij collectieve acties gedekt onder art. 6 (4) ESH het op de weg van "de werkgever of derde" ligt die een verbod van de collectieve acties eist, "om aannemelijk te maken dat de beperking of uitsluiting naar de maatstaf van art. G ESH gerechtvaardigd is". Ofwel: de bewijslast ex art. G rust op de werkgever of de derde. De meeste beslissingen over stakingsacties worden gegeven in kort geding, waarin het bewijsrecht niet van toepassing is. Voor die gevallen moest de eis daarom zo worden gelezen dat het gaat om *aannemelijk* maken.
- Bij de beoordeling of een beperking of uitsluiting van het recht op collectieve actie maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk is, "dient de rechter alle omstandigheden mee te wegen". Vervolgens noemt de Hoge Raad een reeks aan potentiele omstandigheden: "de aard en duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden, en de aard van die belangen en die schade. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3.3 is overwogen, kan in dit verband ook (onder omstandigheden zelfs beslissende) betekenis toekomen aan het antwoord op de vraag of de spelregels zijn nageleefd."[191] Ofwel: de toetsing ex art. G, is een omstandighedentoetsing, waarbij alle omstandigheden moeten worden meegewogen, overigens zonder dat duidelijk is wat het relatieve gewicht van de verschillende relevante omstandigheden is.
- Verder wordt "opgemerkt" door de Hoge Raad dat een collectieve actie "al snel" onrechtmatig is wanneer de actie mede personen treft met een bijzondere kwetsbaarheid, zoals jeugdigen, gehandicapten, bejaarden en anderen die in bijzondere mate zorg behoeven, wanneer

190 Amsta-arrest, r.o. 3.3.3.
191 Amstra-arrest, r.o. 3.3.5.

> zij worden blootgesteld aan het gevaar dat hun gezondheid wordt geschaad.[192] Ofwel: bepaalde omstandigheden kunnen in specifieke gevallen zwaarder wegen.[193]

Interessant is overigens dat de Hoge Raad bij het benoemen van alle omstandigheden die meetellen, expliciet verwijst naar de "schade" van de werkgever. Schade van de werkgever zelf telde onder het NS-arrest toetsingskader in beginsel – sommige vormen van onevenredige schade wellicht daargelaten – alléén mee wanneer de werkgever een derde was (zoals wanneer de staking zich tegen een politieke ontwikkeling richt, wijziging van de AOW bijvoorbeeld), maar zich *de facto* tegen de werkgever keert. De Hoge Raad lijkt ook hier het oude toetsingskader te wijzigen, zodat de schade van de werkgever zelf *altijd* kan meewegen. Dit strookt onzes inziens in elk geval ook het beste met een toetsing op basis van alle omstandigheden van het geval, en het valt overigens niet goed in te zien waarom de bestaakte eigen werkgever niet zou kunnen tellen als "andere" in de zin van art. G ESH.

Men zou – de Hoge Raad doet dat niet – het Enerco-arrest kunnen plaatsen in de sleutel van de solidariteit, in een dergelijk geval: tussen werknemers uit het bestaakte bedrijf en andere ondernemingen. Door de oproep van de bonden is dat dan wel uitgelokte en niet "spontane" solidariteit.

Resumerend is het toetsingskader sinds het Amsta-arrest als volgt. Eerst is er een doelmatigheidstoets (kan deze actie bijdragen aan het doel van collectieve onderhandelingen in de voorliggende casus). Indien dit het geval is, dan valt de actie onder art. 6 (4) ESH en is de vervolgvraag of een beperking of verbod geboden is. Daarbij geldt de terughoudende proportionaliteitstoets[194] van art. G, waarbij de bewijslast rust op de derde of werkgever die een beperking of een verbod van de collectieve acties eist.

192 Amsta-arrest, r.o. 3.3.6.

193 Zie wat dit betreft ook: Amsta-arrest, r.o. 3.3.3.

194 Voor de goede orde: art. G wordt in Nederland ingevuld door art. 6:162 BW. De proportionaliteitsvraag is dus of sprake is van een onrechtmatige daad, op basis van alle omstandigheden van het geval, en meewegende dat in beginsel schade verwacht mag worden (en acceptabel is) bij uitoefening van het sociale grondrecht om collectieve actie te voeren.

4.3.3 De lagere rechtspraak

Ook al voor de in paragraaf 4.3.2 besproken ommekeer van de Hoge Raad speelde van tijd tot tijd de vraag naar – via art. 6:162 BW als wettelijke grondslag – toelaatbare beperkingen op het actierecht. Historisch zijn in dat verband de woorden van de toenmalige Haagse Rechtbankpresident Wijnholt: "Het mocht, maar het mag niet meer." Die woorden werden uitgesproken over een door hem gewezen vonnis in kort geding van 25 november 1983, waarin aan de betrokken vakbonden werd verboden hun blijkens eerder uitspraken vooralsnog toelaatbaar geoordeelde staking bij de posterijen, toen nog een staatsbedrijf, voort te zetten.[195] Kernthema was en is in dat soort gevallen dat de acties niet tot ontwrichting van de maatschappij mogen leiden. Een dergelijke ontwrichting was ook aan de orde in de zaak over stakingen in het streekvervoer waarover de Hoge Raad in 1997 oordeelde.[196] Dat leidde tot een partieel verbod: staken mocht nog wel, maar (na een aantal dagen waarin dat wél mocht) niet langer in het spitsuur, dat wil zeggen wanneer van het openbaar streekvervoer gebruikmakende werknemers naar hun werk gaan of van hun werk komen.

Van wat andere aard is de grond voor beperkingen als het, zoals in de Amsta-zaak, gaat om (stakings- en andere) acties in de gezondheidszorg die de medische risico's voor wat thans niet meer patiënten, maar cliënten heten, kunnen vergroten.[197] Dat leidt er in die sector toe dat de acties veelal niet in werkonderbrekingen, maar in het "draaien" van weekenddiensten ook buiten het weekeinde bestaan.[198]

Met name het langlopende conflict over de arbeidsvoorwaarden bij de politie heeft in de afgelopen jaren tot nogal wat rechtspraak – in hoofdzaak van de rechter in kort geding, en één keer in hoger beroep – aanleiding gegeven. In het navolgende wordt die recente (2015) tot vrij recente (2012) rechtspraak besproken.

195 Zie O. Albers c.a., *De ambtenarenstakingen. Grenzen in kort geding* (1983); vonnis weergegeven op p. 106/109.
196 HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/70, *NJ* 1997/437.
197 Zie over dat onderwerp met name L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht* (1994).
198 Over zulke "beperkte" acties ging het in HR 22 november 1991, *NJ* 1992/508.

"Voetbal is oorlog." Die wijsheid kan ook breder worden toegepast dan Rinus Michels bij het eerste uitspreken daarvan vermoedelijk voor ogen stond. Twee vonnissen in kort geding uit 2012 illustreren dat. In beide gevallen wilde de politie staken bij de rond voetbalwedstrijden vaak noodzakelijke politiebegeleiding van supporters, bij wie wederzijds respect maar al te vaak volledig ontbreekt. In beide gevallen werden die acties verboden.[199] Op het oog is het verweer overtuigend dat de betrokken burgemeester de wedstrijd dan maar moet verbieden. In beide gevallen werd daartegen, met succes, aangevoerd – kort gezegd – dat in de gegeven uitzonderlijke gevallen ook (en juist) bij een afgelasting ernstige problemen vielen te verwachten.

In beide vonnissen speelden door de politie ingeroepen dreigingsanalyses een grote rol. Die analyses onderstreepten de door de politie ingeroepen risico's, ook bij afgelasting. De beide vonnissen maken duidelijk dat de politie de aanwezigheid van die risico's zeker niet zonder grond aannam. Zo zouden volgens die analyses in één van die gevallen de supporters van beide clubs naar alle waarschijnlijkheid gezamenlijk acties tegen de politie gaan ondernemen.

Een bijzonder geval betreft de in kort geding verboden acties van de politiebonden rond een voor 16 en 17 april 2015 voorziene topconferentie, de Global Conference on Cyber Space, waarbij onder meer President Obama aanwezig was.[200] Bij de door (onder meer) de politie ingeroepen risicoanalyse in die zaak speelden bevindingen van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid een rol. Het vonnis beschrijft met welk "ringensysteem" de beveiliging van de internationale gasten, zoals President Obama, was voorzien. Daarbij maken de analyses duidelijk waarom onverkorte toepassing van dat systeem essentieel was voor de beveiliging van de gasten. Wij spreken van een "bijzonder geval", omdat niet werd onderzocht of het afgelasten van de conferentie niet een alternatieve mogelijkheid was. (Uit het vonnis valt overigens niet af te leiden dat de politiebonden op dat punt een verweer hebben gevoerd.) Het behoeft weinig betoog dat afgelasten van de conferentie een grote blamage voor Nederland zou hebben opgeleverd, maar men kan de vraag stellen of er bij afgelasting wel gevaar voor de openbare orde en veiligheid – en niet alleen voor de internationale reputatie van Nederland – zou zijn geweest.

199 Vzr. Rb. Leeuwarden 6 maart 2012, *JAR* 2012/123, m.nt. A. Stege en Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 29 maart 2012, *RAR* 2012/96.

200 Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2015, *JAR* 2015/181, m.nt. A. Stege.

In de verschillende vonnissen die hierboven zijn besproken, is ook wel uitgesproken dat het rechterlijk verbod niet betekende dat politieambtenaren geen stakingsrecht toekomt. In veel gevallen is dat zelfs, in opvallend overeenstemmende bewoordingen, door de rechter in de vonnissen vooropgesteld.

De Utrechtse voorzieningenrechter kreeg in 2012 te oordelen over een aangekondigde actie die hierin bestond dat gedurende een half uur voor de spits (van 16.30 tot 17.00 uur) door agenten langzamer zou worden gereden op toegangswegen tot steden. Argument van de als eisers optredende politieregio's was dat de bonden door daartoe op te roepen misbruik zouden maken van hun controlerende en handhavende taken. Dat argument werd verworpen, met name omdat door de actievoerders met spandoeken op hun auto's duidelijk werd gemaakt dat zij als actievoerder – en dus niet als politieagent – zouden optreden. Een ander punt in dat vonnis was de aan de eis ten grondslag liggende stelling dat de gekozen actievorm in strijd met de (Wegenverkeers)wet zou zijn. De rechter vond dat wel een punt van enig, maar niet van beslissend belang, en gaf daartoe (in r.o. 4.9 van het vonnis) een groot aantal contra-indicaties aan.[201] Het vonnis past in een benadering waarin de vereiste belangenafweging meebrengt dat niet elk strafrechtelijk vergrijp ertoe leidt dat de collectieve actie niet is toegestaan. Wij zouden wel durven bepleiten dat dat, zo al juist, alleen behoort te gelden bij betrekkelijk ondergeschikte strafrechtelijke vergrijpen.

Een ander geval waarin een actie bij de politie werd aangevochten, betrof het staken van de bijstand aan gerechtsdeurwaarders bij executies van bij voorbeeld woningen. Met zulke acties werd volgens de rechter op zichzelf inbreuk gemaakt "op rechten van fundamentele aard". Die inbreuk werd echter "op dit moment" nog onvoldoende geacht om een verbod te rechtvaardigen. Niet doorslaggevend werd geacht dat de actie voor onbepaalde tijd was aangezegd. Afwijzing volgde omdat "geen dringende noodzaak" bestond om aan de acties (op dat moment) een einde te maken.[202]

Die zaak is de enige waarover een uitspraak in hoger beroep is gegeven, en wel reeds – in een spoedappel – nog geen drie weken na het vonnis in eerste aanleg. Het hof verwierp de aangevoerde grieven. Na het vooropstellen van de gebruikelijk te noemen algemene overwegingen in dit type

201 Vzr. Rb. Utrecht 3 mei 2012, *NJF* 2012/282.
202 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 3 september 2012, *JAR* 2015/241.

zaken woog het hof de door art. 6 EVRM beschermde rechten af tegen die van art. 6 ESH. Bij die afweging concludeerde het hof "dat het op dit moment niet dringend noodzakelijk is de actie te verbieden". Wel werd onderstreept dat dat "gebaseerd (was) op een momentopname".[203] Opmerkelijk – en hier op te merken – is dat in die benadering de mensenrechten van het EVRM *soms* moeten wijken voor de sociale grondrechten, met name dat van art. 6 (4) ESH.

De drie andere hier te behandelen zaken gaan niet over actievoerende (politie)ambtenaren, maar ook in die zaken stonden de rechten en vrijheden van derden en de voortgezette verlening van essentiële diensten centraal. Dat is mogelijk doordat, ook blijkens de betrokken vonnissen, het verlenen van zulke diensten vaak in handen van (min of meer monopolistische) ondernemingen is gelegd. In feite zijn de spoorwagen uit het arrest van 1986 daarvan al een eerste voorbeeld. De vraag is in dat verband vooral wat wel en niet essentiële diensten zijn en welke mogelijkheden tot het voeren van collectieve acties de bonden bij zulke vormen van dienstverlening wel en niet hebben.

In het ene geval waarin de acties volgens de rechter door de beugel konden, ging het om het niet langer bijvullen van gelduitgifteautomaten. Aannemelijk werd geoordeeld dat dat tot hinder zou leiden, maar "een onaanvaardbare ontwrichting van het betalingsverkeer" was (nog) niet aannemelijk, en dat gold ook voor de veiligheidsrisico's die bij uitbreiding van de acties zouden kunnen opkomen.[204] In dit geval waren de eisers private partijen, met name Brink's, maar dat deed er niet aan af dat sprake was van een voor het publiek essentiële dienst, waarvan onderbreking niet steeds gerechtvaardigd is en, vooral, blijft.

De voorziening van essentiële diensten was in twee gevallen die de afgelopen jaren hebben geleid tot een rechterlijk verbod, aan de orde, waarbij een (min of meer) private speler die diensten leverde. In een zaak uit 2012 ging het om Equens, belast met de verwerking van vrijwel alle betalingen, zowel girale en pinbetalingen als creditcardtransacties. De president stelde vast dat ten gevolge van de acties het elektronisch betalingsverkeer

203 Hof Den Haag 22 september 2015, *RAR* 2016/6.
204 Vzr. Rb. Midden Nederland (Utrecht 30 december 2014, *JAR* 2015/32, m.nt. E. Loesberg).

in Nederland tot stilstand zou komen, met een "maatschappij ontwrichtend karakter". Het vonnis komt er niet echt uit welke actievormen de bond dan wél mocht inzetten.[205]

De volksgezondheid was in het geding bij acties in de ambulancesector. De actie bestond hierin dat bepaalde statussen vanuit de ambulance niet meer aan de ziekenhuizen werden doorgegeven. Het contact tussen ambulances en meldkamer nam daardoor af. Cruciale vraag was of die op zichzelf beperkte actie toch de gezondheidsrisico's wezenlijk beïnvloedde. De kantonrechter stelde vast dat het achterwege laten van de betrokken meldingen het gebruik van het volgsysteem in de meldkamers wezenlijk kon bemoeilijken en verbood de acties.[206] Dat is een typisch op de omstandigheden van het geval toegespitst oordeel, wat in belangrijke mate ook geldt voor de andere in deze paragraaf behandelde uitspraken van de feitenrechter.

Die lagere rechtspraak is ook voor de toekomst van belang omdat daaruit duidelijk zal zijn wat in de toekomstige stakingsprocespraktijk inzet van de ten overstaan van de rechter te voeren discussies zal moeten zijn. Voorspellen is moeilijk, vooral als het de toekomst betreft, en in veel gevallen zal het effect van actievormen op de samenleving niet eenvoudig *vooraf* te kwantificeren zijn. Dat leidt tot verschillende adviezen aan werkgevers en werknemers. Aan werkgevers adviseren wij om vooraf zo precies mogelijk in kaart te brengen welke voor derden schadelijke effecten van uiteenlopende actievormen redelijkerwijs te verwachten vallen – zoals de risicoanalyses die de politie kennelijk pleegt te maken – en aan vakbonden adviseren wij om bij potentiële serieuze risico's over het opvangen daarvan – melk in de sloot bij een actie in de zuivel, ontploffingsrisico's bij het stilleggen van in continudienst werkende fabrieken – vooraf deugdelijk overleg met de te bestaken werkgevers te voeren. Simpele stellingen van de strekking enerzijds (van de werkgever) dat de ondernemer verantwoordelijk is voor de gang van zaken in zijn onderneming en anderzijds (van werknemerszijde) dat de bonden de actievorm mogen kiezen en "ervoor instaan" dat de risico's beheersbaar zullen blijven, voldoen niet, want miskennen de overlegverplichtingen die inherent zijn aan de rechterlijke keuze op dit punt.

205 Vzr. Rb. Utrecht 8 maart 2012, *JAR* 2013/104.
206 Ktr. Utrecht 10 juni 2015, *RAR* 2015/140.

4.3.4 *Van 1996 naar 2016*

Er resteert nog wel een aantal vragen.

De eerste vraag is of de dogmatische wijzigingen ook in de praktijk van belang zijn. Zullen meer of minder stakingen thans gerechtvaardigd zijn? Een vraag naar de uitwerking van de nieuwe regels in de praktijk kan beter worden beantwoord indien er empirische data zijn, maar in de tussentijd stellen wij vast dat er goede redenen zijn om te vermoeden dat het nieuwe stakingsrecht aanzienlijk méér ruimte geeft aan werknemersverenigingen om te staken dan tot de arresten van 2014 en 2015 algemeen werd aangenomen. Ten eerste zorgt het oprekken van het begrip "collectieve actie" ervoor dat veel meer soorten acties in potentie gedekt worden door de bescherming van art. 6 (4) ESH. Het is uiterst lastig om de mogelijkheid van het zich realiseren van een kans te ontkennen, zoveel statistisch besef bestaat er wel bij de rechter. En dit lijkt toch werkelijk genoeg te zijn: de actie moet volgens de Hoge Raad *kunnen* bijdragen aan de collectieve onderhandelingen. Het zetten van nadere druk op de werkgever, bijvoorbeeld door het creëren van publiciteit rond al dan niet ludieke acties, kan daarmee vermoedelijk al een voldoende argument zijn. Ludieke acties, prikacties, besmettingsacties; op basis van de ruime bewoordingen van de recente arresten zal het uitgangspunt moeten zijn dat de actie "gedekt" is. Gelet op het Amsta-arrest geldt dat naar alle waarschijnlijkheid ook voor bedrijfsbezettingen en daarmee verwante figuren. Het belang van de artikel G ESH-toets wordt daardoor veel belangrijker, en die toets is in de kern met de recente arresten niet lichter geworden. Het "voordeel" dat de schade van de werkgever zelf mag worden meegeteld, weegt onzes inziens voor hem niet op tegen de eerdere bescherming van art. 6 (4). Ten tweede is de relativering van de plaats van de spelregels van belang. Deze regels waren in de praktijk regelmatig barrières voor eventuele acties. Het is immers vaak minder makkelijk actie te gaan voeren, als je eerst aan je gesprekspartner moet zeggen dat je dit gaat doen en wat de voorgenomen actie inhoudt. En het *ultimum remedium*-vereiste is werkelijk mager geworden. Dat lijkt als gezichtspunt nog slechts in uitzonderingssituaties enige betekenis te hebben. Het enkele feit dat Nederlandse vakbonden in de praktijk minder vaak besluiten te staken is natuurlijk nog wel een belangrijk feit, maar dit doet niet af aan

de constatering dat in abstracto stakingen eerder legitiem zullen zijn. Overigens: het is niet gezegd dat deze poldercultuur altijd in de polder zal bestaan. Culturen ontwikkelen zich, vroeger is niet vandaag.[207]

Een tweede vraag is: waarom is het toetsingskader eigenlijk gewijzigd? Een verklaring kan zijn dat de Hoge Raad simpelweg zijn oordeel heeft aangepast op basis van de (blijvende) kritiek in de rechtspraak, en eerdere kritiek van de ECSR op het toetsingskader zoals dat gold op basis van de NS- en Douwe Egberts-arresten. Waarschijnlijk is dit op zijn minst een gedeelte van het antwoord. Hansma schrijft evenwel terecht dat het vreemd is dat de Hoge Raad nu omgaat, aangezien het ECSR juist recent had geoordeeld dat de situatie in Nederland conform art. 6 (4) ESH is.[208] Belangrijker nog is dat het enkele bestaan van kritiek onvoldoende reden is om een oordeel te heroverwegen, laat staan aan te passen. De Hoge Raad luistert (gelukkig) niet naar alle geluiden, want soms is een geluid niet meer dan geschreeuw. Kritiek is slechts wat waard als het waarheid in zich draagt. Wij menen dus dat de Hoge Raad ook daadwerkelijk, normatief, van oordeel is dat het nieuwe toetsingskader – i.e. de (i) doelmatigheidstoets; en (ii) terughoudende proportionaliteitstoets – beter is dan het oude toetsingskader.

Dat zorgt ervoor dat de vervolgvraag moet worden gesteld of het nieuwe toetsingskader ook werkelijk beter is. Heeft de Hoge Raad een goede stap gezet? Er zijn in elk geval twee argumenten voor de omslag te geven. Het minder interessante – want voor de hand liggende – argument is dat het nieuwe kader beter zou aansluiten bij de letter van het ESH en de praktijk in verschillende omringende landen.[209] Het tweede argument is dat het nieuwe kader beter past bij de maatschappij waarin de collectieve acties moeten plaatsvinden. Juist de "normale" acties – de algemene werkstaking – zijn minder toegesneden op de institutionele situatie die inmiddels bestaat. Daarmee doelen wij er in de eerste plaats op dat de vakbonden minder leden hebben en in veel sectoren veel minder goed in staat

207 Zie zo ook: *JAR* 2015/188, m.nt. Stege; M. Diepenbach, 'Stakingsrecht spelregeltoets: Hoge Raad bekent kleur in zijn ar rest van 19 juni 2015', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2015 (3), p. 111-116.

208 Anders: R. Hansma, "Het Nederlandse collectieve actierecht (echt) op Europese leest geschoeid", *ArA* (nog niet gepubliceerd ten tijde van schrijven van deze bijdrage). Hij stelt dat het hooguit om "*accentverschillen*" zal gaan.

209 Zo ook bijv.: K. van Belle, 'De reikwijdte van art. 6 lid 4 ESH', *TRA* 2015/46.

zijn dan vroeger om druk te zetten met het "ouderwetse" simpelweg neerleggen van werk, maar wij doelen óók op de manier waarop veel ondernemingen tegenwoordig zo gestructureerd zijn dat zij juist ófwel veel minder kwetsbaar ófwel veel kwetsbaarder zijn voor het neerleggen van werk. De toegenomen complexiteit van de arbeidsmarkt werkt in de hand dat meer soorten acties worden bedacht, en uiteindelijk is er op zichzelf weinig op tegen dat deze soorten acties juridisch de ruimte krijgen. Anders gezegd: bij sommige actievormen wordt geen reële bijdrage aan het machtsevenwicht geleverd, bij andere slaat dat juist al snel door.

Er zijn echter zeker ook argumenten tegen het nieuwe kader te geven. Het belangrijkste bezwaar is dat door de Hoge Raad een reeds open norm nog meer open is gemaakt. De weinige concrete regels die er wél waren voor staking, de spelregels, verdwijnen thans van de voorgrond, als louter gezichtspunten tussen de andere omstandigheden van het geval. Natuurlijk is het goed te beseffen dat elke casus een uniek sneeuwvlokje is dat nooit meer zal bestaan, maar de rechtszekerheid lijdt onder het telkens moeten afwegen van "alle omstandigheden van het geval". Nu juist in potentie veel meer soorten acties onder de bescherming van art. 6 (4) ESH zijn komen te vallen, was het voor de rechtsactoren die met stakingen te maken krijgen, met name werkgevers en vakbonden, prettig geweest om iets (meer) van een maatstaf te hebben om te bepalen wat hun rechtspositie is. De Hoge Raad laat in het Amsta-arrest tegelijk blijken dat het wel degelijk mogelijk is om iets te zeggen over het gewicht van omstandigheden, wanneer het erop wijst dat een staking snel onrechtmatig is, wanneer deze kwetsbare personen treft. Er zijn onzes inziens wel meer handvatten te bedenken. Waarom zou bijvoorbeeld niet in het "normale" geval een aanzegplicht gelden? Waarom zou schade door een besmettingsactie niet in beginsel zwaarder moeten wegen, etc.? Wij hopen al met al dat de rechtspraak het op zich zal nemen om de omstandighedentoets op een heldere manier te hanteren, en het zal aandurven om beginselen – vuistregels én gezichtspunten – te formuleren die de open norm een beetje doen dichtgaan. Dat gaat dan natuurlijk samen met de hoop dat de Hoge Raad vervolgens bereid is om te onderkennen dat sommige omstandigheden meer gelijk zijn dan andere, en dat hij daarom dergelijke richtsnoeren acceptabel acht.

Met een variatie op een uitspraak van Winston Churchill van 11 november 1947 over de democratie – de slechtste staatsvorm, met uitzondering van alle andere tot nu toe bekende staatsvormen – valt te zeggen dat collectieve acties de slechtste manier zijn om belangenconflicten tussen werkgevers

en werknemers op te lossen, maar dat er helaas geen betere voorhanden zijn. Wie uit ervaring weet tot welke littekens acties in bestaande bedrijven kunnen leiden, zal geen grote fan zijn van de vaak aan geweld grenzende wijze waarop stakers, in felle hesjes gekleed, uiterst onbeleefd en vooral luid, werkgevers en eventuele "onderkruipers" beschimpen. "Moet dat nu zo?", zou de oude CHU politicus Tilanus zeggen. Wat de Hoge Raad heeft geoordeeld, is in abstracto, "juridisch", goed verdedigbaar – zij het zeker niet per se wat het ESH verlangt – maar stelt niet of nauwelijks paal en perk aan de niet alleen op dit gebied optredende verruwing. Wellicht is ook hier juist de wel eens door een van ons gehoorde observatie (de "Wet van De Savornin Lohman") dat een cassatierechter beslist aan de hand van de normen en waarden die opgang deden toen hij zelf, 25 jaar jong, zijn ideeën over de maatschappij ontwikkelde om daar in de jaren nadien consequent aan vast te houden.

4.4 De cao en het cao-recht: nieuwe uitdagingen voor de komende twintig jaren!? Een uitleiding[210]

De werkgroep heeft uit de ontwikkelingen op het terrein van het collectief arbeidsrecht een drietal speerpunten gekozen die de komende jaren volop in de belangstelling zullen staan. In dit afsluitende stuk worden verbanden gelegd tussen de drie bijdragen en worden ze geplaatst in een meer omvattende context van te verwachten ontwikkelingen in het cao-recht. Geconcludeerd wordt dat het instituut van de cao en het recht dat het reguleert, spannende tijden tegemoet gaan. De vraag die twintig jaar geleden werd gesteld, namelijk hoe de cao en het cao-recht zo aan te passen dat het beantwoordt aan de behoeften en de wensen van de tijd, maar ook de werkelijkheid weerspiegelt, is volgens de auteur onverminderd actueel.

Anno 2016 is de vraag die twintig jaar geleden werd gesteld: "Biedt huidig positief arbeidsrecht, gelet op ontwikkelingen sinds 1996, een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid anno 2016?", nog even actueel. Voor het collectief arbeidsrecht werden toen als trends gesignaleerd een opkomende behoefte aan zelfregulering, toenemende mondigheid en individualisering van de werknemer en veranderende behoeften van werkgevers wat leidde

210 Teun Jaspers, Emeritus Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit Utrecht en Senior Research Fellow aan de Universiteit van Amsterdam, voorzitter werkgroep Cao.

tot verdergaande decentralisatie van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. Verwacht werd dat de cao steeds minder keurslijf zou worden. De verwachtingen zijn deels uitgekomen. In *De toekomst van het cao-recht*,[211] waarin de werkgroep haar licht liet schijnen op de stand van het cao-recht en de ontwikkelingen die eraan ten grondslag liggen, is een poging gedaan de toekomstbestendigheid van ons collectief arbeidsvoorwaardenstelsel te onderzoeken en opnieuw een "voorspelling" te doen voor de naaste toekomst. Geconstateerd werd dat *ons stelsel robuust is en ook wel kan blijven.* De dekkingsgraad en tevredenheidsgraad waren en zijn groot, niet alleen onder de direct belanghebbenden maar ook in de politiek en de samenleving. Een conclusie: niks aan de hand.

Het 70-jarig bestaan van de Vereniging biedt een mooie gelegenheid om die conclusie, of beter die inschatting, nog eens tegen het licht te houden. In hun inleidende bijdrage in deze bundel *Het mensbeeld in het arbeidsrecht: 70 jaar Vereniging voor Arbeidsrecht* stellen Jansen en Loonstra vast dat er de laatste twintig jaar ingrijpende veranderingen hebben plaatsgevonden op de arbeidsmarkt en in het arbeidsrecht. Dat laat zich niet alleen voelen in het individuele arbeidsrecht, waarbij de recente grote wijziging van het ontslagrecht de meeste aandacht trekt, maar wellicht ook in het collectieve arbeidsrecht. De vraag zou kunnen zijn: is het collectief arbeidsrecht, in het bijzonder het cao-recht, ook op drift geraakt? Heeft de decentralisatietendens zich echt doorgezet? Heeft het "driekwart" dwingend recht een vlucht genomen zoals wel werd en wordt verondersteld? Vormt de "zzp-isering", of algemener de flexibilisering van arbeidsrelaties een bedreiging voor de cao als instituut en voor het cao-recht? Kortom: heeft het cao-recht aan belang ingeboet? Vragen die de werkgroep volop bezighouden. Voor deze jubileumuitgave heeft de werkgroep drie onderwerpen uitgekozen.[212]

Een paar overkoepelende vragen en constateringen staat centraal. Een vraag die opkomt vanuit het geheel van het arbeidsrecht, is of ook op het terrein van het regelen van arbeidsrelaties en de invulling daarvan met rechten en plichten de rechtsvormende taak een verschuiving heeft ondergaan: is de wetgever actiever geworden ten koste van sociale partners?

211 A.Ph.C.M. Jaspers en M.F. Baltussen, *De toekomst van het cao-recht*, Kluwer: Deventer 2012.

212 De bijdragen zijn geschreven door een klein subgroepje uit de werkgroep, zoals telkens zal worden aangegeven en vervolgens besproken in de werkgroep.

Heeft de rechter steeds meer op zijn bordje gekregen of genomen? Of in termen van de inleiders Jansen en Loonstra: is de wetgever gaan codificeren wat in cao's en rechtspraak is neergelegd? Een andere vraag is of de verdere flexibilisering en decentralisering uitdrukking zijn van de eveneens toenemende individualisering en daarmee een aanslag doen op solidariteit onder en tussen groepen van werknemers, of beter uitgedrukt: werkenden? En ten slotte wordt onder invloed van de internationalisering en met name de invloed van Europa op de werking van onze arbeidsmarkt en op het recht dat die werking reguleert of poogt te reguleren, de ruimte voor nationale regelgevers ingeperkt en zo ja, in hoeverre? Een derde aspect dat in de bijdragen de aandacht krijgt, is of het cao-recht nog wel weerspiegelt wat nodig is of wordt gevonden. Is het cao-recht stil blijven staan, waardoor zijn conserverend karakter versterkt is? Is het los gezongen van de maatschappelijke werkelijkheid? Dit past bij de vraag die Jansen en Loonstra stellen: hoe is de situatie op dit deelterrein van het arbeidsrecht in termen van autonoom of heteronoom gevormd recht? Hoe groot is de neiging om met behulp van het cao-recht veranderingen in gang te zetten? En met welk doel?

Helmer en Schraffordt hebben de vraag gesteld of veranderingen in arbeidsrelaties de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming hebben mee veranderd. Ze hebben dat gedaan op een drietal onderwerpen: (aanvullende) pensioenen op welk terrein intergenerationele solidariteit onder druk staat, de – spectaculaire – toename van flexibele arbeidsrelaties die het gevaar van het "leeglopen" van de cao in zich bergt, en ten slotte de normalisering van de arbeidsrelaties bij de overheid die de cao als regulier collectief reguleringsinstrument introduceert.

Met betrekking tot de collectieve regeling van aanvullende pensioenen in de 2e pijler wordt de vraag van een afnemende solidariteit pregnant gesteld.[213] De uitdagingen komen niet alleen van externe factoren, als de economische en financiële crisis die behalve tot verlaging van pensioenuitkeringen en verhoging van pensioenlasten ook hebben geresulteerd in een verzwaring van eisen van financiering die aan banken en pensioenfondsen worden opgelegd. Ook de toenemende levensverwachtingen kan tot deze externe factoren worden gerekend. Voorts heeft de toenemende

213 Pensioenvoorzieningen in de 3e pijler zijn in beginsel individueel maar hebben wel een collectief tintje omdat risico's en de dekking van risico's gedeeld worden.

diversiteit van arbeidsrelaties, zoals de zzp'ers en andere vormen van flexibele relaties, een grote invloed op de collectieve vormgeving van pensioenen. Dat heeft geleid tot een vergrote aandacht voor variabele pensioenen. Daarmee hangt de vraag samen hoe die variabiliteit in pensioenen collectief – goed – te regelen. De schrijvers laten er geen twijfel over bestaan dat onder invloed van deze factoren de solidariteit onder druk staat en nog verder onder druk komt te staan. Naast een analyse van deze ontwikkelingen buigen zij zich over een aantal regelingen en voorstellen voor regelingen die de toekomstbestendigheid moeten vergroten. Dat het initiatief wat meer bij de wetgever ligt is geen verrassing maar zoals de schrijvers terecht constateren is participatie van sociale partners onontbeerlijk, al zijn soms pensioenakkoorden tussen overheid en sociale partners snel achterhaald. Speciale aandacht krijgt het probleem van de ex- of gewezen werknemers die hun pensioenaanspraken aangetast kunnen zien door een regeling in die richting in een cao. Hoewel de rechtspraak tot nu toe zich niet uitgelaten heeft over een dergelijke regeling in een cao, maar wel in een individueel geval,[214] zou in analogie kunnen worden aangenomen dat een ex- of gewezen werknemer gebonden kan zijn en blijven, dus ook na beëindiging van de arbeidsrelatie, aan de in negatieve zin afwijkende pensioenvoorziening. De vraag is of die lijn van de Hoge Raad mag worden doorgetrokken als het om wijziging bij cao gaat. De pensioenwetgeving zoals die thans luidt, is daarmee niet van haar kracht beroofd. Schrijvers roepen terecht de vraag op of pensioen wel als arbeidsvoorwaarde te kwalificeren is. Als dat niet zo zou zijn, heeft dat zonder twijfel gevolgen voor afspraken bij cao en daarmee voor de materiële reikwijdte van cao's. De invloed van sociale partners, met name de vakbonden, op het geheel van arbeidsvoorwaarden zal erdoor afnemen en daarmee ook de mogelijkheid van inzet op het punt van solidariteit tussen groepen van werkenden.

Onder de noemer van flexibele arbeidsrelaties constateren Schraffordt en Helmers een toename van het aantal en de vormen waarbij zij met name het fenomeen van payrolling, contracting en zelfstandig ondernemerschap op het oog hebben in relatie tot de veranderende rol van de cao. Door gebruik te maken van deze nieuwe figuren wordt toepassing van de cao vermeden, of misschien beter ontweken, waardoor het reguleringsinstituut dat de cao is, haar waarde en aantrekkingskracht verliest, "leegloopt" zoals de schrijvers dat noemen. Reparatie ervan wordt door vakbonden nagestreefd en soms bereikt door de personele werkingssfeer van de cao uit te breiden, voor

214 Schraffordt en Helmers wijzen op het arrest HR 6 september 2013, *JAR* 2013/249 (ECN/Oomen).

zover dat niet stuit op beperkingen van het – Europees ingegeven – mededingingsrecht. Hoewel het arrest van het EU-hof in de FNV KIEM-zaak[215] een stap(je) heeft gezet om dit verschijnsel te kunnen aanpakken, betwijfelen schrijvers en met hen ook anderen,[216] of het ook zal werken. Collectief tariefafspraken maken voor zzp'ers bij cao wordt dan wel niet door de bijl van het mededingingsrecht getroffen, althans voor zover het gaat om schijnzelfstandigen, maar of daarmee de zzp'er ook werkelijk geholpen is, vragen schrijvers zich af. Een ander instrument is het gelijktrekken van de arbeidsvoorwaarden van de flexibele en de vaste krachten, welke in twee richtingen kan verlopen. Ook op dit terrein zien we de laatste tijd, zo constateren de schrijvers, een verhoogde activiteit van de overheid, preciezer gezegd de wetgever. De wetgever wil kennelijk niet wachten tot en zelfs of sociale partners het regelen. De Wet aanpak schijnconstructies is daarvan een voorbeeld. Daar ligt onder andere een nadruk op verbetering of intensivering van de handhaving van cao's om ontduiking van cao's via schijnconstructies tegen te gaan. Ook via het – nieuwe – ontslagrecht wordt hieraan gewerkt. Of deze aanpak effectief is, dat wil zeggen leidt tot een terugdringen van verdere flexibilisering van arbeidsrelaties, is nog wel de vraag.

Over de voortgang van de ontwikkeling van de overheid tot een "normale" werkgever zijn Schraffordt en Helmers niet onverdeeld positief. Er worden wel vorderingen gemaakt, maar die betreffen – vooralsnog – nog niet een volledige normalisering van de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming resulterend in cao's volgens het privaatrechtelijke model. De arbeidsverhoudingen bij de overheid vertonen een aantal aspecten die wezenlijk verschillen van de "gewone" werknemers, welke overigens niet per se zijn uitgesloten van regulering bij – speciale – cao-bepalingen. De vragen van het parlementaire budgetrecht en de vaststelling van de budgettaire randvoorwaarden voor de collectieve onderhandelingen hangen ook nog boven de markt. Om niet te vergeten het prerogatief van de overheid om een met het parlement uitgezette en afgesproken beleid uit te voeren. Dat zou de vrije onderhandelingen wel eens kunnen aantasten. Gaat hier het primaat van de politiek zoals we dat kennen in het medezeggenschapsrecht bij de overheid een rol spelen? Simpele toepassing van de Wet CAO lijkt niet vanzelfsprekend.

215 HvJ EU 4 december 2014, C-413/13. Zie hierover ook A. Jaspers, 'Grenzen aan sociale concurrentie bij vrij verkeer van diensten en bij mededinging', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2015/2, p. 36-71.

216 Zie F.J.L. Pennings, 'Schijnzelfstandigen: de sociale partners zijn nu aan zet', *TRA* 2015/4.

Zekic, Jacobs en Plessen hebben, geïnspireerd door de V&D-zaak, de vraag aan de orde gesteld of de cao gezien moet worden als een facilitator voor dan wel een remmer van veranderingen in de praktijk van de cao. Zolang de cao verbeteringen brengt zal deze vraag zich niet zo nadrukkelijk stellen, behalve wellicht voor sommige werkgevers die die verbeteringen moeilijk (er) kunnen opbrengen. De vraag is pregnanter wanneer versobering van arbeidsvoorwaarden nodig wordt gevonden. Is het instrument van de cao – in haar ontwikkeling – niet te star en daardoor niet in staat in te spelen op veranderingen in het bedrijfsleven? Stuit de wens of de noodzaak om rekening te houden met fluctuaties op de markt – zeker tijdelijke – op een muur? Kiezen vakbonden in dergelijke situaties niet te snel voor behoud van arbeidsvoorwaarden, ook als het alternatief massa- ofwel collectief ontslag is? Als men de cao aanziet voor een instrument dat flexibel is door haar aard, namelijk een tijdelijke regeling die periodiek kan worden aangepast, dan zou men mogen verwachten dat zeker vergeleken met de route langs de wetgever de cao juist goed in staat zou zijn om klappen – op z'n minst tijdelijk – op te vangen. Schrijvers laten zien dat die geneigdheid niet groot lijkt te zijn. Ervaringen hier, maar vooral in het buitenland, zoals de schrijvers hebben laten zien, leren dat de kans van slagen niet alleen afhangt van de "ideologie" of het praktisch realisme van de onderhandelende partijen maar ook van de bereidwilligheid van de overheid om aan een dergelijke oplossing mee te werken of bijvoorbeeld in financiële termen bij te dragen. Daarmee is niet gezegd, zo constateren zij ook, dat het ook lukt en daarom meer toegepast wordt en kan worden, maar zonder dat is de kans alleen maar kleiner. Voor onderhandelende partijen moet voor hun achterban ook wat uit te ruilen blijven. Schrijvers hebben een drietal voorstellen gedaan die meer dan het overwegen waard zijn. Naast meer bekende oplossingsrichtingen stellen zij een interessante regeling voor die op situaties als waarin onder andere V&D terechtkwam, meer toegesneden lijkt. De meer bekende regelingen zijn het meer ruimte maken voor werktijdverkorting gelijkaardig aan de regeling van art. 8 BBA om klappen tijdelijk op te vangen, en het faciliteren van deeltijdontslag met gebruikmaking van mogelijkheden die de Ontslagregeling[217] lijkt te bieden. In beide situaties wordt wel een "bijdrage" van de werkloosheidsregeling verwacht. De eerste, meer innovatieve oplossing zien zij in een verruiming van de bevoegdheden van de bewindvoerder. Opererend als werkgever zou deze de bevoegdheid moeten hebben af te kunnen wijken van de – primaire – arbeidsvoorwaarden om tijdelijk of in het kader van een reorganisatie en/of

217 Schrijvers wijzen op *Stcrt.* 2015, 12685.

overname wellicht ook meer blijvend ruimte te creëren om sluitingen en verlies van arbeidsplaatsen te voorkomen. Die afwijkingen zouden niet alleen in de individuele arbeidsrelatie ook in de collectieve afspraken hun werking moeten hebben. Een waarborg zien de schrijvers hierin dat in die situaties vakbonden en/of ondernemingsraden op z'n minst geraadpleegd moeten worden. Geïnspireerd door de praktijk in andere landen denken zij ook aan de voorwaarde van instemming van een sterk gekwalificeerde meerderheid van de betrokken werknemers (in loondienst). Een interessante oplossing maar die in het kader van het collectieve arbeidsrecht nog wel wat discussie zal opleveren. Schrijvers stellen dat juist de pluriforme samenstelling van de Vereniging voor Arbeidsrecht een goede waarborg en platform zou vormen voor een vruchtbare discussie die tot aanpassing van denkbeelden, strategieën en wetgeving kan leiden.

Berkhout en Duk hebben de handschoen opgenomen die Schut in 1996 aanbood: was het collectief actierecht klaar voor de 21e eeuw? Zij constateerde toen dat de rechtspraak zich baserend op het ESH noch tot een verenging noch tot een – opvallende – verruiming van dat recht heeft geleid. Daarmee suggererend dat de ontwikkeling is blijven steken. Berkhout en Duk hadden de wind mee. Met de recente arresten van de Hoge Raad – Enerco en AMSTA – in de hand hebben zij kunnen constateren dat er – na het NS-arrest en het Douwe Egberts-arrest – een nieuwe wind is gaan waaien. De nieuwe hoofdregel van de Hoge Raad zal leidraad worden voor de rechtspraak. Zij laten zien dat in de lagere rechtspraak nadien op de ingezette koers wordt meegevaren. De nieuwe invulling van het criterium van art. 6 lid 4 ESH door de Hoge Raad heeft de toetsing door de nationale rechter teruggebracht tot een opvatting die aansluit bij de opvattingen daarover van internationale toezichthoudende instanties zoals het Europees Comité voor Sociale Rechten en de toezichthoudende organen van de ILO: de CEACR en FAC. Het moet functioneel zijn voor het effectief collectief onderhandelen. Dat betekent niet alleen het opzijzetten van het ultimum remedium-criterium als zelfstandige maatstaf onder art. 6 lid 4 ESH, maar ook een verruiming van de keuze van actiemiddelen die worden ingezet. De bekende "spelregel"-toetsing wordt niet op schroothoop gegooid, maar overgeplant naar de beperkingen catalogus van art. G ESH. Het is overigens interessant om na te gaan hoe groot de breuk met het verleden is. Duk en Berkhout menen dat die breuk minder groot is dan men wel zou kunnen denken.

Berkhout en Duk zijn niet onverdeeld enthousiast over de overheveling van de toetsing naar de beperkingen catalogus. Niet dat zij terug zouden willen naar het verleden voor ENERCAM maar menen wel dat de toetsing op aangeven van de Hoge Raad wel heel breed wordt. De Hoge Raad introduceert "gezichtspunten" van waaruit de rechtmatigheid beoordeeld moet worden – overigens een geliefd recept van de Hoge Raad[218] – in combinatie met "alle omstandigheden van het geval". Een veelheid van factoren, omstandigheden moeten worden meegenomen door de rechter om vervolgens daar een afweging tussen te maken. Dat zal mede afhangen van wat partijen in een kort geding allemaal te berde (kunnen) brengen. Een rem op de inventiviteit, zo constateren schrijvers terecht, is gelegen in de door de Hoge Raad ook aangelegde stelplicht en bewijslast voor degene die een verbod of een beperking van het collectief actierecht vraagt. Terecht vermelden schrijvers ook dat het veelal gaat om kort gedingprocedures waar een streng bewijsrecht niet geldt. De vraag kan nu rijzen wat het daarvoor in de plaats gezette "aannemelijk maken" precies gaat inhouden. Daarbij zal een rol moeten spelen dat een beperking en zeker een verbod "maatschappelijk gezien *dringend noodzakelijk*" is. Toekomstige rechtspraak zal moeten laten zien wanneer daarvan en onder welke omstandigheden daarvan sprake zal zijn. Concluderend stellen Berkhout en Duk dat de open norm nog opener is geworden. De rechtszekerheid zal eronder lijden. Ik zou eraan willen toevoegen dat uitkomsten ook onvoorspelbaarder zullen worden. Of dan de uitoefening van het recht op collectieve acties ook effectiever is geworden valt op z'n minst te betwijfelen. Zou het niet net als voorheen een trial en error situatie kunnen worden? Dat geldt voor vakbonden voor welke dit recht toch in de eerste plaats bedoeld is, maar ook voor werkgevers die ermee geconfronteerd worden. Of het nieuwe toetsingskader nu echt beter is dan het vorige, is bijna een retorische vraag van de schrijvers.

Deze exercitie kan leren dat het collectieve arbeidsrecht, in het bijzonder het instituut van de cao en het recht dat het reguleert, spannende tijden tegemoet gaat. Opnieuw staan we voor de vraag hoe dit zo aan te passen dat het beantwoordt aan de behoeften en wensen van de tijd maar ook de werkelijkheid weerspiegelt. De – rappe – ontwikkelingen op de arbeidsmarkt, ingegeven en veroorzaakt door factoren als internationalisering, diversificering van werk- en arbeidsrelaties, andere positie van collectieve

218 Zie het interessante proefschrift van J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*, Den Haag 2014.

organen als werkgevers- en werknemersverenigingen, modernisering van de medezeggenschap en meer maatwerk waardoor eerder in kleinere verbanden afspraken worden gemaakt dan in de bekende grote, vragen om passende antwoorden. Moet evenals twintig jaar geleden solidariteit leidraad blijven, de meetlat zijn en blijven waarlangs de resultaten gelegd moeten worden? Regelingen waaruit de solidariteitsgedachte is verdwenen zullen hun collectief karakter en aantrekkingskracht verliezen. En of de samenleving daarmee beter af is, blijft nog steeds de vraag. Iets waarover we over twintig jaar maar weer eens moeten discussiëren!?

HOOFDSTUK 5

ONTWIKKELINGEN IN HET MEDEZEGGENSCHAPSRECHT BINNEN EN BUITEN DE WOR

5.1 Inleiding

In de bundel *Arbeidsrecht en Mensbeeld*, die verschenen is in 1996 ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht, is in een aantal bijdragen aandacht besteed aan het medezeggenschapsrecht. Olbers ging in op de verhouding tussen vakbonden en ondernemingsraad,[1] Van der Heijden op de behoefte aan meer maatwerk in het medezeggenschapsrecht,[2] Zeijlstra en Sprengers op het instrument om daar vorm aan te geven, de ondernemingsovereenkomst.[3] Rood besteedde aandacht aan de vennootschappelijke medezeggenschap in Boek 2 BW: de structuurregeling en het enquêterecht.[4] De Bijll Nachenius ging in op ontwikkelingen binnen concerns over de medezeggenschap van de klapstoelwerknemer als ook de Europese ondernemingsraden.[5]

Deze artikelen hebben de leden van de werkgroep Medezeggenschapsrecht afgelopen jaar weer herlezen en als inspiratie gebruikt om na te gaan wat de belangrijkste ontwikkelingen zijn op het terrein van het medezeggenschapsrecht in de afgelopen decennia. Dit heeft geleid tot een keuze voor vier thema's, die hierna besproken zullen worden. Twee thema's die te maken hebben met de ondernemingsrechtelijke aspecten van de medezeggenschap: de OR en aandelenoverdracht in internationale concerns (paragraaf 5.2) en

---

1 M.M. Olbers, 'Vakbond of ondernemingsraad?', in: C.J. Loonstra e.a (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 181-195.

2 P.F. van der Heijden, 'Adaptief medezeggenschapsrecht', in: C.J. Loonstra e.a (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 235-250.

3 W. Zeijlstra en L. Sprengers, 'De ondernemingsovereenkomst anno 1996', in: C.J. Loonstra e.a (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 251-268.

4 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling?' in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 219-234.

5 H.J.de Bijll Nachenius, 'De klapstoelwerknemer tussen business-unit en Europese Ondernemingsraad', in: C.J. Loonstra e.a. (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer 1996, p. 269-278.

de OR in verhouding tot governance en toezicht (paragraaf 5.3). De twee andere thema's gaan in op ontwikkelingen die ook al aandacht kregen in de bundel *Arbeidsrecht en Mensbeeld*, maar sindsdien alleen maar aan belang hebben toegenomen: de rol van OR bij arbeidsvoorwaarden (paragraaf 5.4) en de vraag of de medezeggenschap nog voldoende aansluiting heeft bij de ontwikkelingen binnen de ondernemingen, waarbij steeds meer met verschillende vormen van flexkrachten wordt gewerkt (paragraaf 5.5). Alle bijdragen zijn geschreven door enkele leden van de werkgroep die bij iedere paragraaf worden vermeld. Over de tekst is een aantal maal gediscussieerd binnen de plenaire werkgroep. De opmerkingen die daar zijn gemaakt zijn door de auteurs meegenomen in de versie die in deze bundel is opgenomen.

5.2 De OR en aandelenoverdracht in internationale concerns[6]

5.2.1 Inleiding

Het adviesrecht van de ondernemingsraad (OR) over aandelenoverdracht heeft de afgelopen jaren juridisch en dogmatisch voor vragen gezorgd. De Wet op de ondernemingsraden (WOR) bepaalt in art. 25 dat een besluit van de ondernemer over overdracht van de zeggenschap over de onderneming adviesplichtig is. Maar geldt er ook een adviesplicht als een moeder aandelen overdraagt van de BV waar de OR is ingesteld? Of als die aandelenoverdracht in het buitenland plaatsvindt of op twee niveaus hoger dan de onderneming waar de OR is ingesteld? De WOR is als zodanig niet afgestemd op vennootschapsrechtelijke handelingen noch op besluiten op een hoger – buitenlands – niveau in de groep.[7] In deze bijdrage is de vraag: welke aandelentransacties, waarmee de zeggenschap over een onderneming wordt overgedragen, vallen binnen het adviesbereik van de OR, welke niet en hoe kan de transparantie worden bevorderd? Voordat we daarop ingaan, wordt eerst de ontwikkeling van de toerekening en het medeondernemerschap beschreven. Dat zijn leerstukken waarmee de rechter besluiten die op een hoger niveau zijn genomen binnen het adviesbereik van de OR

6 Josee Lamers (red.) werkt bij Lamers ICM Consultancy bv, Maarten van Kempen is advocaat bij DVAN, Marcus Meyer is promovendus aan de Universiteit van Maastricht, Klaas Wiersma is advocaat bij Loyens & Loeff en Paul Witteveen is advocaat bij Van Doorne.

7 Veelal worden besluiten over een Nederlandse dochteronderneming door de moeder op een hoger niveau in het buitenland genomen.

kan brengen. Onderzocht is tevens of de OR in concerns in Duitsland en Frankrijk anders dan via de rechter de besluitvorming van de moeder op het hoogste niveau kan beïnvloeden. We sluiten af met verschillende aanbevelingen om de transparantie en rechtszekerheid voor de OR, de ondernemer en de aandeelhouder te vergroten.

5.2.2 Toerekening en medeondernemerschap

Toerekening

Van toerekening is sprake als een besluit van een rechtspersoon dat betrekking heeft op een andere onderneming waar een OR is ingesteld, voor een goede toepassing van de WOR ter advies aan die OR moet worden voorgelegd, zodat het besluit als het ware naar beneden wordt getrokken.[8] Of hiervan sprake is, moet door de inhoud van het besluit worden bepaald, waarbij met name de gevolgen die dit besluit heeft binnen de onderneming waarvoor de OR is ingesteld, van doorslaggevend belang zijn. Uit de jurisprudentie volgt dat voor toerekening is vereist dat het besluit van de derde rechtstreeks doorwerkt in de onderneming waaraan de OR is verbonden.[9] Ook is het van belang dat het bestuur van de onderneming waar de OR is gevestigd, invloed heeft gehad op de besluitvorming bij de derde.[10] Bij toerekening is dus sprake van een besluit dat formeel door een derde is genomen terwijl het materieel door de ondernemer zelf is genomen, althans had kunnen worden genomen.[11] De verplichting tot het vragen van advies rust alleen op de ondernemer. De moedervennootschap kan niet in rechte worden betrokken.

Medeondernemerschap

Naast toerekening is het leerstuk medeondernemerschap ontwikkeld.[12] Bij medeondernemerschap wordt de partij die het binnen de onderneming daadwerkelijk voor het zeggen heeft, aangesproken op de verplichting om

8 Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, *ARO* 2004/63 (VNU Publitec), SR 2004/74 m.nt. L.C.J. Sprengers.

9 Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, *ARO* 2004/63 (VNU Publitec).

10 Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2002, *JOR* 2002/228 (Rohm and Haas).

11 Zie ook I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 164 e.v. en M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 123

12 Voor de eerste keer inzake de Kamer van Koophandel Rotterdam, Hof Amsterdam (OK) 2 april 1998, *JAR* 1998/27. Zie verder uitgebreid, M.G. Rood en L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 37-38.

advies te vragen: het besluit wordt een trede hoger getrokken.[13] Daar waar bij toerekening slechts het formele besluit hoger ligt, komt het leerstuk medeondernemerschap in de regel pas aan de orde als sprake is van een situatie waarbij zowel de formele als de materiële besluitvorming elders in het concern plaatsvindt. Ingelse noemt dit een zelfstandig werkend besluit van de moeder.[14] De Hoge Raad geeft aan dat aannemelijk moet worden gemaakt dat de ander een positie inneemt die hem stelselmatig een zodanige invloed verschaft op de besluitvorming binnen de onderneming van de "eigen" ondernemer ten opzichte van de OR, dat gezegd kan worden dat de derde voor de toepassing van de WOR de betreffende onderneming mede in stand houdt.[15] De Hoge Raad overweegt voorts dat voor medeondernemerschap vereist is dat de besluiten door hun aard vallen binnen de sfeer van de aan de organen van de "eigenlijke" ondernemer toekomende bevoegdheden.

Uit de jurisprudentie volgt dat indicaties voor medeondernemerschap kunnen zijn dat een substantieel deel van de bestuurders van de onderneming waar de OR gevestigd is, tevens zitting heeft in het bestuur van de moeder, dat alle besluiten van de onderneming ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan de moeder, of dat de onderneming volledig financieel afhankelijk is van de moeder. In het geval van medeondernemerschap kan de moedervennootschap – naast de ondernemer – in rechte worden betrokken.

De OK heeft een buitenlandse moeder in de zaak VLM Airlines (2010) voor het eerst aangemerkt als medeondernemer. Tevens oordeelde de OK in een tweede procedure dat hij bevoegd is kennis te nemen van een geschil jegens een buitenlandse (mede)ondernemer omdat het beroep op art. 26 WOR moet worden beschouwd als een geschil ten aanzien van een interne aangelegenheid van een onderneming die in Nederland in stand wordt gehouden.[16]

13 In gelijke zin L.G. Verburg, 'De Ondernemingskamer, de medezeggenschap en de periode 2009 tot en met 2011', *ArbeidsRecht* 2012/8.
14 Zie P. Ingelse, 'Mede-ondernemen en concernenquête', *TAO* 2012/1.
15 HR 26 januari 2000, *NJ* 2000/223 (Gemeentelijke herindeling), m.nt. Maeijer.
16 Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, *JAR* 2010/309 (VLM); Hof Amsterdam (OK), 21 december 2012, *TRA* 2013/39 (VLM II), m.nt. Zaal.

5.2.3 De aandelenoverdracht en het adviesbereik van de OR

Een besluit van de ondernemer tot overdracht van de zeggenschap over (een deel van) de onderneming is onderworpen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad van art. 25 lid 1 sub a WOR. Dat kan via een activa-passivatransactie. De besluitvorming hierover geschiedt in principe door het bestuur van de vennootschap. Een tweede mogelijkheid is die van de juridische fusie. Bij de juridische fusie wordt het voorstel tot fusie door de besturen van de vennootschappen opgesteld. Op grond van art. 2:314 lid 4 BW wordt het advies van de OR tegelijk met het voorstel tot fusie gedeponeerd of onmiddellijk na ontvangst. Hier ligt formeel het initiatief tot fusie bij het bestuur van de vennootschap en heeft de OR adviesrecht op basis van art. 25 lid 1 sub a WOR.

In het geval van een overdracht van de zeggenschap over de onderneming door middel van overdracht van aandelen van de vennootschap ligt de besluitvorming echter niet bij het bestuur, maar bij de aandeelhouder. Dan rijst de juridische vraag of:

1. een besluit van de aandeelhouder tot overdracht van zeggenschap door middel van aandelen gelijkgesteld moet worden aan een besluit van de (eigen) ondernemer tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming conform art. 25 WOR; en
2. of zo'n besluit valt onder het toetsingskader van art. 26 WOR.

Ad 1: Besluit aandeelhouder gelijk aan besluit ondernemer?
De rechtspraktijk heeft het de afgelopen 25 jaar moeten doen met de PUEM-uitspraak van het Hof Amsterdam[17] waarin een adviesrecht voor de OR werd aangenomen met als argument dat, als dat niet zo zou zijn, daarmee de belangrijkste methode waarmee fusies en overnames tot stand komen buiten het bereik van de OR zou vallen. Het Hof nam derhalve het dreigende medezeggenschapstekort als uitgangspunt.

1a. De eerste vraag is of bij een overdracht van de aandelen van een vennootschap tevens de zeggenschap over die onderneming wordt overgedragen. Deze vraag wordt in de literatuur vrij eenstemmig met "ja" beantwoord.[18] De OK heeft dit onlangs nog bevestigd door te stellen dat

17 Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990/734 (PUEM).
18 Zie voor een uitgebreid overzicht J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Kluwer.

"[...] met die overdracht tevens de zeggenschap over de onderneming wordt overgedragen".[19] Daaraan doet niet af, overweegt de OK, dat de dagelijkse gang van zaken door die overdracht niet zou worden beïnvloed en dat het bestuur van Brink's zijn bevoegdheden behoudt. Zowel bij PUEM als bij Brink's betrof het de overdracht van nagenoeg alle aandelen. Wordt de zeggenschap ook overgedragen bij een overdracht van kleinere meerderheidsbelangen (60/40% of 50/50%)? Ook kan men zich de vraag stellen of dit ook geldt voor intra-concernverschuivingen. In de SER-Fusiegedragsregels zijn intra-concernverhangingen uitgesloten. De onzekerheid op dit punt blijft omdat de OK in de Brink's uitspraak heeft volstaan met de niet verder toegelichte vaststelling dat sprake was van een overdracht van de zeggenschap.

1b. De tweede vraag luidt dan of een besluit van de aandeelhouder gelijkgesteld kan worden aan het besluit van de ondernemer tot overdracht van de zeggenschap. In PUEM legde het hof de verplichting om advies te vragen bij hen die het krachtens hun rechtspositie in de vennootschap in hun macht hebben de in art. 25 lid 1 WOR bedoelde besluiten te nemen, in casu de aandeelhouder. In Brink's heeft de OK deze lijn niet voortgezet door de verzoeken van de OR jegens de aandeelhouder niet-ontvankelijk te verklaren en te kiezen voor het model van toerekening van het besluit van de aandeelhouder aan de ondernemer. Hierbij achtte de OK van belang dat Brink's Nederland de overdracht heeft geïnitieerd.

1c. De derde vraag is of er adviesrecht is als het initiatief niet bij de ondernemer zelf ligt. In de Packard Bell-zaak[20] lag het initiatief tot overdracht van de aandelen niet bij de ondernemer maar bij de indirecte aandeelhouder Hui. De OR claimde adviesrecht op grond van toerekening en medeondernemerschap. De OK besliste dat dit niet alleen wordt bepaald door de relatie waarin de ondernemer (Packard Bell) tot zijn aandeelhouder (Hui) staat, maar ook door de aard en de inhoud van het besluit en de aan de orde zijnde omstandigheden van het geval. In dit geval legde de OK veel nadruk op het vereiste dat het besluit in concreto rechtstreeks en onmiddellijk ingrijpt in de organisatie of het beleid binnen de onderneming.[21] Daarvan is bij de enkele overdracht van een aandelenbelang geen sprake.

19 Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, *JOR* 2015/138 (Brink's), m.nt. L.G. Verburg.
20 Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2008, *JAR* 2008/52 (Packard Bell I).
21 Zie hierover uitgebreid L.C.J. Sprengers, 'Toetsing van een procedure in drie delen', *SR* 2008/44.

Ad. 2 Toetsingsnorm aandeelhouder

De toetsingsnormen van art. 26 WOR en Boek 2 BW verschillen, evenals het te wegen belang. Niet vergeten mag worden dat aandeelhouders eigenaren zijn en het eigendomsrecht in principe inhoudt dat men vrijelijk over een vermogensrecht zoals een aandeel in een vennootschap moet kunnen beschikken. De wettelijke mogelijkheden voor de OR om besluitvorming binnen de vennootschap te beïnvloeden zijn verder relatief beperkt gehouden. De OR heeft, in tegenstelling tot de vakverenigingen, niet het recht van enquête bij wanbeleid. De OR van naamloze vennootschappen heeft een aanbevelingsrecht en een spreekrecht op vennootschapsrechtelijk niveau. Willems[22] onderscheidt de rollen van de OR op basis van de WOR en het vennootschapsrecht met de termen een "say in business" respectievelijk een "say in governance". In zijn opvatting valt de OR met zijn vennootschapsrechtelijke bevoegdheden onder het bereik van art. 2:8 BW. Dat betekent dat besluiten van de algemene vergadering waarin het spreekrecht een rol speelt, vatbaar zijn voor de in art. 2:15 lid 1 aanhef en onder b BW genoemde vernietiging wegens strijd met de redelijkheid en de billijkheid. Eveneens kan het negeren van het spreekrecht leiden tot het oordeel dat sprake is van een kennelijk onredelijk besluit als bedoeld in art. 26 WOR. Een specifiek besluit kan door de OR zowel via de WOR als via het vennootschapsrecht worden aangevochten. Volgens Willems zou de toetsingsmaatstaf in beide gevallen identiek moeten zijn.

Te overwegen is om een beroep van de OR tegen een besluit van de aandeelhouder over aandelenoverdracht te onderwerpen aan de dubbele toets van de norm van art. 26 WOR en van Boek 2, art. 2:8, 2:14 en 2:15 inzake vernietiging wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Zo wordt bij de toetsing de hoedanigheid van de aandeelhouder onderscheiden van die van de ondernemer.[23]

Drie praktijkcases

Aan de hand van drie situaties die in de praktijk vaak voorkomen, wordt hierna nagegaan of de OR voldoende in staat wordt gesteld het adviesrecht uit te oefenen bij de aandelenoverdracht.

---

22 Zie hierover uitgebreid J.H.M Willems in 'Expert aan het woord', *TAO* 2013/1.

23 P.A.M Witteveen, 'Concernbesluitvorming en medezeggenschap, olievlek en complicaties', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees, *Ik ben niet overtuigd, opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Liber Amoricum, Prinsengrachtreeks, p. 583 e.v.

Een moedermaatschappij die tevens bestuurder is bij de dochter besluit ofwel (i) (de meerderheid van) haar aandelen; ofwel (ii) alle activa en passiva van de door haar gehouden vennootschap te verkopen.

Beide besluiten zijn adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 onder a WOR. Het besluit onder (i) op grond van de leer die zegt dat een besluit tot het overdragen van de aandelen in een vennootschap een besluit is tot overdracht van zeggenschap over de onderneming.[24] Het besluit van de aandeelhouder moet dan worden aangemerkt als een door de ondernemer voorgenomen besluit (art. 25 lid 1 onder a WOR).

Het feit dat de BV als ondernemer wordt gezien en dat niet de aandeelhouder in rechte kan worden betrokken, zoals het geval was in de hiervoor besproken Brink's-zaak,[25] leidt er in feite toe dat de OR geen adviesrecht heeft en met lege handen staat. Immers, zo merkt Sprengers op, als de OK reden zou hebben gezien om een voorziening ex art. 26 WOR toe te wijzen dan had de moeder in rechte betrokken moeten worden om de voorziening ook te laten slagen.[26] Zou dat via het medeondernemerschap lukken?

Ten aanzien van het medeondernemerschap lijkt uit de jurisprudentie van de OK te volgen dat de OK de "stelselmatigheid" niet als belangrijkste eis ziet.[27] In de VLM-zaak geeft de OK immers aan dat er gekeken wordt naar de betrokkenheid van moeder VLM België ten aanzien van de in het geding zijnde besluiten en niet zozeer of er behoudens invloed op het bestreden besluit sprake is van stelselmatige invloed die ook daadwerkelijk wordt aangewend.[28] Ook Willems lijkt op dat spoor te zitten; hij geeft immers aan dat een relatie vereist is van "stelselmatige structuur", waarbij de bemoeienis de facto niet frequent hoeft te zijn.[29] Ook de Novio-zaak wijst in die richting.[30] In die gedachte toetst de OK dus per besluit of een derde als

24 Hof Amsterdam van 27 juli 1989, *NJ* 1990/734 (PUEM) en Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, *RAR* 2015/74 (Brink's).
25 Hof Amsterdam (OK) 24 februari 2015, *RAR* 2015/74 (Brink's).
26 L.C.J. Sprengers, 'Aandelenoverdracht adviesplichtig', *TRA* 2015/62.
27 Vgl. K. Wiersma en R.C. Moed, 'Joint Ventures en medezeggenschap: een update', *Onderneming en Financiering* 2013-3.
28 Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2010, *JAR* 2010/309 (VLM).
29 J.H.M. Willems, 'Hoofdelijkheid en vertegenwoordiging' in het medezeggenschap', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Liber Amicorum R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 110 e.v.
30 Hof Amsterdam (OK) 10 mei 2011, *ARO* 2011/92 (Novio).

medeondernemer kan worden gezien. Het voordeel hiervan is dat de partij die de beslissing neemt met succes in een art. 26 WOR-procedure kan worden betrokken en het adviesrecht geen lege huls wordt.

Terugkerend naar het voorbeeld, is het aannemelijk om de moedermaatschappij als medeondernemer te beschouwen, nu de moeder het zowel als aandeelhouder als bestuurder voor het zeggen heeft.

Het besluit onder (ii) over de verkoop van de activa en passiva van de vennootschap is rechtstreeks adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 onder a WOR.

Dezelfde moedermaatschappij heeft nu een holding (of twee) geplaatst boven de onderneming waar de OR is gevestigd en is voornemens om de zeggenschap over deze holding over te dragen.

Evenals in de eerste situatie gaat het de koper om de onderneming waar de activiteiten worden verricht en waar de OR is gevestigd, maar nu is het de vraag of het besluit adviesplichtig is.

Bij de overdracht van aandelen in een grootmoedervennootschap, zo stelt de OK immers, komt, behoudens in geval van een schijnconstructie, aan de OR van de kleindochtervennootschap in het algemeen geen adviesrecht toe.[31] Indien het bestuur van de vennootschap van de OR geen bemoeienis met het besluit heeft, komt een adviesrecht alleen in beeld, zo geeft de OK aan, indien er (i) sprake is van medeondernemerschap; en (ii) het besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waar de OR gevestigd is.

Het medeondernemerschap kwam in 5.2.2 aan de orde. De tweede eis is een interessante. Het feit dat een concurrent de aandelen in de (groot) moeder overneemt, levert wellicht geen rechtstreeks ingrijpende consequenties op voor de onderliggende onderneming – doorgaans zal door de potentiële koper worden aangegeven dat "het besluit vooralsnog geen gevolgen heeft voor de betrokken werknemers" of woorden van gelijke strekking – maar kan er wel toe leiden dat er binnen afzienbare tijd ingrijpende besluiten voor de deur staan. De OR heeft dan, ten opzichte van situatie A niet de mogelijkheid gehad om zijn advies te geven ten aanzien

31 Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2008, *JAR* 2008/52 (Packard Bell II).

van de verwachting dat er ingrijpende besluiten zullen volgen op de overname door die concurrent. Dat is lastig uit te leggen. Als duidelijk is dat de onderneming waar de OR is ingesteld het belangrijkste doelwit is van de overdracht op hoger niveau, is er wat voor te zeggen een adviesrecht aan de OR van die onderneming toe te kennen. Zie daarover meer hierna.

Een buitenlands concern met vennootschappen en ondernemingen met werknemers en hun vertegenwoordigende organen over de gehele wereld draagt de aandelen op een hoger niveau over aan de concurrent.

Opnieuw is zeker dat er, vanwege te behalen synergievoordelen, op enig moment ontslagen zullen vallen in de Nederlandse onderneming, al wordt dat nu ten tijde van de overname nog niet erkend. Het is duidelijk dat een besluit over de aandelenoverdracht niet door de Nederlandse OR geblokkeerd zal kunnen worden, zelfs niet als dat in de toekomst gevolgen kan hebben voor de besluitvorming ten aanzien van de Nederlandse onderneming.[32] [33]

De SER-Fusiegedragsregels (Fusiegedragsregels) bepalen dat er sprake is van een fusie als de zeggenschap over een onderneming direct of indirect wordt overgedragen. Ingevolge art. 2 lid 1 Fusiegedragsregels geldt dat er bij de fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming betrokken moet zijn voor de toepasselijkheid van de Fusiegedragsregels. Behoort de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer of is de transactie hoofdzakelijk een buitenlandse aangelegenheid, dan treden de Fusiegedragsregels niet in werking. Bij een indirecte overdracht van de zeggenschap over een in Nederland gevestigde onderneming, zijn de Fusiegedragsregels dus alleen van toepassing als die transactie alleen of in hoofdzaak betrekking heeft op de overdracht van de zeggenschap over de Nederlandse onderneming. Dat wordt bepaald door het in de Nederlandse onderneming werkzame personeel af te zetten tegen het totale personeel dat werkzaam is in de bij de fusie betrokken buitenlandse ondernemingen.

32 R.A.A. Duk, 'Medezeggenschap en multinationals: hypocrisie helpt', *TAO* 2014/4, die verwijst naar OK 8 juni 2006, *ARO* 2006/112 (Leaf Holland).

33 In de praktijk heeft de helft van de OR's in een Nederlands concern adviesrecht over het overnemen of afstoten van zeggenschap tegenover een kwart van de OR's in een buitenlands concern, zie M. Meyer, 'De positie van Nederlandse ondernemingsraden in internationale concerns', verschijnt in *TRA* 2016/4.

Als deze toepassing doorgetrokken wordt naar de WOR dan zou dat betekenen dat een Nederlands of een buitenlands besluit over de indirecte overdracht van de zeggenschap over een onderneming alleen adviesplichtig is indien deze onderneming, gezien het aantal werknemers, het zwaartepunt is van de transactie. In dat geval kan een discussie over toerekening en medeondernemerschap achterwege blijven en hoeft de OR niet meer aan te tonen dat er sprake is van een besluit dat direct ingrijpt in de onderneming waarvoor hij is ingesteld.

5.2.4 De Franse OR en de aandelenoverdracht

De basisregel in Frankrijk is dat de ondernemer[34] zijn OR moet informeren en raadplegen over de wijziging van de economische of juridische organisatie van de onderneming met het oog op de gevolgen van de voorgenomen transactie voor de werknemers. Deze basisregel is verder uitgewerkt voor de situatie van de overnemende ondernemer die met de transactie zeggenschap verwerft en van de verkopende ondernemer die zeggenschap overdraagt over de onderneming.[35]

De overnemende ondernemer is verplicht de OR voorafgaand te informeren en te raadplegen bij een verkrijging van 10% tot 50% van het aandelenkapitaal van een andere onderneming. De verkopende ondernemer moet de OR informeren en raadplegen als hij de zeggenschap over een vestiging overdraagt door middel van een overdracht van meer dan 50% van de aandelen.

De Haulotte's uitspraak uit 1978 is een belangrijke uitspraak voor een aandelentransactie die een directe wijziging van de zeggenschap over de doelonderneming ten gevolge heeft. Hierin bepaalde de Franse Hoge Raad dat indien de onderhandelingen over de verkoop van een deel van het aandelenkapitaal van de doelonderneming zijn ingezet als een middel om de doelonderneming onder de zeggenschap van een andere eenheid te brengen, de doelonderneming zijn OR voorafgaand aan de afsluiting van de transactie moet informeren en raadplegen.[36] Een directe wijziging van de zeggenschap (art. 2323-6 Code de Travail) wordt aangenomen wanneer

34 Het Franse begrip "werkgever" is voor de leesbaarheid vervangen door "ondernemer".

35 E. Cafritz, F. Jais-Emery, O. Genicot, *Fried Frank Client Memorandum*, 10/03/2012, Paris.

36 Cass. Civ, Mars 2,1978, Haulotte; Cass. Civ, Avril 4, 1979, Venot Pic.

een eenheid direct of indirect meer dan 40% bezit van de stemrechten van de aandelen en niemand anders over een hoger percentage beschikt, tenzij dit weerlegd wordt met bewijs van het tegendeel. Bij een indirecte wijziging van de zeggenschap, zoals bij de verkoop van de meerderheid van de aandelen van de moederonderneming, wordt in beginsel aangenomen dat, indien deze geen wijziging teweegbrengt voor de ondernemer van de vestiging, de OR van de vestiging niet hoeft te worden geïnformeerd en geraadpleegd. Of de transactie wijzigingen teweegbrengt voor de werkgever, wordt getoetst aan de mogelijke gevolgen voor het bestuur van de Franse vestiging, de kapitaalstructuur, de business van de Franse vestigingen of de mogelijke gevolgen voor de werknemers. Zo bepaalde een lagere rechter dat de Duitse moeder van een Franse vestiging, die een joint venture aanging met een Amerikaanse onderneming, de OR van de Franse vestiging had moeten informeren en raadplegen vanwege de potentieel daaruit voortvloeiende reorganisatie van de corporate-groep.[37]

De Franse Hoge Raad bepaalde eveneens dat een interne reorganisatie die de overdracht van aandelen van een vestiging impliceerde naar een holding op een hoger niveau, een transactie vormde die gevolgen kon hebben voor de werknemers van de vestiging en dus de verplichting deed ontstaan om de OR van de vestiging wiens aandelen werden overgedragen te informeren en te raadplegen.[38] Dus bij een aandelenoverdracht moet de Franse OR geïnformeerd en geraadpleegd worden indien deze potentiële gevolgen heeft voor de zeggenschap van de ondernemer of potentiële gevolgen voor de werknemers aan de hand van de bovengenoemde criteria.

5.2.5 *Vergelijking met de Duitse en de Franse OR in een internationaal concern*

De territoriale werkingssfeer werkt in alle landen en brengt met zich mee dat de medezeggenschap beperkt is tot 's lands grenzen. Dat heeft gevolgen voor de OR in concerns waar de besluitvorming vaak in het buitenland plaatsvindt. Zo kunnen de Duitse vestigingen in het buitenland geen deel uitmaken van de concerneenheid onder Duits recht. Dat leidt tot een lacune in de medezeggenschap bij buitenlandse vestigingen. Duitse werknemers hebben eveneens geen inspraak bij een buitenlandse moeder. Bovendien kunnen de aanbevelingsrechten van de Aufsichtsrat worden

37 TGI Lisieux, Janvier 6, 1994, référé, Knorr Dahl.
38 Cass.Soc. 16 avril 1996, Sietam Industries; Bull. Civ.V. no. 163.

omzeild met het aannemen van een buitenlandse rechtsvorm, zoals een BV of een PLC, in Duitsland.[39] In Nederland zijn de aanbevelingsrechten uit Boek 2 BW niet van toepassing op buitenlandse rechtspersonen. De WOR geldt wel voor hun vestigingen in Nederland.

Vergeleken met het buitenland is het bijzonder dat de OR hier te lande dezelfde bevoegdheden heeft als de groeps- of de centrale ondernemingsraad. De Duitse en de Franse OR hebben aan de voet namelijk andere rechten dan aan de top: aan de voet sociale rechten en aan de top vooral financieel-economische rechten. Een tweede verschil is dat zowel de Franse als de Duitse wetgever een groep van ondernemingen onder leiding van een moedervennootschap rechtens als een concerneenheid beschouwt. De voorwaarde is dat de moeder statutair in hun land is gevestigd, de groep leidt en controleert via het bezit van meer dan 50% van de aandelen of het kapitaal dan wel het recht heeft meer dan de helft van de bestuurders en toezichthouders te benoemen. De Nederlandse wetgever koos niet voor de constructie van een concerneenheid. Het nadeel is dat de WOR daardoor onvoldoende rekening houdt met besluiten die op een hoger internationaal niveau in de groep worden genomen. Dat een groeps- en een centrale ondernemingsraad uitsluitend gemeenschappelijke aangelegenheden behandelen, impliceert dat centraal leiding wordt gegeven, zoals de wetgever dat vooronderstelt in art. 2:24b BW.[40] In 2013 heeft de wetgever art. 31 WOR uitgebreid met een derde lid dat voorziet in een recht op informatie over internationale zeggenschapsverhoudingen en internationale duurzame betrekkingen.[41]

De Duitse Konzernbetriebsrat[42] heeft medezeggenschapsrechten op het centrale niveau van de groep, onafhankelijk van de structuur van het Duitse concern. De Konzernbetriebsrat onderhandelt met het hoofdbestuur

39 Vgl. S. Sick, 'Mitbestimmungsfeindlicheres Klima', *Mitbestimmungsförderung* Report Nr. 13 – September 2015.

40 L.G. Verburg, *Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*. Monografieën Sociaal recht 40, Deventer: Kluwer 2007, p. 109.

41 Zie ook SER: *Informatieverplichtingen voor internationale concerns*, www.ser.nl.

42 § 54 BetrVG.

over concernbrede onderwerpen.[43] De Duitse wetgever gaat uit van één concerneenheid met een Konzernbetriebsrat aan de top.[44]

Daarnaast bestaat de Duitse Gesamtbetriebsrat, de centrale ondernemingsraad, die een "Wirtschaftsausschuss" heeft ingesteld. Dat is een commissie voor economische en strategische vraagstukken[45] die door de concernleiding voorafgaand aan een strategische beslissing moet worden geïnformeerd. De "Wirtschaftsausschuss" heeft volgens § 106 lid 2 Betriebsverfassungsgesetz recht op informatie en de moeder heeft de plicht alle informatie te verstrekken die de commissie voor haar taakvervulling nodig acht. Dit is de "Informationsdurchgriff", een aansprakelijkheid van de concernmoeder voor de informatieplicht die ook geldt voor concernbrede strategische plannen. Een Duitse concerndochter kan zich niet achter het argument verschuilen dat een buitenlandse concernmoeder de desbetreffende informatie niet heeft verstrekt.[46] De "Gesamtbetriebsrat" formuleert zijn advies op basis van de raadgevende stem van de "Wirtschaftsausschuss".

Sinds 1982 dient de Franse moedervennootschap een groepsondernemingsraad, Comité de Groupe (CG), in te stellen voor de groep van ondernemingen die zij controleert en die statutair in Frankrijk is gevestigd. De groepsondernemingsraad is een werknemersorgaan aan de top dat zich richt op informatie en de dialoog over de strategie en het perspectief van de groep. De CG ontvangt het rapport van de registeraccountant en heeft het recht om een expert-accountant in te schakelen die toegang heeft tot alle stukken die de accountants hebben gecontroleerd voor alle ondernemingen die deel uitmaken van de groep (L 2334-4). De CG en

43 § 58 BetrVG; In het geval van (i) onderwerpen die het gehele concern betreffen; (ii) onderwerpen die meerdere ondernemingen van het concern betreffen en door de centrale ondernemingsraad(en) niet opgelost kunnen worden; of (iii) onderwerpen waarvoor de concern-OR door de desbetreffende centrale ondernemingsraad volgens § 58 lid 2 BetrVG gemandateerd is; alle andere onderwerpen worden aan de Gesamtbetriebsrat voorgelegd.

44 § 18(1) derde paragraaf AktG; Deze uit de concerneenheid resulterende informatieplicht van de topholding jegens de Konzernbetriebsrat gaat verder dan wat als een concerneenheid in Boek 2 BW is gedefinieerd.

45 Volgens § 106 lid 1 BetrVG moet een Wirtschaftsausschuss worden ingesteld door de Gesamtbetriebsrat als in de regel meer dan 100 werknemers in dienst zijn van de onderneming (§ 107 lid 2 BetrVG).

46 Vgl. S. Lerch en L. Weinbrenner, 'Auskunftsanspruch des Wirtschaftsausschusses bei Konzernbezug', *NZA* 2013/355; zie ook BAG, *NZA* 1991, 649; LAG Köln, *Beschluss* vom 05.10.2011 – 9 TaBV 94/10; LAG Nürnberg, *NZA-RR* 2002, 488.

de Europese ondernemingsraad, die beide op het centrale niveau van de groep functioneren, kunnen met behoud van bevoegdheden juridisch worden samengevoegd tot één orgaan.

Evenals de CG in Frankrijk behandelt de Konzernbetriebsrat in Duitsland de strategische onderwerpen van de groep. Bovendien komen ze aan de orde in de "Aufsichtrat" een toezichthoudend orgaan waarin de werknemers, naast de aandeelhouders, direct zijn vertegenwoordigd in ondernemingen met meer dan 500 werknemers. De Aufsichtrat is te vergelijken met de Raad van Commissarissen van een structuurvennootschap. In Franse internationale concerns met meer dan 1.000 werknemers in Frankrijk of meer dan 5.000 werknemers wereldwijd, kunnen één of meer afgevaardigden van de OR als adviserend lid deelnemen aan het overleg van het bestuur of van het toezichthoudend orgaan. In Franse staatsbedrijven vormen zij een derde deel van het bestuur. Bij ons neemt de toezichthouder deel aan het halfjaarlijkse overleg van de bestuurder met de OR.

Het is opvallend dat het recht op concerninformatie "verzwaard" toeneemt voor de Franse CG en de Duitse Konzern- en Gesamtbetriebsrat in de top van het concern. Het grote verschil met de centrale ondernemingsraad is dat de concernstrategie niet voorkomt onder de adviesplichtige onderwerpen van art. 25 WOR en dat zijn informatierecht beperkt is tot de informatie die hij nodig heeft voor de vervulling van zijn taak in het verband van de adviesaanvraag. De informatieachterstand komt vooral voor bij Nederlandse dochters van buitenlandse concerns. Een uitbreiding van het informatierecht tot de concernstrategie en voor een taakvervulling in internationaal concernverband leidt tot minder geschillen over het adviesrecht.

5.2.6 Conclusie en aanbevelingen

Bij de beantwoording van de vraagstelling is onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte overdracht van de zeggenschap door middel van aandelentransacties op hetzelfde of op een hoger niveau dan de onderneming waar de OR is gevestigd. Een besluit van de moeder om de meerderheid van de aandelen te verkopen in de door haar gehouden vennootschap wordt sinds de PUEM-uitspraak aangemerkt als een voorgenomen besluit van de ondernemer tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming ex art. 25 WOR. Dit is onlangs bevestigd in de zaak Brinks. Het

maakt voor de toerekening niet uit of het besluit genomen is door een Nederlandse of een buitenlandse moeder. Neemt de moeder zo'n besluit op een hoger niveau dan de onderneming waar de OR is ingesteld, een indirecte overdracht van zeggenschap, dan heeft de OR van de kleindochtervennootschap in het algemeen geen adviesrecht volgens de OK, tenzij het om een schijnconstructie gaat. Was het bestuur van de vennootschap van de OR niet betrokken bij het besluit, dan komt een adviesrecht alleen in beeld als er sprake is van medeondernemerschap en het besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming waar de OR is gevestigd. Zoals een Nederlandse kan ook een buitenlandse moeder als medeondernemer worden aangemerkt. De OK toetst per besluit of een derde als medeondernemer kan worden gezien hetgeen als voordeel heeft dat de partij die de beslissing neemt in een Art. 26 WOR-procedure kan worden betrokken. De OK beschouwt een geschil van de OR met de buitenlandse medeondernemer als een intern geschil van de dochteronderneming die gevestigd is in Nederland. De voorspelbaarheid over hoe de rechter een besluitvormingsconstellatie beoordeelt op een hoger niveau dan de onderneming waar de OR is ingesteld lijkt hier geringer dan in Frankrijk. Daarom volgen enkele aanbevelingen om de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid voor de OR, de bestuurder en de aandeelhouder te vergroten.

Aanbevelingen

1. Het bepaalde in art. 31 WOR dat ondernemingsraden recht hebben op alle informatie die ze redelijkerwijze nodig hebben voor de vervulling van hun taak, behoeft aanvulling met: in de onderneming of in het internationale concern. De bepaling "aangelegenheden de onderneming betreffende" ex art. 24 WOR verdient de aanvulling: "[...] de onderneming of het concern betreffende" en zou tevens "de concernstrategie" moeten omvatten.[47] Bovendien kan de instelling van een "Wirtschaftsausschuss" bij de centrale ondernemingsraad naar Duits voorbeeld toegevoegde waarde hebben evenals het Franse recht van de CG om een expert-accountant in te schakelen.
2. Aanbevolen wordt dat de aandeelhouder die besluit om de aandelen over te dragen in een BV of NV waar een OR is ingesteld, zelf verplicht is dit besluit via het medeondernemerschap onder het adviesrecht van de OR te brengen in plaats dat zijn besluit wordt

47 Zie J.J.M. Lamers, *Medezeggenschap in concerns. Effectiviteit van de nationale wetgeving en de Europese richtlijn*, Alphen aan den Rijn/Zaventum: Samson Bedrijfsinformatie 1995, p. 123.

toegerekend aan de ondernemer van de BV. Immers, als de BV als ondernemer wordt beschouwd, kan de moeder die feitelijk de aandelen in de BV overdraagt niet in rechte worden betrokken en kan de OR zijn adviesrecht in feite niet effectueren.

3. Een alternatief om de rechtszekerheid over het adviesrecht van de OR bij de aandelenoverdracht te vergroten, is om de vennootschapsrechtelijke medezeggenschap te versterken en het spreekrecht van de OR in de AVA, zoals dat nu geldt voor NV's, uit te breiden en in geval van transacties ook bij BV's in te voeren.
4. Bij de overdracht van aandelen in een (groot)moedervennootschap, komt aan de OR van de (klein)dochtervennootschap in het algemeen geen adviesrecht toe. Het lijkt wenselijk dat in situaties waarin de onderneming waar de OR is ingesteld het belangrijkste doelwit is van de overdracht op hoger niveau, er wel een adviesrecht aan de OR van die onderneming wordt toegekend. Door aan te sluiten bij de bepaling van de Nederlandse rechtssfeer conform de SER-Fusiegedragsregels zou bij een indirecte overdracht van de zeggenschap over een in Nederland gevestigde onderneming, de WOR alleen van toepassing zijn als die transactie alleen of in hoofdzaak betrekking heeft op de overdracht van de zeggenschap over de Nederlandse onderneming. Gekeken wordt dan of het aantal in de Nederlandse onderneming werkzame personen domineert in verhouding tot het personeel dat internationaal betrokken is bij de fusie.
5. Het is aan te bevelen een besluit van de moeder als grootaandeelhouder tot vervreemding van aandelen – voor zover daaromtrent adviesrecht bestaat – te onderwerpen aan de dubbele toets van zowel de norm van kennelijke onredelijkheid in de zin van art. 26 WOR als aan de normen van Boek 2, art. 2:8, 2:14 en 2:15 inzake vernietiging wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Daarbij kunnen – bij schending van de dubbele normstelling – voorzieningen ex art. 26 WOR rechtstreeks aan de aandeelhouder worden opgelegd mits deze als medeondernemer kan worden aangemerkt.
6. De Franse en de Duitse wetgever gaan uit van een concerneenheid waarbij de medezeggenschap op het hoogste concernniveau invloed kan uitoefenen. Zo'n constructie van een concerneenheid bestaat er niet voor de centrale ondernemingsraad. Verwijzend naar het groepsbegrip in de Wet op de Europese ondernemingsraden en de SER-Fusiegedragsregels 2015 is een meer eenduidige betekenis en aansluiting tussen de WOR en Boek 2 BW gewenst.

5.3 OR in verhouding tot governance en toezicht[48]

5.3.1 Inleiding

Na de bijdrage van Rood in *Arbeidsrecht en Mensbeeld* 1946-1996[49] over de enquête- en structuurregeling is er op governance-gebied in Nederland veel veranderd. Constateerde Rood destijds in zijn bijdrage dat nog weinig gebruik werd gemaakt van het enquêterecht, sindsdien is het aantal enquêteprocedures toegenomen en het enquêterecht uitgebreid. Hoewel de wetgever er daarbij nadrukkelijk voor heeft gekozen om de OR niet het recht van enquête te verschaffen, heeft de OR zich inmiddels toch een plaats in het enquêterecht toegeëigend, onder meer door gebruik te maken van het recht van voeging of daarmee te dreigen en door gebruik te maken van de mogelijkheid om zich statutair of bij overeenkomst het enquêterecht te laten toekennen. De advocaat-generaal (A-G) heeft eveneens het recht te verzoeken om een onderzoek te gelasten. Dat recht is in de literatuur enigszins onderbelicht gebleven en zou naar onze mening moeten worden uitgebreid.

In de afgelopen jaren is, als het over de structuurregeling gaat, meer nadruk komen te liggen op de tegenstelling tussen het Rijnlands en het Angelsaksisch model. De structuurregeling komt voort uit het Rijnlands model, volgens welk de onderneming een samenwerkingsverband van verschillende belanghebbenden vormt en volgens welk de onderneming naast de belangen van aandeelhouders ook die van de andere belanghebbenden en de maatschappij dient. Tegenover het Rijnlands model staat het Angelsaksisch model waarin de onderneming een instrument vormt om op zo kort mogelijke termijn zo veel mogelijk aandeelhouderswaarde te creëren. Dit onderwerp heeft aan actualiteitswaarde gewonnen door de introductie van de wettelijke mogelijkheid om de uit het Angelsaksisch model afkomstige "one-tier" board in te voeren.

---

48 Mirjam de Blécourt arbeidsrechtadvocaat bij Baker&McKenzie in Amsterdam, Marloes Diepenbach promovenda aan de vakgroep arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht Universiteit van Amsterdam, René Hampsink arbeidsrechtadvocaat bij Sprengers Advocaten in Utrecht, Steven Jellinghaus arbeidsrechtadvocaat bij De Voort Advocaten, Mediators in Tilburg en universitair docent bij het Departement sociaal recht en sociale politiek aan de Tilburg University en Els Unger arbeidsrechtadvocaat bij Unger Van Els advocaten in Amsterdam.

49 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling' in: *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Kluwer: Deventer 1996, p. 219-234.

In deze paragraaf beschrijven wij de huidige rol van de OR op het gebied van governance en toezicht en zullen wij enkele aanbevelingen tot verbetering doen. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de rol van de medezeggenschap in de zorgsector, nu daar meer invloed is op de governance.

5.3.2 Het enquêterecht

Recente wijzigingen en doeleinden

Het enquêterecht[50] maakt het mogelijk om de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam, het beleid van en de gang van zaken binnen een rechtspersoon te laten onderzoeken. Het enquêterecht in zijn huidige vorm is in 1971 geïntroduceerd[51] en in de jaren daarna verschillende keren aangevuld.[52] Na de wijzigingen van het enquêterecht per 1 januari 1994,[53] waarbij vooral de uitbreiding van het toepassingsgebied en de invoering van de mogelijkheid om gedurende alle fasen van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen van belang zijn, is het op wetgevend terrein lang rustig geweest. Het enquêterecht is in 2008 en 2009 geëvalueerd.[54] De uitkomst van deze evaluatie was – kort gezegd – dat het enquêterecht een belangrijk middel voor de beslechting van geschillen bij rechtspersonen was en een ingrijpende wijziging van het enquêterecht niet noodzakelijk was. Wel kon de regeling op een aantal punten worden verbeterd.[55] In september 2011

50 Het enquêterecht is een algemene geschillenprocedure op grond van Boek 2 BW en neergelegd in art. 2:344-359 BW.

51 Het enquêterecht in zijn huidige vorm vloeit voort uit het rapport van de Commissie-Verdam: Rapport 'Herziening van het ondernemingsrecht', d.d. 26 november 1964, van de op 8 april 1960 ingestelde Commissie Ondernemingsrecht, 's-Gravenhage, Staatsuitgeverij 1965.

52 Zie over de wijzigingen van het enquêterecht (met name vanuit medezeggenschapsoogpunt) in de periode 1971-1994 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling' in: *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Kluwer: Deventer 1996, p. 223-226.

53 Wet van 8 november 1993, *Stb.* 1993, 597.

54 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 752, nr. 5, p. 3-4.

55 *Kamerstukken II* 2008/09, 29 752, nr. 8, p. 7-8.

diende de minister een wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht in[56] dat uiteindelijk tot een wetswijziging per 1 januari 2013 heeft geleid.[57]

Als doeleinden van het enquêterecht heeft de wetgever volgens de Hoge Raad in de Ogem-zaak[58] niet alleen beschouwd "de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid". Verder wees de Hoge Raad in deze zaak op de preventieve werking van het enquêterecht.

Enquêterecht en OR

Een enquêteverzoek kan alleen door de in de wet aangewezen (rechts) personen worden ingediend. Enquêtegerechtigden zijn aandeelhouders (met een zekere drempel), vakbonden, de A-G om redenen van openbaar belang en sinds 1 januari 2013 ook de rechtspersoon zelf en – indien deze failliet is verklaard – de curator. Daarnaast kan het enquêterecht (i) bij overeenkomst met het bestuur; of (ii) in de statuten aan anderen worden toegekend, bijvoorbeeld aan de (Europese) ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging.[59] Wanneer het enquêterecht bij overeenkomst

56 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr. 2.

57 *Stb.* 2012, 274. De belangrijkste wijzigingen zijn: (i) verhoging van de toegangsdrempel voor vennootschappen met een geplaatst kapitaal van meer dan € 225.000 (art. 2:346 lid 1 onder c BW); (ii) introductie van de mogelijkheid voor een rechtspersoon om zelf een enquêteverzoek in te dienen. Is de rechtspersoon failliet verklaard, dan kan de curator een verzoek indienen (art. 2:346 lid 1 onder d BW); (iii) uitwerking van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De Ondernemingskamer moet een belangenafweging maken tussen het belang van de rechtspersoon en de belangen van degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken (art. 2:349a lid 2 BW) en ingeval er nog geen onderzoek is gelast, kan een onmiddellijke voorziening slechts worden getroffen indien er naar het voorlopige oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid of aan een juiste gang van zaken (art. 2:349 lid 3 BW); (iv) omkleding van de onderzoeksfase met meer waarborgen (art. 2:350 lid 4 BW en 2:351 BW). Zie o.a.: I. Zaal, 'Herziening van het enquêterecht', *TAO* 2013/1.

58 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem), m.nt. Maeijer, r.o. 4.1.

59 De minister noemt deze mogelijkheid expliciet in de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 7. Zie ook OK 1 maart 2005, *JAR* 2005/109 (Kinderopvang Nederland); OK 5 oktober 2005, *JAR* 2005/266 (Smit Transformatoren); OK 5 augustus 2008, *ARO* 2008/134 (Sijthoff Planetarium); OK 10 december 2008, *JAR* 2009/14 (Amsterdamse Huizenhandel). Zie eveneens I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2014, p. 62, voetnoot 253.

aan de OR wordt toegekend, is sprake van een ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR. Zorginstellingen met de rechtsvorm van stichting of vereniging zijn verplicht om in de statuten de enquêtebevoegdheid toe te kennen aan een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt. Zorginstellingen kunnen die bevoegdheid ook aan anderen toekennen.[60]

De keuze van de wetgever een wettelijk enquêterecht bij de vakbonden en niet bij de OR neer te leggen, heeft tot veel discussie geleid. In de literatuur zijn de verschillende argumenten voor en tegen een wettelijk enquêterecht voor de OR (reeds) uitgebreid besproken. Wij laten de argumenten die daarin zijn uitgewisseld in deze bijdrage buiten beschouwing en verwijzen naar de relevante literatuur in dit kader.[61] Hoewel de OR geen wettelijk enquêterecht is toegekend, staat de OR in een enquêteprocedure niet geheel buitenspel. Zoals hiervoor opgemerkt, kan de OR zich voegen als belanghebbende.[62] Zo heeft de OR in de enquêteprocedure bij de Stichting Sherpa, geëntameerd door de centrale cliënten- en verwantenraden, zich gevoegd aan de zijde van deze cliëntenraden.[63, 64] Daarmee kon de OR ook zijn bezwaren tegen de schending van medezeggenschapsrechten aan de orde stellen, met als uitkomst een onmiddellijke voorziening tot schorsing van de voorzitter van de raad van toezicht (RvT). Interessant in dit kader is de zaak Eshuis Holding waarin de OR van Eshuis zich wilde voegen als belanghebbende in de enquêteprocedure bij Eshuis Holding.[65] De OK wees dit verzoek af omdat de OR – ingesteld op het niveau van Eshuis – in die hoedanigheid onvoldoende belang had om als

60 Art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

61 Zie bijv. L.G. Verburg, *Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, Kluwer: Deventer 2007, p. 363-374; I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2014, p. 68-80, Witteveen, Sick, Unger en Hofstee, 'Ondernemingsraad en enquêterecht', in: L.C.J. Sprengers, G.W. Van der Voet (red.), *De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever*, Geschriften VvA 37, Deventer: Kluwer 2009, p. 119-129; B. van Duren-Kloppert, 'Enquêterecht en medezeggenschap: tijd voor Doornroosje om te ontwaken?', *ArbeidsRecht* 2004/36; M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling' in: *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Kluwer: Deventer 1996, p. 225-229.

62 Zie voor een uitgebreid overzicht op welke wijze de ondernemingsraad bij een enquêteprocedure kan zijn betrokken I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2014, p. 56-68.

63 OK 20 mei 2010, *JOR* 2010/188.

64 Zie bijv. OK 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 (Stork) en OK 20 mei 2008, *JOR* 2008/158 (ASMI).

65 OK 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2918.

belanghebbende in deze enquêteprocedure te worden toegelaten. Vervolgens overwoog de OK dat het functioneren van Eshuis Holding wel van betekenis was voor het functioneren van Eshuis en kende de OR de rol van informant toe zodat deze niet geheel buiten spel stond.

Ontwikkelingen binnen het enquêterecht

De afgelopen jaren is het aantal enquêteprocedures toegenomen.[66] Samen met het medezeggenschapsrecht is het enquêterecht onderdeel geworden van de "nieuwe" figuur corporate litigation. Daar waar Rood destijds in zijn bijdrage aan de bundel *Mensbeeld en Arbeidsrecht 1946-1996* nagenoeg geen aandacht heeft besteed aan het enquêterecht,[67] kan deze in het huidige tijdsgewricht niet achterblijven.

Sinds 1 januari 2013 kan de rechtspersoon ook zelf een enquêteverzoek indienen. In de literatuur wordt gewezen op de mogelijkheid dat de rechtspersoon het enquêtemiddel inzet bijvoorbeeld wanneer sprake is van een impasse in het overleg met de OR.[68] Zaal denkt hierbij met name aan situaties waarin de OR het besluitvormingsproces onnodig vertraagt of zich negatief over de rechtspersoon uitlaat in de media waardoor deze (reputatie)schade oploopt. Een interessante vraag is vervolgens of de rechtspersoon dan ook om een voorziening jegens de OR zou kunnen verzoeken. Zou de rechtspersoon bijvoorbeeld de OK kunnen verzoeken om tijdelijk een andere voorzitter aan de OR toe te voegen indien de OR slecht functioneert. De OK heeft zich hierover (nog) niet uitgesproken, wel is in de Corus-zaak om een onmiddellijke voorziening jegens de centrale ondernemingsraad verzocht.[69] Zaal sluit niet uit dat het onder bepaalde omstandigheden mogelijk is de OR een (onmiddellijke) voorziening op te leggen.[70]

66 Zie hieromtrent de jaarverslagen van de Ondernemingskamer, terug te vinden op www.rechtspraak.nl.

67 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling' in: *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Kluwer: Deventer 1996, p. 219-234.

68 A.F.J.A. Leijten, M.P. Nieuwe Weme, 'Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht', in: M. Holzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012: p. 133 en I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2014, p. 67.

69 OK 13 maart 2003, *JOR* 2003/85 (Corus). De OK kwam in de Corus-zaak niet toe aan de vraag of dit mogelijk is, omdat de verzoekers volgens de OK onvoldoende belang hadden bij het treffen van de voorziening. Zie hierover I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2014, p. 67.

70 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer: Deventer 2014, p. 67 en 68.

Enquêterecht A-G

Het is opvallend dat binnen de discussie over het enquêterecht een belangrijk onderdeel van dit recht buiten beschouwing wordt gelaten: de mogelijkheid die de A-G heeft om een verzoek tot doen tot het instellen van een onderzoek. Deze enquêtebevoegdheid is in de wet gekoppeld aan het openbaar belang.[71] Het was de Commissie-Verdam die in 1964 voorstelde om de A-G, destijds nog de procureur-generaal, deze bevoegdheid toe te kennen.[72] Hoewel het openbaar belang niet in het voorgestelde art. 53 lid 1 Wetboek van Koophandel werd genoemd,[73] merkte de Commissie over het optreden van de A-G in haar rapport het volgende op: "Voor diens optreden is in het bijzonder reden, wanneer de openbare orde en het algemeen belang een zodanig onderzoek eisen; voorts valt ook te denken aan gevallen, waarin het optreedt op verzoek van personen, die niet zó nauw bij de gang van zaken in de onderneming zijn betrokken, dat hun een eigen bevoegdheid tot het uitlokken van een onderzoek kan worden toegekend, zoals obligatiehouders, voor zover zij die bevoegdheid niet reeds uit anderen hoofden hebben."[74] In het wetsvoorstel werd de bevoegdheid van de A-G echter beperkt tot het "openbaar belang".[75, 76] Tijdens de parlementaire behandeling is de bevoegdheid van de A-G uitgebreid besproken, in het bijzonder in hoeverre "het openbaar belang" het optreden van de A-G beperkt.[77] In 1970 heeft het toenmalig Kamerlid

71 Art. 2:345 lid 2 en 2:355 lid 1 BW.

72 Rapport 'Herziening van het ondernemingsrecht', d.d. 26 november 1964, van de op 8 april 1960 ingestelde Commissie Ondernemingsrecht, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1965, p. 66 en 68.

73 Het voorgestelde art. 53 lid 1 Wetboek van Koophandel luidde: "Op schriftelijk verzoek van degenen die krachtens het volgende lid daartoe bevoegd zijn of op vordering van de procureur-generaal bij het gerechtshof Amsterdam kan de ondernemingskamer van dit gerechtshof een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een gedeelte of tot een bepaald tijdvak. (...)."

74 Rapport 'Herziening van het ondernemingsrecht', d.d. 26 november 1964, van de op 8 april 1960 ingestelde Commissie Ondernemingsrecht, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1965, p. 66. Zie eveneens P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98.

75 *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, nr. 2, p. 1.

76 Ook de SER stemde met het voorstel van de Commissie-Verdam in, zie SER-advies 1967/5, p. 8.

77 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1968/69, 9596, nr. 5, p. 15-17 en *Kamerstukken II* 1968/69, 9596, nr. 6, p. 13. Voor een uitgebreide beschrijving van de parlementaire geschiedenis verwijzen wij naar P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98 en 99. Zie ook I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 59.

Goudsmit door middel van een amendement (tevergeefs) getracht om de bevoegdheid van de A-G op te rekken.[78] Zij stelde voor de woorden "om redenen van openbaar belang" te vervangen door "die tot het instellen van een dergelijke vordering ambtshalve of op verzoek van belanghebbenden kan overgaan". In de toelichting op dit amendement merkte zij op: "In deze formulering kunnen belanghebbenden – met name wordt gedacht aan de OR en (de meerderheid van het) personeel in die ondernemingen waarin geen OR is – via de procureur-generaal om een enquête verzoeken; in de tekst van het wetsontwerp zal de procureur-generaal, zelfs als hij het met het verzoek eens is, de vordering niet kunnen instellen als het openbaar belang zulks niet eist."

Wat is de taak van de A-G en wanneer kan het openbaar belang in het geding zijn? De A-G kan alleen optreden wanneer het openbaar belang dit vereist en derhalve niet om zuiver particuliere belangen te behartigen.[79] Anderzijds volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de term "openbaar belang" ruim mag worden uitgelegd.[80] In antwoord op een Kamervraag gaf de Staatssecretaris van Justitie in 1975 nog te kennen in de wet geen steun te vinden voor de opvatting om de A-G "als het ware te zien als een behoeder van een gezond bedrijfsleven", die een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap kan vorderen, wanneer blijkt dat bij een bepaald bedrijf een ongunstige ontwikkeling is ingetreden die de werkgelegenheid bedreigt of die anderszins belangen van de samenleving in het geding brengt. Volgens de Staatssecretaris vloeide uit de wet voor de A-G slechts een subsidiaire taak voort: "Eerst wanneer hij heeft kunnen vaststellen dat de direct belanghebbenden ten onrechte stilzitten of hun geen bevoegdheid toekomt tot het vragen van een enquête zal hij moeten nagaan of er aanleiding bestaat dat hij ambtshalve een vordering instelt."[81] Ook de SER onderschreef deze opvatting, hoewel de SER de term "subsidiair" wat minder juist achtte. Er kan immers ook een openbaar belang in het geding zijn wanneer andere enquêtebevoegden wel actie ondernemen.[82] In navolging van het SER-advies[83] kan volgens Geerts worden gedacht aan "gevallen waarin het gaat om ondernemingen

78 *Kamerstukken II* 1969/70, 9596, nr. 11.
79 *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, nr. 3, p. 7.
80 *Kamerstukken II* 1968/69, 9596, nr. 6, p. 13. Zie ook P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 99.
81 *Kamerstukken II* 1975/76, Aanhangsel, Kamervraag 460, p. 911-912.
82 SER-advies 1988/14, p. 37.
83 SER-advies 1988/14, p. 38.

die van groot belang zijn voor de nationale economie en de werkgelegenheid en aan gevallen waarin twijfels aan een juist beleid bij een bepaalde onderneming het gehele bedrijfsleven of een bepaalde sector daarvan in publiek diskrediet (dreigen te) brengen".[84]

Tot nu toe is er van dit recht door de A-G weinig gebruikgemaakt, slechts vijf keer in de periode 1971-2015.[85] In die periode had een aantal maatschappelijke wantoestanden echter wel degelijk aanleiding kunnen geven om van dit recht gebruik te maken, bijvoorbeeld binnen woningcorporaties als Vestia en zorginstellingen als IJsselmeerziekenhuizen. In het SER-advies over de structuurregeling komt dat niet naar voren, maar wellicht valt te overwegen om dit recht beter in te zetten,[86] zeker als de A-G meer faciliteiten krijgt om daadwerkelijk een vooronderzoek aan te vangen en aan belanghebbenden (alsnog) wettelijk de mogelijkheid wordt gegeven om de A-G te verzoeken een vooronderzoek en/of een enquêteprocedure aanhangig te maken. Thans is echter geen voorziening in de wet opgenomen voor het geval waarin de A-G "nee" zegt tegen een verzoek van dit recht gebruik te maken. Dat is onwenselijk. Een mogelijkheid zou zijn om in afdeling 2 van titel 8 Boek 2 BW een klachtprocedure op te nemen waarbij art. 12 Strafvordering als inspiratiebron zou kunnen gelden. Een andere mogelijkheid voor een dergelijke voorziening zou zijn om via toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) het besluit van de A-G voor bezwaar en beroep vatbaar te maken. De vraag is echter of deze procedure hiertoe wel voldoende is geëquipeerd, zeker gezien de snelheid die in enquêteprocedures veelal wordt vereist. Ook zal duidelijk moeten zijn dat het begrip "belanghebbende" als bedoeld in art. 1:2 Awb mede ziet op de belanghebbenden als hiervoor bedoeld, zoals bijvoorbeeld de OR. Voorts zal dan een wettelijke voorziening moeten worden getroffen voor de wijze waarop de belanghebbenden inzage wordt geboden in de stukken die de A-G heeft verzameld. Er moet immers rekening worden gehouden met de vertrouwelijkheid van dergelijke informatie.

84 P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 98.

85 OK 28 december 1981, *NJ* 1983/25, m.nt. Maeijer (Diesel Holland); OK 26 juni 1986, *NJ* 1988/99, m.nt. Maeijer (Van der Klis); OK 16 april 1987, *NJ* 1988/183 (Stolk); OK 3 augustus 1995, *rekestnr.* 242/95 OK (Vie d'Or); OK 26 oktober 2000, *JOR* 2000/240 (De Vries Robbé) (voorafgegaan door OK 22 juni 2000, *JOR* 2000/173, m.nt. Josephus Jitta (De Vries Robbé)).

86 SER-advies 01/02.

5.3.3 *Structuurregeling*

Rijnlands model vs. Angelsaksisch model
In het Rijnlands model vormt de onderneming een samenwerkingsverband van verschillende belanghebbenden (stakeholders), waarbinnen meer belangen worden betrokken en afgewogen dan enkel die van de aandeelhouders.[87] Het Rijnlands model komt tot uiting in de institutionele opvatting die binnen het Nederlandse ondernemingsrecht wordt gehanteerd en volgens welke de onderneming naast de belangen van aandeelhouders ook die van werknemers, crediteuren, consumenten en de maatschappij dient.[88]

Tegenover het Rijnlands model staat het Angelsaksisch model waarin de onderneming een instrument vormt om op zo kort mogelijke termijn zo veel mogelijk rendement (aandeelhouderswaarde) te creëren. Hier wordt ook wel gesproken van een instrumentele benadering.[89]

In Nederland zien wij het Rijnlands model terug zowel in het gewone, directe medezeggenschapsrecht als in het vennootschappelijke medezeggenschapsrecht. Allereerst het "gewone" medezeggenschapsrecht. De WOR draagt de ondernemer op om een OR in te stellen in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen, dat wil zeggen niet alleen bedrijfseconomische, maar ook sociale doelstellingen. Art. 26 lid 5 WOR, volgens welk de OK moet toetsen of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen, sluit daarbij aan. De Hoge Raad bepaalde in 1982 in de Enka-zaak dat de OK de belangen van de onderneming als geheel, die van het personeel daarbij inbegrepen, in zijn oordeel dient te betrekken.[90] In lijn daarmee oordeelde de OK in 1988 bijvoorbeeld dat de ondernemer de belangen van de onderneming "als geheel" bij de sluiting van een op zichzelf rendabele productieafdeling dient af te wegen tegen de rechtmatige belangen van de werknemers bij

87 R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*, Assen: Van Gorcum 2008, p. 9-11.
88 J. Barneveld, 'PCM & private equity – Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogens-onttrekkingen', *WPNR* 2009/6791, p. 230-238.
89 J. Barneveld, 'PCM & private equity – Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogens-onttrekkingen', *WPNR* 2009/6791, p. 230-238. Zie ook R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*, Assen: Van Gorcum 2008, p. 9-11.
90 HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35 (Enka).

het voortbestaan van die afdeling.[91] Recent nog oordeelde de OK in een situatie waarin productiewerkzaamheden naar het buitenland zouden worden verplaatst dat de ondernemer "bij het voorbereiden en nemen van haar besluit zelfstandig het concernbelang dient af te wegen naast of tegen de overige belangen (...) en (...) aan de ondernemingsraad inzicht behoort te geven in die belangenafweging. Bij die belangenafweging legt de concernstrategie gewicht in de schaal, maar niet per definitie het doorslaggevende".[92] In de Heuga-zaak heeft de Hoge Raad overigens bevestigd dat een wijziging van structuurbevoegdheden een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming tot gevolg kan hebben en daarmee adviesplichtig kan zijn.[93]

Dan het vennootschappelijke medezeggenschapsrecht. Grote naamloze en besloten vennootschappen moeten in beginsel beschikken over een raad van commissarissen (RvC), maar sinds 1 januari 2013 kan binnen deze vennootschappen ook worden gekozen voor de instelling van een op Angelsaksische leest geschoeide one-tier board, waarbij uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders samen het dagelijks bestuur van de onderneming vormen.[94] Een keuze voor een monistisch model doet echter niet af aan de verplichting om net als in het dualistische (two-tier-)model op grond van het zogeheten versterkt aanbevelingsrecht een derde deel van de toezichthoudende bestuurders te benoemen op aanbeveling van de OR (art. 2:158 en 2:268 BW; art. 2:164a en 2:174a BW). In het geheel van checks and balances vormt deze – wat wij hier maar even aanduiden als – "voordrachtscommissaris" een wat merkwaardige figuur. Hij wordt benoemd op voordracht van de OR, maar handelt net als de andere leden van het toezichthoudende orgaan zonder last of ruggespraak in het belang van de onderneming.[95] Zowel in de one-tier- als de two-tier board-modellen wordt

91 OK 7 juli 1988, *NJ* 1989/845 (Fluke).

92 OK 9 juli 2013, *JAR* 2013/223 (Watts).

93 HR 26 januari 1994, *NJ* 1994/545 (Heuga).

94 Zie onder meer T.G.J.M. Melchers, 'De structuurregeling bij de one-tier vennootschap', *V&O* 2013/4, p. 57-61. Zie over de eventuele adviesplichtigheid van een wijziging van structuurbevoegdheden B.C.L. Kanen, 'De Structuurregeling en adviesrecht', *ArbeidsRecht* 2012/5, p. 22-25.

95 M. Bokhorst en C. van Montfort, 'De rol van de ondernemingsraad bij het toezicht op het ondernemingsbestuur', in: J. Heijink (red.), *ORstrategie en beleid*, thema 24, Toezicht op het ondernemingsbestuur en de rol van de OR: gewenst en mogelijk? 2014, p. 39-43. Zie ook L. Kusiak, "Alliantie voor medezeggenschap' wil betere samenwerking. Van old boys network naar interactie met de or', *OR informatie* 2015/6, p. 10-11.

steeds meer waarde gehecht aan de onafhankelijkheid van de non-executive directors respectievelijk het toezichthoudende orgaan. In governance codes komt dit tot uiting.[96]

De RvC heeft tot taak "toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming" als bedoeld in art. 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2 BW. Daarbij gaat het om meer dan aandeelhouderswaarde. De woorden "en de met haar verbonden onderneming" zijn ook aan de artikelen toegevoegd met de bedoeling de belangen van de werknemers bij de besluitvorming mee te laten wegen.[97] In de preambule bij de Nederlandse Corporate Governance Code overweegt de Monitoring Commissie Corporate Governance in lijn hiermee dat de vennootschap een langetermijnsamenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken partijen als werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers, de overheid en maatschappelijke groeperingen. Het bestuur en de RvC hebben een integrale verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen, doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap (aandeelhouderswaarde op de lange termijn).[98] De OK bevestigde dit uitgangspunt in de PCM-zaak;[99] dit overigens in lijn met eerdere uitspraken, waarin werd geoordeeld dat een RvC van een structuurvennootschap ook in het oog moet houden of bijvoorbeeld de belangen van de dochtervennootschap waarvoor hij is ingesteld door de concernleiding voldoende zijn meegewogen in de besluitvorming[100] en dat een aandeelhouder niet alleen zijn eigen belangen maar ook de belangen van de vennootschap

96 R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*, Assen: Van Gorcum 2008, p. 30-31.

97 J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 301 e.v.; I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 9.

98 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, De Nederlandse corporate governance code. Beginselen van behoorlijk bestuur en best practice bepalingen, SER-advies 08/01.

99 Hof Amsterdam (OK) 10 januari 2008, *JOR* 2008/39 en OK 27 mei 2010, *JAR* 2010/181 (PCM).

100 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JAR* 2003/88 (Corus).

"in al haar facetten" in acht moet nemen.[101] Dat een RvC zich daarin vrij onafhankelijk kan opstellen, blijkt uit de mogelijkheid voor de RvC om zich in uiterste gevallen tot de rechter te wenden.[102] Uit de jurisprudentie volgt dat de RvC als toezichthoudend orgaan acht heeft te slaan op hetgeen medezeggenschapsorganen inbrengen en erop moet toezien dat medezeggenschapsorganen hun wettelijke rol kunnen vervullen en bijvoorbeeld niet worden gepasseerd.[103] Daar waar het aan het bestuur van de vennootschap is om het vennootschappelijk belang te behartigen,[104] gaat het om deze pluraliteit van belangen.[105] Tegelijkertijd mogen aandeelhouders, zoals hiervoor al bleek, niet onbegrensd hun eigen belangen nastreven, maar hebben zij zich te houden aan de norm van redelijkheid en billijkheid die voortvloeit uit art. 2:8 BW.[106]

---

101 Hof Amsterdam (OK) 3 maart 1999, *JOR* 1999/87 (Gucci I). Zie over de spanning die dit oplevert met de onder invloed van de globalisering opkomende gedachte dat aandeelhouderswaarde centraal dient te staan onder meer R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*. Assen: Van Gorcum 2008, p. 5; L. Timmerman, 'De grondslagen van geldend ondernemingsrecht' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/1, p. 6-8; J. Barneveld, 'PCM & private equity – 'Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen'', *WPNR* 2009/6791, p. 230-238; H.K. Schrama, 'Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang', *V&O* 2010/6, p. 101-106; S.T.E. Bakker, 'Aandeelhouders: rekening houden met de vennootschap?', *V&O* 2011/2, p. 39-42; J.J. Prinsen, 'Corporate Governance op de grens van het nieuwe decennium', *Onderneming en Financiering* 2011, p. 43.

102 Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JAR* 2003/88 (Corus); Vzr. Rb. Amsterdam 11 maart 2011, *JAR* 2011/84 (Organon).

103 Bijv.: Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (Meavita Nederland) en Hof Amsterdam (OK) 5 juli 2005, *JAR* 2005/217 (RIAGG Amersfoort).

104 HR 13 september 2002, *JOR* 2002/186 (De Vries Robbé).

105 Zie over de ontwikkeling van het begrip vennootschappelijk belang H.K. Schrama, 'Aandeelhouders en het vennootschappelijk belang', *V&O* 2010/6, p. 101-106 en J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 83 e.v.

106 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, De Nederlandse corporate governance code. Beginselen van behoorlijk bestuur en best practice bepalingen, 2008. Zie ook A.J.A.J. Eijsbouts en B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2012/5, p. 120-132, J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 303 e.v. en I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 10 e.v.

Het Rijnlands model komt niet alleen terug in de norm die de OK in het kader van het enquêterecht hanteert, maar tevens in de brede kring van belanghebbenden die om een enquête kunnen verzoeken. Het enquêterecht vormt daarmee de weerslag van de institutionele benadering. Het Rijnlands model komt daarnaast tot uiting in het spreekrecht dat ondernemingsraden bij naamloze vennootschappen, mits de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn, sinds 1 juli 2010 hebben ten aanzien van een aantal belangrijke besluiten van de aandeelhoudersvergadering. Dat spreekrecht is onder meer neergelegd in art. 2:134a, 2:144a en 2:135 lid 2 BW en biedt ondernemingsraden de mogelijkheid om tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders een standpunt in te nemen over bijvoorbeeld een voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder of commissaris of over de bezoldiging van bestuurders.

Voldoet de structuurregeling anno nu? Heeft de structuurregeling nog meerwaarde?

De structuurregeling is in 1971 ingevoerd om het toezicht op het bestuur van grote vennootschappen te vergroten.[107] Aandeelhouders waren door hun steeds kortere betrokkenheid immers steeds minder goed in staat om dat toezicht uit te oefenen. De verplichte oprichting van een RvC moest in dat toezicht voorzien. Daarnaast werd met de structuurregeling beoogd de verhouding tussen kapitaal en arbeid te regelen door de vennootschappelijke medezeggenschap van werknemers in grote vennootschappen te verankeren.[108] Net als Duitsland en Oostenrijk koos Nederland destijds voor een dualistisch (two-tier-)model. De overige Europese landen hebben vooral het monistische (one-tier-)model.

Daar waar Rood in 1996 nog constateerde dat de structuurregeling een beschermingsconstructie vormt,[109] moet thans worden geconstateerd dat ook de structuurregeling niet is opgewassen tegen de opkomst van het

107 Structuurwet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971, 289. Dit naar aanleiding van het rapport van de Commissie-Verdam 'Herziening van het ondernemingsrecht', Staatsuitgeverij 1965.

108 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling?', *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, 1996/1, p. 219-234; L.G. Verburg, *Het territoir van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, Deventer: Kluwer 2007, p. 295 e.v.; P. van Schilfgaarde en J.W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 415.

109 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling?', *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, 1996/1, p. 219-234.

op Angelsaksische leest geschoeide aandeelhoudersactivisme en dat de bescherming die de structuurregeling biedt, met name is gelegen in het recht van de RvC om de bestuurder te benoemen en te ontslaan.[110] Wanneer men de belangen van werknemers daadwerkelijk zou willen beschermen tegen een vijandige overname, lijkt men beter voor de uitgifte van werknemersaandelen te kunnen kiezen.[111] Goodijk vraagt zich af of het Rijnlandse model, waarvan in Nederland de structuurregeling een belangrijke exponent vormt, niet te ondoorzichtig, te statisch en onvoldoende slagvaardig is om adequaat in te kunnen spelen op de nieuwe eisen die aan ondernemingen worden gesteld, of de aandeelhouders daarbinnen wel voldoende mogelijkheden hebben om het bestuur ter verantwoording te roepen en of het toezicht niet – en nog steeds – plaatsvindt door een te afstandelijk "old boys network".[112]

De SER is een stuk voorzichtiger en stelt dat uit onderzoeksrapportages niet kan worden opgemaakt dat de relatieve kwetsbaarheid van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen is toe te schrijven aan het Nederlandse stelsel van corporate governance. Wel vormen die onderzoeksrapportages voor de SER aanleiding te bezien hoe door middel van aanpassing van het enquêterecht kan worden bevorderd dat het bestuur van de beursvennootschap voldoende ruimte krijgt om zich bij zijn taakuitoefening te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Voorts concludeert de SER dat Nederlandse ondernemingsraden relatief veel mogelijkheden hebben om invloed uit te oefenen op de strategische besluitvorming van de onderneming, maar deze mogelijkheden onvoldoende benutten en dat belangrijke besluiten op internationaal concernniveau zich deels aan het bereik van de Nederlandse medezeggenschapsregeling onttrekken.[113]

Rood zag in 1996 geen aanleiding om voor te stellen het toen 25-jarige structuurregime wezenlijk te veranderen. "(...) vanuit een medezeggenschapsoptiek die behoort bij het sociaal recht van nu en van de komende

110 Overigens zijn niet veel beursgenoteerde ondernemingen onderworpen aan het structuurregime.

111 Hof Amsterdam (OK) 3 maart 1999, *JOR* 1999/87 (Gucci I).

112 R. Goodijk, *Herwaardering van de Rijnlandse principes. Over governance, overleg en engagement*, Assen: Van Gorcum 2008, p. 15-19.

113 SER-advies 08/01. Zie ook P. van Beurden e.a., *Gebruik, niet-gebruik of onderbenutting?* Onderzoek naar de mogelijke onderbenutting van bevoegdheden en mogelijkheden door de (Centrale) Ondernemingsraad in grote Nederlandse ondernemingen, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2009.

jaren' pleitte Rood voor behoud daarvan."[114] De wijziging van de structuurregeling in 2004, waarbij de OR het versterkt aanbevelingsrecht kreeg, veranderde de verhouding aandeelhouders/bestuur/commissarissen/ondernemingsraad ten faveure van de aandeelhouders. Bemoeienis van de OR met de benoeming van toezichthouders heeft ook buiten structuurvennootschappen steeds meer ingang gevonden, met name in de semipublieke sector van zorg en welzijn.

5.3.4 Bevoegdheid OR bij benoeming toezichthouders in zorg en welzijn

De meeste cao's in de zorgsector kennen een bepaling dat de OR het adviesrecht ex art. 30 WOR toekent over een voorgenomen besluit tot benoeming van een lid van de RvT.[115] In de Cao Welzijn is de OR of de personeelsvertegenwoordiging (pvt) de bevoegdheid toegekend om voor iedere vacature in het toezichthoudend orgaan maximaal twee kandidaten voor te dragen, tenzij daarin een zetel is gereserveerd voor een door de OR of de personeelsvertegenwoordiging voorgedragen kandidaat.[116] De Cao Jeugdzorg[117] geeft de OR het recht om namens de werknemers een voordracht te doen met betrekking tot één daartoe gereserveerde zetel in de RvT

De sterkere medezeggenschapsrechten in welzijn en jeugdzorg zijn historisch te verklaren vanuit de democratiseringsbeweging in de jaren zeventig, die in de hoek van buurthuizen en jongerenadviescentra diep was ingebed.

Gezien het tandeloze karakter van het art. 30-adviesrecht blijft onenigheid tussen ondernemingsraden en raden van toezicht over benoemingskwesties veelal onder de radar. Een uitzondering daarop betreft Stichting De Grote Rivieren waar de OR met succes opkwam tegen het besluit om zijn statutaire voordrachtsrecht te schrappen.[118] Niet alleen wat betreft de

114 M.G. Rood, 'Wijziging van enquête- en/of structuurregeling', in: *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Kluwer: Deventer 1996, p. 233.

115 Cao Ziekenhuizen 2014-2016 art. 5.6 lid 1, Cao Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg 2014-2016 art. 10.1 lid 2, Cao GGZ 2015-2017 hoofdstuk 14 B, Cao Gehandicaptenzorg 2014-2015 art. 13:2 lid 2.

116 Cao Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening 2014-2016, art. 8.7 A.

117 Cao Jeugdzorg 2014-2015 art. 35.2.

118 Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BE9759, *JAR* 2008/221 (De Grote Rivieren).

enquêtebevoegdheid zijn cliëntenraden bij zorginstellingen beter geëquipeerd dan ondernemingsraden.[119] Dat geldt ook voor de medezeggenschap bij de benoeming van toezichthouders. Art. 7 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen schrijft voor dat de statuten van de instelling de regeling moeten bevatten dat ten minste één lid van het toezichthoudende orgaan wordt benoemd op bindende voordracht van de cliëntenraad.[120]

One-tier board

De medezeggenschap bij de benoeming van toezichthouders in de zorg is tot wasdom gekomen tegelijk met de ontwikkeling dat zorginstellingen (stichtingen) massaal – overigens zonder daartoe wettelijk te zijn verplicht – overstapten van het klassieke bestuursmodel (bestuur en directie) naar het RvT-model (raad van bestuur en een op afstand toezichthoudende RvT), als kopie van de RvC bij een vennootschap.

Het RvT-model (dualistische bestuursstructuur) is ook het uitgangspunt in de in 2006 van kracht geworden Zorgbrede Governancecode.[121] Ter voorkoming van belangenverstrengeling en als waarborg voor de onafhankelijkheid van de toezichthouders is daarin opgenomen dat leden van de RvT niet tegelijkertijd lid van de raad van bestuur mogen zijn en andersom. De maatschappelijke belangen die op het spel staan voor (grote) zorgondernemingen maken dat echt onafhankelijk toezicht gewenst is.

Per 1 januari 2013 is binnen het Nederlandse vennootschapsrecht met de Wet bestuur en toezicht de mogelijkheid van een one-tier board (monistische bestuursstructuur) geïntroduceerd.[122] Zowel vanwege de internationalisering en de in verband daarmee beoogde versterking van het concurrentievermogen en het vestigingsklimaat van Nederland, als vanwege kritiek op commissarissen die te veel op afstand zouden staan.

119 Art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi verplicht de zorginstelling om in zijn statuten de cliëntenraad enquêtebevoegdheid te geven. In paragraaf 2.2 sub 3 van de Zorgbrede Governancecode 2010 is deze verplichting als uitgangspunt opgenomen.

120 Wet van 29 februari 1996, houdende regels ter bevordering van de medezeggenschap van de cliënten van uit collectieve middelen gefinancierde zorgaanbieders op het terrein van de maatschappelijke zorg en gezondheidszorg.

121 Thans: Zorgbrede Governancecode 2010 van de brancheorganisaties in de zorg Actiz, GGZ Nederland, NVZ en VGN.

122 Art. 2:129a en 239a BW.

De Corporate Governance Code bevat best practice-bepalingen om behoorlijk en onafhankelijk toezicht door niet-uitvoerende bestuurders te waarborgen.[123] De vraag dringt zich op of de medezeggenschap is gebaat bij een one-tier board. Wellicht zijn de niet-uitvoerende bestuurders gemakkelijker benaderbaar, omdat zij nauwer zijn betrokken bij de vennootschap en van hen een grotere tijdsbesteding mag worden verwacht. Aan de andere kant: de geringere onafhankelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van hun uitvoerende medebestuurders maakt het voor de OR ook lastiger om bij onenigheid met de bestuurder (in de zin van de WOR) informele tussenkomst van een "non-executive" te vragen. Bovendien is de one-tier board afkomstig uit de Angelsaksische traditie, waarin men in het algemeen weinig affiniteit heeft met werknemersparticipatie.

5.3.5 Conclusie en aanbevelingen

Daar waar Rood geen aanleiding zag het structuurregime wezenlijk te veranderen, kunnen wij nu constateren dat dit niet is geschied. Wel heeft de wetgever de mogelijkheid gecreëerd om voor een ander regime te kiezen, te weten die van de one-tier board. Hoewel inmiddels de vraag kan worden gesteld of het structuurregime – waarbij ook op werknemersbelangen moet worden gelet – nog wel is opgewassen tegen activistische aandeelhouders met een focus op kortetermijnaandeelhoudersbelangen, kan volgens de SER uit onderzoeksrapportages[124] niet worden opgemaakt dat de relatieve kwetsbaarheid van Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen valt toe te schrijven aan het Nederlandse stelsel van corporate governance. Ondertussen lijkt een toegenomen gebruik van het enquêterecht tot een verdergaande verankering van het structuurregime te leiden, doordat enquêteprocedures steeds meer duidelijkheid bieden over de positie van de RvC en de wijze waarop deze zijn taak dient te vervullen. Commissarissen moeten op meer letten dan op kortetermijnaandeelhoudersbelangen. Wanneer ze hun taak niet naar behoren vervullen, kunnen ze hier in rechte op worden aangesproken (met alle publicitaire consequenties van dien).

123 De Nederlandse Corporate Governance Code, geactualiseerd per 1 januari 2009, geldt voor Nederlandse beursvennootschappen. Hoofdstuk III.8 van de Code betreft de one-tier-bestuursstructuur.

124 SER-advies 08/01.

De meningen over de toekenning van een wettelijk enquêterecht aan de OR, waarvan Rood een pleitbezorger was, lopen nog steeds ver uiteen. De wetgever heeft er echter nadrukkelijk voor gekozen om de OR geen wettelijk enquêterecht toe te kennen,[125] dit terwijl zich de laatste jaren bijvoorbeeld bij woningcorporaties en zorginstellingen maar ook bij ondernemingen die worden overgenomen door activistische aandeelhouders steeds vaker situaties voordoen die naar onze mening vragen om een uitbreiding van de mogelijkheden om op basis van het enquêterecht in te grijpen. Zoals non-profitzorginstellingen enquêtebevoegdheid moeten toekennen aan de cliëntenraad is denkbaar dat ook in andere sectoren die uit publieke middelen worden gefinancierd – zoals woningcorporaties of culturele instellingen – statutaire toekenning van het enquêterecht aan de OR of een ander vertegenwoordigend orgaan (bijvoorbeeld de huurdersraad) verplicht wordt gesteld. Ook bij multinationale ondernemingen, waarin de (centrale) ondernemingsraad door toepassing van de zogenaamde Nederland-constructie geen wezenlijke invloed kan uitoefenen op het concernbeleid, zou een dergelijke verplichting (wettelijk of op basis van de governance code) een oplossing kunnen bieden. Wij zouden daarnaast in overweging willen geven om de A-G meer faciliteiten te bieden zodat het enquêterecht om redenen van openbaar belang vaker en sneller kan worden ingezet, bijvoorbeeld op verzoek van de OR of andere belanghebbenden. In dat kader pleiten wij er ook voor om een voorziening in de wet op te nemen voor het geval waarin de A-G "nee" zegt tegen een verzoek van dit recht gebruik te maken. Een mogelijkheid zou zijn om in afdeling 2 van titel 8 Boek 2 BW een klachtprocedure op te nemen waarbij art. 12 Wetboek van Strafvordering als inspiratiebron zou kunnen gelden. Een andere mogelijke voorziening zou zijn om de Awb op deze situatie van toepassing te laten zijn.

Uit hetgeen is overwogen in de voorgaande paragrafen vloeien de volgende aanbevelingen voort.

125 Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht is over dit onderwerp uitgebreid gedebatteerd, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887.

Aanbevelingen

1. Het is gewenst dat naast de zorgsector ook in andere sectoren die uit publieke middelen worden gefinancierd – zoals woningcorporaties of culturele instellingen – statutaire toekenning van het enquêterecht aan de OR of een ander vertegenwoordigend orgaan (bijvoorbeeld de huurdersraad) verplicht wordt gesteld. Ook bij multinationale ondernemingen, waarin de (centrale) ondernemingsraad door toepassing van de zogenaamde Nederland-constructie geen wezenlijke invloed kan uitoefenen op het concernbeleid, zou een dergelijke verplichting (wettelijk of op basis van de governance code) een oplossing kunnen bieden.
2. Bied de A-G meer faciliteiten zodat het enquêterecht om redenen van openbaar belang vaker en sneller kan worden ingezet.

5.4 Rol OR bij arbeidsvoorwaarden[126]

5.4.1 Inleiding

Waar gewerkt wordt gaat het over arbeidsvoorwaarden. Dat was in 1996 het geval, dat is nu en dat zal ongetwijfeld bij het volgende lustrum van de VvA het geval zijn. Het is dan ook vanzelfsprekend dat aangelegenheden rondom arbeidsvoorwaarden een prominente rol spelen bij de medezeggenschap binnen ondernemingen. Hierbij heeft het medezeggenschapsorgaan niet alleen van doen met de ondernemer maar dient hij ook rekening te houden met de positie van de vakorganisaties. Het primaat van arbeidsvoorwaardenvorming ligt immers bij de vakorganisaties. Juist in de tijd waar de representativiteit van de vakorganisaties afnemen kan de vraag gesteld worden of medezeggenschapsorganen niet een prominentere rol moeten krijgen bij arbeidsvoorwaardenvorming. De wetgever lijkt die vraag ontkennend te beantwoorden. Zo heeft de OR geen, althans een zeer beperkte, rol gekregen in de Wwz waar de vakorganisaties wel een vrij prominente rol hebben gekregen waar het bijvoorbeeld gaat om het afwijken van het afspiegelingsbeginsel en/of het afwijken van de transitievergoeding. Aan de andere kant zien we in de afgelopen periode dat de OR wel een prominentere positie krijgt waar het gaat om vraagstukken rondom

126 Bruno van Els is advocaat bij Unger Van Els Advocaten, Chris Nekeman is advocaat bij Kennedy Van der Laan, Rudi van der Stege en Lars van Westerlaak zijn advocaat bij Sprengers Advocaten.

pensioenen. In dit hoofdstuk zal eerst stilgestaan worden bij de ontwikkelingen rondom arbeidsvoorwaardenvorming waarbij specifiek aandacht wordt gegeven aan de rol van de OR daarbij. Vervolgens zal ingegaan worden op de rol van de OR bij pensioenvraagstukken waarna tot slot de positie van de OR bij reorganisaties en dan met name bij het tot stand komen van een sociaal plan aan de orde komen. We zullen afsluiten met enkele aanbevelingen.

5.4.2 Arbeidsvoorwaardenvorming: historische schets en ontwikkelingen

Het primaat van arbeidsvoorwaarden ligt – wetshistorisch en naar huidig recht – bij cao-partijen. De OR is wetshistorisch niet een rol toebedeeld te onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden.[127] Een recent voorstel van de VVD om de rol van ondernemingsraden bij cao-onderhandelingen te vergroten, ten koste van de rol van vakbonden, werd direct verworpen door de minister. Volgens de minister, die daarbij de klassieke bezwaren verwoordde, bestaan goede redenen dat bonden en niet ondernemingsraden met werkgevers onderhandelen over een cao. De minister benadrukte dat vakbonden professionele onderhandelaars hebben. Bovendien staan leden van een OR in een hiërarchische verhouding tot hun directie, waardoor ze volgens de minister kwetsbaar zijn in onderhandelingen.[128] De minister had ook nog kunnen wijzen op ILO-bepalingen die voorschrijven dat de personeelsvertegenwoordiging niet in concurrentie dient te treden met vakbonden.[129] Ook het EU-Verdrag van Lissabon bevat aanwijzingen over de verhouding tussen vakbonden en medezeggenschapsorganen.[130] Het standpunt van de minister gaat wel voorbij aan een aantal reeds bestaande situaties waarin de OR reeds betrokken wordt bij arbeidsvoorwaardenvorming. Het standpunt van de minister gaat ook voorbij aan een aantal ontwikkelingen in de maatschappij en aan de vraag of, in het bijzonder in de branches waar de vakbonden geen of niet meer arbeidsvoorwaardenvormend aanwezig zijn, de OR geen betekenis zou moeten krijgen.

127 I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *Arbeids-Recht* 2014/4, p. 13

128 http://nos.nl/artikel/2059434-asscher-ziet-niets-in-cao-voorstel-vvd.html.

129 ILO-verdragen 135 en 154.

130 Art. 153 EU-Verdrag van Lissabon. De Unie ondersteunt het optreden van de lidstaten op het gebied van arbeidsvoorwaarden, de informatie en de raadpleging van werknemers, en de vertegenwoordiging en collectieve verdediging van de belangen van werknemers en werkgevers, met inbegrip van de medezeggenschap, onder voorbehoud van lid 5.

Bij deze discussie worden door of namens de vakbonden de volgende argumenten gehanteerd. De Wet CAO vormt de basis voor arbeidsvoorwaardenvorming. Arbeidsvoorwaarden neergelegd in cao's werken direct of indirect door in de individuele arbeidsovereenkomst. Vakbonden hebben een duidelijk primaire taak: belangenbehartiging van de leden. Vakbonden hebben meer middelen om druk uit te oefenen op werkgevers en hebben de expertise met betrekking tot het onderhandelen. Daarbij geldt dat met de OR tot stand gekomen arbeidsvoorwaarden niet (vanzelfsprekend) doorwerken in individuele arbeidsovereenkomsten. De OR heeft niet alleen de taak de in de onderneming werkzame personen te vertegenwoordigen maar dient ook het belang van de onderneming na te streven. De pressiemiddelen van de OR zijn beperkt. OR-leden zijn volgens de bonden – in ieder geval voor wat betreft de arbeidsvoorwaarden – geen professionele onderhandelaars.[131]

Daartegenover staan enkele maatschappelijke ontwikkelingen. In Nederland valt thans ongeveer 80% van de werknemers onder een cao; een vijfde van de werknemer derhalve niet. De organisatiegraad van werkgevers varieert in Nederland tussen 50% en 80%, afhankelijk van de branche. Ledenaantallen van de vakbeweging dalen; de organisatiegraad van werknemers is van 2000 in vergelijking tot 2012 gedaald van 25% naar 20%.[132] Uitbreiding van de bevoegdheden van de OR met betrekking tot arbeidsvoorwaarden vindt vaker plaats en is op grond van de WOR ook mogelijk. Aanknopingspunten daarvoor zijn art. 27 en 32 WOR.

De rechtspraak over het instemmingsrecht bij primaire arbeidsvoorwaarden wordt thans in belangrijke mate bepaald door de "pretverlof"-uitspraak van de Hoge Raad uit 2000.[133] In deze uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat de catalogus van art. 27 WOR geen onderwerpen bevat die tot de primaire arbeidsvoorwaarden moeten worden gerekend. Dit arrest, en de rechtspraak die daaruit voortvloeit, blokkeert verdere rechtsvorming voor uitbreiding van de rol van de OR bij arbeidsvoorwaardenvorming op grond van het instemmingsrecht (art. 27 WOR). Dit laat onverlet dat ondernemer en OR op grond van art. 32 WOR aanvullende afspraken kunnen maken.

131 Zie ook A.B. van Els, R. van der Stege, L.J.M. van Westerlaak en C. Nekeman, *Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden*, hoofdstuk in boek: De toekomst van de medezeggenschap, Aanbevelingen aan de wetgever, 2009, p. 65.

132 Gegevens uit SER-rapport 'Verbreding draagvlak cao-afspraken', augustus 2013.

133 HR 11 februari 2000, *JAR* 2000/86 (Pretverlof).

Ook kan in dit verband genoemd worden het Stena Line-arrest uit 2014.[134] De Hoge Raad oordeelde dat een wijziging van de hoogte van de pensioengrondslag op grond van de parlementaire geschiedenis niet wordt gerekend tot de primaire maar tot de secundaire arbeidsvoorwaarden. Derhalve heeft de OR het instemmingsrecht.

Mede doordat de OR geen expliciete rol in art. 7:613 BW heeft verkregen, werkt arbeidsvoorwaardenvorming met instemming van de OR niet van rechtswege door in individuele arbeidsovereenkomsten.

Bij de invoering van de Wwz in 2015 is nauwelijks aandacht besteed aan de rol van de OR bij de wijzigingen in het ontslagrecht. Dit valt te verklaren uit het feit dat de Wwz een uitwerking is van het Sociaal Akkoord uit 2013 tot stand gekomen tussen vakbonden en werkgeversverenigingen.

Verschijningsvormen rol OR bij arbeidsvoorwaarden
De huidige verschijningsvormen van betrokkenheid van de OR bij arbeidsvoorwaarden zijn divers. De OR kan op de volgende wijzen betrokken zijn bij arbeidsvoorwaardenvorming:

- Doordat in arbeidsovereenkomst of daarbij behorende arbeidsvoorwaardenregeling expliciet een (overleg- of instemmings)rol voor de OR is overeengekomen.
- Door de regelopdracht in een cao waarbij onderwerpen ter nadere invulling bij de OR zijn neergelegd (delegatiebepalingen of decentralisatiebepalingen).[135]
- Met betrekking tot de regelingen waarop het instemmingsrecht ex art. 27 WOR van toepassing is. De OR heeft geen instemmingsbevoegdheid indien de regeling inhoudelijk (geheel) is geregeld in de toepasselijke cao of in een regeling vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan (art. 27 lid 3 WOR).
- Ondernemingsovereenkomst (art. 32 WOR).

134 HR 24 januari 2014, *JAR* 2014/54 (Stena Line).
135 Meer in F.G. Laagland, 'Decentralisatiebepalingen in cao's De gedelegeerde rol van de ondernemingsraad bij primaire arbeidsvoorwaarden', *TAP* juli 2014, p. 256-261.

- Wijziging van arbeidsvoorwaarden op grond van art. 7:613 BW. Uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak blijkt dat de rol van de OR daarbij is begrensd. Instemming van de OR met wijziging van arbeidsvoorwaarden is geen garantie voor de werkgever dat de rechter de wijziging toestaat; het brengt de werkgever wel in een gunstiger positie.[136]
- Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding. Het individuele instemmingsvereiste van een werknemer bij het in mindering van specifieke kosten op de transitievergoeding vervalt indien afspraken over gespecificeerde kosten zijn gemaakt met de OR.[137]

Positie OR bij arbeidsvoorwaardenvorming in 2015 ten opzichte van 1995

In dit artikel worden ook de door Olbers in 1996 geschetste ontwikkelingen in het artikel "vakbond of ondernemingsraad?" vergeleken met de situatie in 2015. Olbers constateerde in 1995 enerzijds een toenemende twijfel aan de representativiteit van de vakbonden maar gelijkertijd een behoefte van werkgevers van collectieve regelingen. De door Olbers geschetste problematiek is niet wezenlijk gewijzigd. Olbers meende dat niet aan de positie aan de OR getornd moest worden. De vakbond was primair de onderhandelaar op collectief niveau. Olbers vervolgt "dient dit zich niet aan dan zal de ondernemingsraad een rol spelen". Het vraagstuk van de (afnemende) vanzelfsprekendheid van de rol van de vakorganisaties bij de arbeidsvoorwaardenvorming speelt nog steeds en is actueler geworden gezien de verder dalende representativiteit van de vakbonden. De vraag is of in 2015 de behoefte bij werkgevers aan de totstandkoming van collectieve regelingen nog zo groot is als in 1995. Ten tijde van het artikel van Olbers bestond de "pretverlof"-uitspraak van de Hoge Raad niet. Het uit de wetsgeschiedenis voortvloeiende en door de rechtspraak overgenomen criterium dat geen instemmingsrecht bestaat met betrekking tot primaire arbeidsvoorwaarden (los van de vraag wat daaronder precies moet worden verstaan) beperkt de door de wetgever geënsceneerde groei van mogelijkheden de OR meer te betrekken bij de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden. Probleem is daarnaast de doorwerking van hetgeen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden met de OR is overeengekomen.

136 A.B. van Els en K. Deelen, 'De invloed van de OR bij wijziging arbeidsvoorwaarden ex art. 7:613 BW', *TRA* oktober-november 2013, p. 20.

137 Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding van 23 april 2015, p. 7-8.

Een grotere rol voor de OR bij arbeidsvoorwaarden was in 1995 wel voorzien. Deze rol zou vervuld worden door de OR bij het nog tot stand te brengen art. 7:613 BW. Het rechtsvermoeden dat sprake is van een zwaarwichtig belang indien de OR daarmee heeft ingestemd is echter als duidelijk criterium gesneuveld tijdens het wetgevingsproces. De opvatting van de OR speelt nog wel mee, In de MvA bij de Eerste Kamer wordt de rol van de OR na schrapping van het wettelijke vermoeden als volgt omschreven: "Dit neemt niet weg dat bij het antwoord op de vraag of het belang van de werkgever voldoende zwaarwichtig is, een rol kan spelen of er overeenstemming is bereikt met de ondernemingsraad over de wijziging in de arbeidsvoorwaardenregeling die de werkgever nastreeft."[138] Deze vage vingerwijzing aan de rechter bepaalt de huidige onduidelijkheid of afspraken met ondernemingsraden bij art. 7:613 dienen door te werken in de individuele arbeidsovereenkomsten.

Wijzigingen in de rol van de OR bij arbeidsvoorwaardenvorming

Wijzigingen van de rol van de OR bij (primaire) arbeidsvoorwaarden zijn denkbaar in verschillende vormen. In de literatuur wordt thans door een aantal schrijvers aangenomen dat – mits afgebakend – behoefte bestaat aan een duidelijker rol voor de OR bij arbeidsvoorwaardenvorming. Een rol die niet wordt verboden door ILO-verdragen mits de OR niet in concurrentie met de vakbond komt. Afhankelijk van de vraag of vakorganisaties daadwerkelijk cao-afspraken gemaakt hebben, dient gekeken te worden of nog instemmingsrecht voor de OR resteert, aldus Sprengers al in 2005.[139] Soortgelijke gedachten zijn door anderen geformuleerd waarbij de OR als "second best" het instemmingsrecht krijgt bij primaire arbeidsvoorwaarden voor zover de vakbonden geen rol binnen de onderneming vervullen. Daarbij zou ook verduidelijking van art. 32 WOR van belang zijn zodat de OR naleving via art. 36 WOR kan vorderen.[140] Individuele werknemers kunnen op grond van de rechtspraak nakoming vorderen.[141] Een toepassing van het instemmingsrecht met doorwerking

138 *Kamerstukken I* 1996/97, nr. 81a, p. 9.

139 L.C.J. Sprengers in: 'Verhouding ondernemingsraad vakbonden: communicerende of concurrerende vaten', *CAO-recht in beweging*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005, p. 63.

140 I. Zaal, 'De rol van de OR bij collectieve arbeidsvoorwaardenvorming', *Arbeids-Recht* 2014/4, p. 13 waarbij ook verwezen wordt naar andere schrijvers zoals J.J.M. de Laat, J.M. van Slooten, F.J.L. Pennings en E. Koot-van der Putte.

141 Hof Amsterdam 4 maart 2014, *JAR* 2014/119.

in individuele arbeidsverhoudingen is slechts aanvaardbaar indien een aantal waarborgen bestaan met betrekking tot de kwaliteit van de besluitvorming door de OR, was de opvatting van een werkgroep bij de VvA.[142]

De rol van de OR bij wijziging arbeidsvoorwaarden wordt in belangrijke mate bepaald door art. 7:613 BW. Indien, zoals oorspronkelijk was beoogd, art. 7:613 BW wordt aangevuld met het rechtsvermoeden dat een wijziging van arbeidsvoorwaarden zwaarwichtig is indien de OR daarmee heeft ingestemd zou de problematiek van aanzienlijk verkleind worden. Een en ander met inachtneming van inhoudelijke eisen op welke wijze de overeenstemming is verkregen zodat voorkomen wordt dat instemming lichtvaardig is gegeven.

5.4.3 Pensioenen

Een relatief vreemde arbeidsvoorwaardelijke eend in de bijt is de rol van de OR bij pensioenen. De arbeidsvoorwaarde pensioen wordt door steeds meer betrokkenen als een belangrijke arbeidsvoorwaarde gezien. De arbeidsvoorwaarde wordt door de wetgever en de Hoge Raad niet als primaire arbeidsvoorwaarde, maar als secundaire arbeidsvoorwaarde beschouwd.[143] De Wet- en regelgeving[144] op het terrein van de pensioenen is de laatste jaren behoorlijk in beweging, ook waar het de rol van de OR betreft. Voorafgaand aan juli 2013 was de rol voor de OR beperkt en was er alleen een rol weggelegd voor de OR wanneer er sprake was van een bij een verzekeraar ondergebracht pensioen. Voor bij pensioenfondsen ondergebrachte pensioenen speelde de OR geen rol. In art. 27 lid 1 onder a WOR staat opgenomen dat een ondernemer louter de instemming van de OR behoeft wanneer hij zich voorneemt om een besluit te nemen tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenverzekering. Dit artikel staat nog steeds in de WOR, maar de rol van de OR is sinds juli 2013 wel toegenomen vanwege het per die datum opnemen van een zevende lid in art. 27 WOR. Een volgende wijziging in de positie van de OR op dit terrein is aanstaande. De Staatssecretaris heeft, na allereerst de SER om advies te hebben

142 A.B. van Els, R. van der Stege, L.J.M. van Westerlaak en C. Nekeman, 'Rol van de vakbond en ondernemingsraad bij (primaire) arbeidsvoorwaarden', in: *De toekomst van de medezeggenschap, Aanbevelingen aan de wetgever*, 2009, p. 70.

143 HR 20 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:159 (Stena Line).

144 Bijv.: Wet versterking bestuur pensioenfondsen, Wet beperking pensioenopbouw, nieuw financieel toetsingskader, aanpassingen Pensioenwet.

gevraagd en na een consultatieronde, een wetvoorstel verstuurd naar de Tweede Kamer, waarin onder meer de rol van de OR met betrekking tot de pensioenen verder wordt uitgewerkt. De OR heeft op grond van art. 23 lid 4 Pensioenwet verder nog een instemmingsbevoegdheid over het pensioen wanneer deze wordt ondergebracht bij een premiepensioeninstelling of een buitenlandse pensioeninstelling.

Tot 2013

De reden dat de wetgever er tot 2013 voor koos om het instemmingsrecht voor de OR te beperken tot bij verzekeraars ondergebrachte regeling had te maken met de gedachte dat er bij pensioenfondsen anders sprake zou zijn van dubbele medezeggenschap. Allereerst op ondernemingsniveau door de OR, verder bij het pensioenfonds door de (toenmalige) deelnemersraad. Verder speelde mee dat de besturen van de fondsen paritair werden samengesteld, zodat aangenomen werd dat ook daar het werknemersbelang voldoende werd vertegenwoordigd. Wat hiermee niet werd onderkend was dat de besluitvorming over pensioenen of bij de werkgever over de regeling als zodanig of bij het fonds over de uitvoering van de regeling plaatsvond. Van een dubbele medezeggenschap zou dus in feite geen sprake kunnen zijn. Er kon als gevolg van de wettekst wel sprake zijn van afwezigheid van enige medezeggenschap. Over bijvoorbeeld een besluit van een ondernemer om zijn bij een ondernemingspensioenfonds ondergebrachte pensioenen te wijzigen, bestond noch bij de OR, noch bij de (toenmalige)deelnemersraad van het fonds een bevoegdheid op grond van medezeggenschapswetgeving. De betrokkenheid van de OR bij de arbeidsvoorwaarde pensioen was dus betrekkelijk. Hier kwam nog bij dat bij het overgrote gedeelte van de bedrijven en instellingen de pensioenen vorm worden gegeven in het overleg tussen sociale partners. Een rol voor de OR is er dan niet.

2013-2016

In 2013 werd in een door de COR van Shell gevoerde procedure[145] pijnlijk duidelijk dat de rol van een OR beperkt is wanneer sprake is van een bij een fonds ondergebracht pensioen. Shell besloot tot het oprichten van een 2e pensioenfonds waarin zij voor haar nieuwe werknemers de pensioenen met een premieovereenkomst zou onderbrengen. De pensioenen die waren ondergebracht in het 1e pensioenfonds waren eindloonregelingen.

145 Rb. 's-Gravenhage 27 maart 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4198, *RAR* 2014/92 (COR Shell).

Deze procedure was voor Kamerlid Omtzigt reden om het wetsvoorstel Wet versterking pensioenfondsen te amenderen, in die zin dat art. 27 WOR zou worden gewijzigd en er een grotere rol dan voorheen voor de OR op het terrein van het pensioen zou worden weggelegd. Dit leidde per 1 juli 2013 tot de invoering van art. 27 lid 7 WOR. Hierin werd de OR tevens een instemmingsrecht toegekend bij voorgenomen besluiten over de vaststelling of intrekking van pensioenovereenkomsten die werden ondergebracht bij ondernemingspensioenfondsen en niet verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen. De rol van de OR nam hiermee aanmerkelijk toe ten opzichte van de oude situatie. De COR Shell zou wat aan deze wijziging hebben gehad. Echter, op één belangrijk punt, werden de bevoegdheden van de OR niet aangepast, namelijk in geval van een wijziging van de bij een fonds ondergebrachte pensioenovereenkomst. Was een pensioenovereenkomst ondergebracht bij een fonds, dan kon deze overeenkomst vervolgens worden gewijzigd zonder enige bemoeienis van de OR. Vermoedelijk was de gedachte dat, nu sociale partners waren vertegenwoordigd binnen het fonds, er een vorm van medezeggenschap voorhanden was. Een onjuiste gedachte, nu de sociale partners vertegenwoordigd zijn binnen het fonds en niet binnen de werkgever, degene die besluit over de wijziging van de overeenkomst.

Na 2016

De positie van de OR op het terrein van pensioenen zal vermoedelijk binnen niet al te lange termijn weer veranderen. In december 2015 diende Staatssecretaris Kleinsma een wetsvoorstel [146] in bij de Tweede Kamer. Het arbeidsrechtelijke gewicht van de OR op dit terrein zal met de voorgestelde wetswijziging worden verzwaard.

In het wetsvoorstel dat op hoofdpunten het SER-advies[147] volgt waarom de Staatsecretaris had gevraagd wordt de OR een instemmingsrecht toegekend over "regelingen met betrekking tot een pensioenovereenkomst". Het maakt niet meer uit of de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een pensioenfonds of een verzekeraar. In beide gevallen is sprake van een instemmingsbevoegdheid voor de OR. Het instemmingsrecht van de OR over bij pensioenfondsen ondergebrachte pensioenovereenkomsten zal niet, zoals in het huidige lid 7 van art. 27 WOR staat opgenomen, meer

146 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 376, nr. 2.

147 SER Advies 'instemmingsrecht OR bij arbeidsvoorwaarde pensioenen', 20 juni 2014, adviesnr.: 2014/05.

beperkt zijn tot vaststellen of intrekken van een pensioenregeling, maar ook betrekking hebben op wijzigingen hiervan. De wetgever lijkt hiermee de met de introductie van art. 27 lid 7 WOR ontstane omissie te herstellen. De OR zal dus een instemmingsrecht hebben over elk voornemen tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot de pensioenovereenkomst, ongeacht of de pensioenuitvoerder een pensioenfonds is, een verzekeraar, een premiepensioeninstelling of een uitvoerder in het buitenland.[148] Bij dit alles geldt uiteraard wel de uitzondering van art. 27 lid 3 WOR, namelijk dat het instemmingsrecht komt te vervallen wanneer de betreffende aangelegenheid inhoudelijk is geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst of in een door een publiekrechtelijk orgaan vastgestelde regeling van arbeidsvoorwaarden. Dit zal nog worden aangevuld met de bepaling dat het instemmingsrecht ook niet aan de orde is wanneer de pensioenovereenkomst is ondergebracht bij een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds. Dan zijn sociale partners immers al betrokken bij de totstandkoming van de pensioenovereenkomst. Door de aanpassing van art. 27 lid 1 WOR, is art. 23 lid 4 Pensioenwet overbodig en komt te vervallen. Wel wordt in art. 27 WOR nog opgenomen dat er tevens sprake is van een instemmingsrecht voor de OR wanneer de ondernemer de pensioenovereenkomsten wil onderbrengen bij een buitenlands uitvoerder.

Wat de wetgever ten dele oplost in het wetsvoorstel is de problematiek rondom de uitvoeringsovereenkomst. De uitvoeringsovereenkomst is de overeenkomst tussen de werkgever en de pensioenuitvoerder, waarin de wederzijdse verplichtingen staan opgenomen. De vraag is of de uitvoeringsovereenkomst een instemmingsbevoegdheid oplevert voor de OR. Veelal wordt aangenomen dat dit niet het geval is, nu hierin niet de afspraken tussen de werkgever en de werknemer met betrekking tot pensioen zijn geregeld. Deze zijn immers geregeld in de pensioenovereenkomst. Dit werd kort geleden ook nog eens bevestigd in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.[149] Dogmatisch gezien is dat wel juist, doch de praktijk lijkt weerbarstiger, nu er in uitvoeringsovereenkomsten vaak onderwerpen staan geregeld die direct de pensioenovereenkomst modelleren of ten minste beïnvloeden. De SER noemt in dit verband in zijn advies onder meer als voorbeelden de voorwaarden voor het indexatiebeleid, de bijstortingsverplichting van een werkgever of het korten van de

148 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 376, nr. 3.
149 Rb. Rotterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9803 (Aon Groep).

premies. Onderwerpen die vaak worden geregeld in de uitvoeringsovereenkomst, doch de kwaliteit van de pensioenovereenkomst wezenlijk (kunnen) beïnvloeden. Deze discussie heeft geleid tot het voorstel van de Staatssecretaris om de OR een instemmingsbevoegdheid toe te kennen wanneer sprake is van regelingen met betrekking tot de pensioenovereenkomst die staan opgenomen in een uitvoeringsovereenkomst, voor zover deze regelingen direct van invloed zijn op de pensioenovereenkomst. In het wetsvoorstel wordt een tweetal voorbeelden genoemd van onderwerpen die in ieder geval een instemmingsbevoegdheid opleveren, namelijk de wijze waarop de premie wordt vastgesteld en de voorwaarden waaronder indexatie plaatsvindt. Voor de niet in de wet genoemde onderwerpen zal de OR, bij een geschil over het antwoord op de vraag of een wijziging in de uitvoeringsovereenkomst een instemmingsbevoegdheid oplevert, aannemelijk dienen te maken dat de wijziging van de uitvoeringsovereenkomst de arbeidsvoorwaarde pensioen direct beïnvloedt. Is hiervan geen sprake, bijvoorbeeld bij de keuze voor een bepaalde pensioenuitvoerder, dan speelt de OR geen formele rol bij de besluitvorming.

Wanneer de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst is overgedragen naar een pensioenfonds is er geen sprake van een instemmingsrecht wanneer het pensioenfonds over gaat tot wijziging van de pensioenovereenkomst. Het is hier immers het pensioenfonds dat een besluit neemt en niet de ondernemer. De SER deed in dit verband de Staatssecretaris een tweetal oplossingen aan de hand, waarbij door de SER als uitgangspunt werd gehanteerd dat de OR een rol dient te spelen bij wijzigingen van de pensioenovereenkomst, ook wanneer deze wijzing plaatsvindt op basis van het besluit van het pensioenfonds. De SER suggereerde in dit verband een instemmingsbevoegdheid voor de OR op een voorgenomen besluit van het pensioenfonds of een toerekening van besluiten van het pensioenfonds aan de ondernemer. Beide suggesties werden niet gevolgd door de Staatssecretaris. Wel benadrukte zij in de Memorie van Toelichting dat instemming van de OR vereist is indien de werkgever de bevoegdheid tot het wijzigen van de pensioenovereenkomst overdraagt aan het pensioenfonds.

Al met al kan worden gesteld dat de positie van de OR wordt versterkt, waar het de arbeidsvoorwaarde pensioen betreft, wanneer het wetvoorstel wordt aangenomen. Jammer is dat het wetsvoorstel één in de praktijk gesignaleerd probleem, de overgedragen bevoegdheden tot wijzigen van

de pensioenovereenkomst, in het geheel laat liggen en een tweede probleem, de bevoegdheden ten aanzien van de uitvoeringsovereenkomst, maar voor een gedeelte oplost.

5.4.4 *OR en sociaal plan, reorganisatie en de wijzigingen als gevolg van de Wwz*

Wat was de rol van de OR bij reorganisatie en in hoeverre bestrijkt het adviesrecht ook het sociaal plan of het ontbreken daarvan?

Een reorganisatie kwalificeert in de regel in ieder geval als "inkrimping, uitbreiding of andere wijziging" en/of "belangrijke wijziging in de organisatie" in de zin van art. 25 lid 1 onder d/e WOR en levert als zodanig een adviesplichtig voorgenomen besluit op. Op grond van art. 25 lid 3 WOR dient een adviesaanvraag een overzicht te behelzen van de beweegredenen voor het besluit, alsmede van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben "en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen". Hoewel in de Memorie van Toelichting van de WOR staat dat het gaat om een verplichting tot "het opmaken van een zogenaamd sociaal plan, waarvan de wenselijkheid steeds algemener wordt erkend",[150] blijkt uit de rechtspraak dat het de ondernemer vrijstaat het overzicht van de personele gevolgen en maatregelen op eigen wijze te verstrekken. In de praktijk zie je vaak dat de personele gevolgen en maatregelen in de adviesaanvraag zelf zijn opgenomen. De OR mag de wijze waarop aan de gevolgen voor het personeel tegemoet wordt gekomen, nadrukkelijk betrekken in zijn advies en de bestuurder dient dit vervolgens ook te betrekken in zijn besluit. Indien de ondernemer niet heeft voldaan aan art. 25 lid 3 WOR, althans onvoldoende, dan is het besluit kennelijk onredelijk.[151] Uit de hoeveelheid jurisprudentie van de OK over dit aspect, blijkt dat juist de personele gevolgen en de maatregelen daarop, in de praktijk een onderwerp is voor de OR. Niet alleen de afweging die de OR in zijn advies maakt, maar steeds vaker ook als onderwerp van overleg en onderhandeling. Het sociaal plan,

150 *Kamerstukken II* 1969/70, 10 335, nr. 3, p. 23.

151 Zie Hof Amsterdam (OK) 23 december 1999, *JAR* 1994/15 (Gemeenschappelijke Medische Dienst); Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *JAR* 2004/22 (Doornbos); Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2010, *JAR* 2012/106 (Britse Mecom); Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2011, *RAR* 2011/148 (Printronix) en Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2012, *JAR* 2012/106 (Politieregio Flevoland), anders: Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2013, *JAR* 2013/103 (IBM).

althans de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de personele gevolgen van een bepaald besluit, is in veel sectoren en ondernemingen waar de vakbonden niet of slecht vertegenwoordigd zijn, het "product" van de OR geworden.

Ondanks dat uitgangspunt is dat bij een reorganisatie, met gedwongen ontslagen het afspiegelingsbeginsel toegepast dient te worden, zie je in de praktijk regelmatig dat ondernemers met de OR tot afspraken komen waarbij van dit beginsel wordt afgeweken. Zeker in procedures ex 7:685 BW (oud[152]) werd een dergelijke afwijking – uitgaande van een zorgvuldige en objectieve procedure – nog wel eens geaccepteerd, waarbij veelal een "zorgvuldig" positief advies van de OR een belangrijke rol speelde. Het bleef echter een risico hoe rechters in individuele ontslagprocedures daarmee omgingen. Een beoordeling op geschiktheid en/of opleidbaarheid aan de hand van een kwaliteitsscan, waarop de OR in het kader van een reorganisatie positief had geadviseerd, werd door de kantonrechter in Tilburg gesanctioneerd.[153] De kantonrechter in Utrecht oordeelde in een enigszins vergelijkbare casus dat een door de OR goedgekeurde selectie voor nieuwe functies op basis van een "skillmix", niet hoefde te wijken voor een werknemer die hier met een beroep op de afspiegelingsregels tegen op kwam.[154] Ook de zogenaamde "stoelendansmethode" waarin de bestaande functies vervallen en werknemers dienen te solliciteren op nieuwe functies en het afspiegelingsbeginsel derhalve wordt ontweken, is in de rechtspraak wel aangenomen.[155]

Ook de OK sloot gebruik van een afwijkende selectiewijze (stoelendans) niet uit, maar ziet een dergelijke methode niet als de meest voor de hand liggende methode.[156]

Het sociaal plan dat wordt overeengekomen met de OR, de totstandkoming en binding ervan

Uiteraard zijn er verschillen tussen een sociaal plan dat wordt overeengekomen tussen vakbond(en) en werkgever enerzijds en afspraken tussen OR en ondernemer anderzijds. In de eerste plaats zit er een verschil in de

152 Het artikel inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
153 Ktr. Tilburg 15 december 1998, *JAR* 1999/23.
154 Ktr. Utrecht 4 december 2003, *JAR* 2004/23.
155 Rb. Amsterdam 20 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5373. Zie ook M.A. de Blécourt e.a. (red. L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Geschriften VvA 42, p. 195 en 196.
156 OK Amsterdam 5 augustus 2011, *RAR* 2011/48 (OR/Printronix).

totstandkoming. De vakbonden zijn verplicht het onderhandelingsresultaat voor te leggen aan hun leden. Pas indien zij het resultaat in meerderheid steunen kan het sociaal plan tot stand komen. Dit doet overigens niet af aan het feit dat de OR ook adviesrecht heeft over de getroffen maatregelen in het sociaal plan. Een OR doet er weliswaar verstandig aan zijn "achterban" te consulteren, maar is hier niet wettelijk toe verplicht. De OR opereert zonder last of ruggespraak. Desalniettemin lijkt in de jurisprudentie van de OK wel belang te worden toegekend aan de achterbanraadpleging. Het aan de OR opleggen van geheimhouding over de inhoud van een sociaal plan, achtte de OK onaanvaardbaar, juist omdat dat verhindert dat de OR de werknemers consulteert over de gevolgen van het besluit voor de werknemers en de naar aanleiding daarvan te nemen maatregelen.[157]

Het sociaal plan dat is afgesloten met de vakbond kan vervolgens nog ex art. 4 Wet op de loonvorming worden aangemeld bij de minister en verkrijgt in dat geval de status van cao. Daar stuiten we op het tweede verschil met het sociaal plan dat is afgesloten met de OR, de binding. Een sociaal plan dat de status van cao heeft verkregen, bindt op grond van de Wet CAO de betrokken werkgever en de werknemers die lid zijn van de vakbond. Daarbij is de werkgever ex art. 14 Wet CAO verplicht het sociaal plan ook toe te passen op de ongebonden werknemers. In de praktijk regardeert het sociaal plan zodoende alle werknemers. Het verschil tussen de "gebonden" en de "ongebonden" werknemer zit hem slechts in de afdwingbaarheid van de nakoming; de ongebonden werknemer kan geen procedure tot nakoming van het sociaal plan starten. Een sociaal plan dat is overeengekomen met de OR geldt in beginsel slechts tussen partijen, dat wil zeggen tussen de ondernemer en de OR. Het is een overeenkomst (convenant) in de zin van art. 32 WOR en als zodanig kan de OR zodoende de naleving ervan middels een procedure ex art. 36 WOR afdwingen. De individuele werknemer is echter niet gebonden aan dit sociaal plan. In de praktijk wordt dit wel eens opgelost door de werknemers op individuele basis te laten tekenen voor de toepasselijkheid van het sociaal plan. Dit voorkomt dat werknemers hun geluk gaan zoeken bij de kantonrechter met het sociaal plan – dat de werkgever immers verplicht moet toepassen – als veilige basis.

157 Hof Amsterdam (OK) 12 maart 2007, *ROR* 2007, nr. 20.

Hoe ziet de toekomst eruit (met name als gevolg van de Wwz)
De vraag is of de rol van de OR verandert door invoering van de Wwz. Opvallend is dat er in de Wwz noch in de parlementaire behandeling daarvan aandacht is besteed aan de positie van de OR. Toch zal de Wwz (grote) invloed kunnen hebben op de rol van de OR in reorganisatie, en derhalve ook bij de totstandkoming van een sociaal plan.

In de eerste plaats is met de invoering van de Wwz in plaats van de niet in de wet vastgelegde, maar met de kantonrechtersformule enigszins gereguleerde beëindigingsvergoeding, een wel in de wet vastgelegde en bepaalde transitievergoeding gekomen. Dit maakt dat er voor de OR weinig of geen ruimte meer is om te onderhandelen over de financiële inhoud van een sociaal plan. In ieder geval is die ruimte beperkt. Wel zal de OR zich kunnen beroepen op het aan de Wwz ten grondslag liggende uitgangspunt van werkzekerheid. "Van werk naar werk"-maatregelen horen bij uitstek thuis in een sociaal plan. Herplaatsing van de werknemer, al dan niet met behulp van scholing, is volgens art. 7:669 BW het uitgangspunt en moet worden onderzocht

Eerst indien gebleken is dat herplaatsing in een andere passende functie, binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt, komt een beëindiging aan de orde. Ook afspraken over herplaatsing, (om)scholing, voorzieningen, begeleiding en termijnen passen bij uitstek in een sociaal plan. De OR die geen gedwongen ontslagen wenst en inzet op van werk naar werk, heeft vermoedelijk meer positie dan voorheen. Goede en serieuze adviezen van de OR daaromtrent zal de ondernemer dienen mee te nemen in de overwegingen van zijn besluit en niet lichtzinnig kunnen passeren. Vanzelfsprekend kunnen er nog financiële aanvullende maatregelen worden afgesproken, maar de werkgever die hier niets extra's wil afspreken, zal zich kunnen beroepen op de in de wet reeds bepaalde vergoeding. Vanzelfsprekend kunnen er wel andere reden zijn – bijvoorbeeld voor het verkrijgen van een positief advies – op grond waarvan de OR een onderhandelingspositie kan creëren.

De procespositie van de OR lijkt in een procedure ex art. 26 WOR hiermee op dit vlak te worden beïnvloed. Veel door ondernemingsraden aangespannen procedures bij de OK gaan over de personele gevolgen van besluiten en de daarop genomen maatregelen. Nu die maatregelen, althans de transitievergoeding, in de wet staan, zal de OR niet licht meer kunnen betogen dat het ontbreken van een sociaal plan in strijd komt met het

voorschrift van art. 25 lid 3 WOR en dat de ondernemer op die grond niet in redelijkheid het bestreden besluit had mogen nemen. De toezegging van de ondernemer bereid te zijn met de vakbonden te gaan onderhandelen, werd door de OK niet gezien als een voorgenomen maatregel als bedoeld in art. 25 lid 3 WOR.[158] Het is de vraag of deze casus onder de Wwz tot hetzelfde oordeel zouden leiden, zeker in combinatie met een toezegging de wettelijke transitievergoeding te zullen betalen. De ondernemer maakt dan in ieder geval voor een belangrijk deel reeds inzichtelijk welke maatregelen zullen worden getroffen om de gevolgen van de reorganisatie op te vangen, zoals vaste jurisprudentie van de OK voorschrijft.[159] Anderzijds kan gesteld worden dat de bureaucratie die gepaard gaat met een collectieve ontslagaanvraag bij het UWV niet is afgenomen. In de UWV-procedure lijkt de OR zelfs iets aan positie gewonnen te hebben; een ontslagaanvraag wordt door het UWV als prematuur beoordeeld en dus geweigerd wanneer er nog geen advies is uitgebracht door de OR, dan wel wanneer een negatief advies is uitgebracht en de opschortingstermijn van een maand nog niet is verstreken alsook in de situatie dat beroep is ingesteld bij de OK en (bij voorlopige voorziening) is bepaald dat het besluit nog niet mag worden uitgevoerd.[160]

In de tweede plaats kan geconstateerd worden dat de vakbonden in de Wwz weer een duidelijke plaats toebedeeld hebben gekregen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de vakbond, althans op het terrein van de arbeidsvoorwaardenvorming, weer nadrukkelijk positie is verschaft.[161] In de tekst van de wet is de vakbond meermaals de mogelijkheid tot afwijking bij cao toebedeeld. Zo is afwijken van de wettelijk omschreven transitievergoeding alleen bij cao mogelijk. Ook het afwijken van de selectiecriteria bij bedrijfseconomisch ontslag is mogelijk bij cao. Waar in het verleden afwijking van het afspiegelingsbeginsel nog wel eens door een OR werd

158 Hof Amsterdam (OK) 15 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1979 (Sappi); Hof Amsterdam (OK) 12 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1978 (AkzoNobel Functional Chemicals).

159 Hof Amsterdam (OK) 10 april 2007, *JAR* 2007/138 (COA).

160 Uitvoeringsregels Ontslag om Bedrijfseconomische redenen, UWV, 2015, art. 1.5.

161 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 42. Voor de voorwaarde dat een dergelijke overeenkomst of regeling met een of meer vakbonden moet zijn afgesloten en tevens voor de voorwaarden die aan de vakbond(en) zelf gesteld worden. Deze voorwaarden gelden zowel de mogelijkheid bij cao of regeling af te wijken van de wettelijke regeling voor de transitievergoeding, van het afspiegelingsbeginsel als het laten toetsen van voorgenomen ontslagen om bedrijfseconomische redenen door een bij cao ingestelde commissie.

geaccepteerd is die ruimte verdwenen nu de wetgever expliciet heeft bepaald dat afwijking alleen bij cao mogelijk is. Een afwijking van het afspiegelingsbeginsel die is overeengekomen met de OR zal dus per definitie afgewezen worden in individuele ontslagzaken. Dit aspect zal ook zijn weerslag hebben bij een beoordeling van de OK in een procedure ex art. 26 WOR. Waar de OK in de uitspraak Printronix enige ruimte liet voor de "stoelendans", zal dat in de toekomst weleens anders kunnen worden. Een reorganisatie lijkt immers bij een dergelijke methode bij voorbaat niet uitvoerbaar, tenzij alle gedwongen ontslagen verwezenlijkt kunnen worden door middel van een (vrijwillige) beëindigingsovereenkomst. Ook de door de wetgever geïntroduceerde "talentenregeling" is alleen mogelijk indien daarover afspraken zijn gemaakt met de vakbonden.

Deze regeling houdt kort gezegd in dat de werkgever ten hoogste 10% van de werknemers die op grond van afspiegeling voor ontslag in aanmerking komen, buiten de afspiegeling kan houden ingeval hij bovengemiddeld presteren of het over een meer dan gemiddelde potentie beschikken, aannemelijk kan maken. De werkgever zal hiertoe wel een personeelsbeleid moeten voeren waar het beoordelen van werknemers op deze kenmerken onderdeel van uitmaakt. In deze uitvoering liggen mogelijk nog wel kansen voor de OR. Beleid dat in beginsel zal kwalificeren als een regeling op het gebied van het ontslag- of bevorderingsbeleid en/of op het gebied van de personeelsbeoordeling als bedoeld in art. 27 lid 1 onder e respectievelijk onder g WOR is immers instemmingsplichtig tenzij het uitputtend in de cao is geregeld. De vraag is dan ook of dit, per saldo, ten koste zal gaan van de positie van de OR. Wij menen van wel nu de OR geen enkele mogelijkheid heeft om op ondernemingsniveau maatwerkoplossingen tot stand te brengen, waaronder in voorkomende gevallen afwijkingen van het afspiegelingsbeginsel, waar dat voorheen – beperkt – wel mogelijk was. In ondernemingen waar de vakbonden wel een positie hebben, kan de OR vanzelfsprekend in de uitvoering wel een belangrijke rol spelen. Delegatie van de bevoegdheid tot arbeidsvoorwaardenvorming aan de OR, middels een bepaling in de cao, werd in de jurisprudentie al aanvaard en leidt dan tot gebondenheid van de werknemers aan de ondernemingsovereenkomst tussen OR en ondernemer.[162] De OR is dan echter wel afhankelijk van de ruimte die de vakbonden de OR geven. In de

162 Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:646 (Telegraaf Mediagroep).

praktijk zullen afspraken met de OR worden gemaakt indien de vakbonden simpelweg niet of niet voldoende vertegenwoordigd zijn in de onderneming of zelfs in de sector. Het is niet waarschijnlijk dat de Wwz daarin wezenlijk wijziging brengt. Uitzondering daarop vormt wellicht de mogelijkheid afspraken te maken die afwijken van het afspiegelingsprincipe. Die mogelijkheid lijkt met de invoering van de Wwz nog slechts voorbehouden aan de vakbonden. Ook in het verleden aan de OR gedane toezeggingen, bijvoorbeeld inzake het behoud van werkgelegenheid blijven natuurlijk een rol spelen. Het is vaste jurisprudentie van de OK dat gedane toezeggingen dienen te worden nagekomen.[163] Het schenden van een dergelijke toezegging kan allicht leiden tot het oordeel dat het besluit kennelijk onredelijk is en zodoende zijn schaduw vooruitwerpen op met de OR te voeren onderhandelingen en tot meer leiden dan de enkele transitievergoeding

5.4.5 Aanbevelingen

De wetgever doet er goed aan om één van de door de SER gedane suggesties te volgen, wanneer de bevoegdheid tot wijziging van de pensioenovereenkomst is overgedragen aan het pensioenfonds, in die zin dat een voornemen tot wijziging van de pensioenovereenkomst door het pensioenfonds, wordt toegerekend aan de ondernemer, waarbij deze de bevoegdheid alleen kan overdragen aan het pensioenfonds, onder de voorwaarde dat het pensioenfonds kan overgaan tot wijziging van de pensioenoverkomst indien sprake is van instemming van de OR, dan wel toestemming van de rechter om het besluit tot wijziging van de pensioenovereenkomst te mogen nemen.

Art. 7:613 BW dient te worden aangevuld met een bepaling dat het zwaarwichtige belang tot wijziging van arbeidsvoorwaarden wordt vermoed aanwezig te zijn indien de OR met deze wijziging heeft ingestemd. Aan de kwaliteit en achterbanraadpleging bij de besluitvorming dienen nadere voorwaarden te worden gesteld. Dit ter voorkoming dat lichtvaardig instemming kan worden gegeven.

163 Onder meer Hof Amsterdam (OK) 7 juli 1988, *NJ* 1989/845 (Fluke Holland). Vgl. ook HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35.

5.5 Sluit de WOR voldoende aan bij de ontwikkelingen binnen ondernemingen?[164]

5.5.1 Inleiding

In een steeds verder flexibiliserende arbeidsmarkt is een relevante vraag of de medezeggenschap voldoende aansluit bij de ontwikkelingen binnen ondernemingen. Flexibilisering is niet een ontwikkeling van recente datum. Zo werd al in 1998 gesignaleerd dat "Flexibel, flexibiliteit, flexibiliseren woorden zijn die sinds het einde van de jaren zeventig niet weg te denken zijn uit het arbeidsrechtelijk discours".[165] Mede onder invloed van de sinds 2008 ontstane economische crisis, valt echter het laatste decennium een versnelling van de flexibilisering van de arbeidsmarkt waar te nemen. De ontwikkeling is zelfs zo snel gegaan dat de Stichting van de Arbeid in 2013 stelt dat "Er is in toenemende mate sprake van doorgeschoten flex."[166]

In de medezeggenschap lijkt deze ontwikkeling echter tot dusver geen rol van wezenlijke betekenis te hebben gespeeld. In adviesprocedures over reorganisaties wegens bedrijfseconomische redenen bijvoorbeeld, is het als eerste verkleinen van de flexibele schil ten gunste van de vaste medewerkers nog immer het uitgangspunt en dit is in de regel tevens het startpunt in de discussie met vakorganisaties en ondernemingsraden over het afsluiten van een sociaal plan. De vraag is of in de veranderende arbeidsmarkt nog wel recht wordt gedaan aan de doelstelling die ten grondslag ligt aan de WOR dat er medezeggenschap zou moeten zijn voor iedere (structureel) in de onderneming werkzame persoon. Met de flexibele schil doelen wij in het kader van deze bijdrage op een ruim begrip, waaronder vallen werknemers met een flexibele arbeidsrelatie – oproepkrachten en uitzendkrachten, arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met een

164 Hans Moltmaker is coördinerend adviseur bij het CAOP en Loe Sprengers is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht. Dank gaat uit naar Sophia Geelkerken, sr. beleidsmedewerker bij de SER, voor haar inbreng bij de voorbereiding van deze bijdrage.

165 W. van Eeckhoutte, *Aspecten van Flexibilisering, Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland*, Geschriften VvA 27, Deventer 1998, p. 1.

166 Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020, Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten*, 2013, p. 2.

beperkte arbeidsomvang vast en met uitgestelde prestatieplicht – zzp'ers en payrollwerknemers.[167] Waar dit relevant is, zal een nader onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende groepen.

Hierna zullen wij voormelde vraag bespreken vanuit drie invalshoeken. In paragraaf 2 bespreken wij de (veranderende) rol van de flexibele schil en de wijze waarop deze in het kader van de medezeggenschap is vertegenwoordigd. In paragraaf 3 de verschillen in positie van de OR in kleine, middelgrote en grote ondernemingen. In paragraaf 4 bespreken wij de wijze waarop de medezeggenschap wordt beïnvloed door de evoluerende onderneming, waaronder de ontwikkelingen van productie naar kennis, de invloed van verschillen in visie op het werken tussen de oude en volgende generatie en de invloed van het nieuwe werken op de zeggenschap. Wij zullen per onderwerp de ontwikkelingen van circa twintig jaar geleden erbij betrekken, het heden en de toekomst.

5.5.2 *De (veranderende) rol van de flexibele schil*

De terugblik

In 1996 toen circa 10% van de beroepsbevolking in de flexibele schil werkte,[168] was de Wet flexibiliteit en zekerheid (Wfz) in voorbereiding. Aanleiding voor de Wfz waren de nieuwe ontwikkelingen die de regering

167 Voor deze begrippen sluiten we aan bij de volgende definities die het CBS hanteert in de publicatie *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: de focus op flexibilisering* (2015): "*Flexibele arbeidsrelatie*: Een persoon die een arbeidsovereenkomst heeft die van beperkte duur of die niet voor een vast overeengekomen aantal uren in dienst is. Hiertoe behoren: werknemers met een tijdelijk dienstverband met uitzicht op een vast dienstverband én vaste uren; werknemers met een tijdelijk dienstverband van 1 jaar of langer én vaste uren; werknemers met een tijdelijk dienstverband korter dan 1 jaar én vaste uren; oproep/-invalkrachten; uitzendkrachten; werknemers met een vast dienstverband zonder vaste uren; werknemers met een tijdelijk dienstverband zonder vaste uren. *Oproepkracht*: Werknemer die op oproep of afroep beschikbaar is voor het verrichten van werkzaamheden en met wie geen vaste arbeidsduur is overeengekomen. (Oproepkrachten worden ook wel aangeduid als afroep- of invalkrachten). *Uitzendkracht*: Een persoon die ingeschreven is bij een uitzendbureau en die met dat bureau een arbeidsverhouding is aangegaan tot het verrichten van werkzaamheden op tijdelijke basis voor derden. *Zelfstandige zonder personeel*: Een persoon die voor eigen rekening of risico arbeid verricht in een eigen bedrijf of praktijk (zelfstandig ondernemer) of als directeur-grootaandeelhouder en die geen personeel in dienst heeft. Overige zelfstandigen worden ook tot de zelfstandigen zonder personeel gerekend. Binnen de groep zelfstandigen zonder personeel kan onderscheid worden gemaakt tussen zelfstandigen die eigen arbeid of diensten aanbieden, en zelfstandigen die producten of grondstoffen verkopen."

168 Y. Konijn, 'De flexibele arbeidsrelatie in het sociaal recht', in: C.J. Loonstra, e.a (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 49-59.

en sociale partners op de arbeidsmarkt signaleerden. Enerzijds zorgden de verscherpte (internationale) concurrentie, technologische ontwikkelingen en kortere productcycli ervoor dat werkgevers andere arbeidsrelaties met werknemers wilden aangaan. Anderzijds zorgden de veranderende samenstelling van de beroepsbevolking en de toenemende wens om in afwijkende arbeidspatronen te werken ervoor dat ook werknemers om andere arbeidsrelaties vroegen. De regering en sociale partners beoogden met de Wfz een nieuw evenwicht tussen werkgevers en werknemers te vinden. De benodigde flexibiliteit voor werkgevers zou daarbij hand in hand moeten gaan met de benodigde zekerheid voor werknemers.[169] De Stichting van de Arbeid uitte in die tijd de vrees "dat er in de toekomst naast een harde kern van 'vaste' werknemers, een groeiend legertje van 'arbeidsnomaden' zou ontstaan, bestaande uit mensen die doorlopend van de ene tijdelijke baan naar de andere onderweg zijn, met alle onzekerheden van dien".[170]

Kort voor invoering van de Wfz, namelijk per 4 maart 1998, werd door wetsvoorstel 24 615 een aantal wijzigingen van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek doorgevoerd. Achtergrond van dat wetsvoorstel was dat er geconstateerd werd dat, in het licht van de voortschrijdende flexibiliserings- en decentralisatietendens, alsmede in het licht van de bestaande knelpunten in het functioneren van de medezeggenschap, de medezeggenschapswetgeving modernisering behoefde, waaronder nieuwe impulsen om effectief aan medezeggenschap vorm te geven.[171] De doelstelling van het wetsvoorstel was om de WOR in die zin te moderniseren dat inhoud zou worden gegeven aan een duidelijk en werkbaar basisniveau van ordening en bescherming.[172] Hoewel blijkens de achtergrond ook de voortschrijdende flexibilisering een reden was voor de aanpassing van de WOR, bevatten de wijzigingen slechts in beperkte mate wijzigingen voor wat betreft flexibele arbeidskrachten:

- ten aanzien van werknemers die minder dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam waren, in ondernemingen met minder dan 100 werknemers, zogenaamde "kleine deeltijders" en
- voor gedetacheerden en uitzendkrachten werden de medezeggenschapsbevoegdheden versterkt.

169 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 8.
170 Stichting van de Arbeid, 1996, Nota Flexibiliteit en Zekerheid, 3 april 1996, p. 6.
171 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 2.
172 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 3.

Stand van zaken anno 2016

In 2016 is de flexibele schil – werknemers met flexibele arbeidsrelaties en zzp'ers – inmiddels aanzienlijk gegroeid ten opzichte van de situatie van 1996. Ook is de positie en rechtsbescherming van personen in de flexibele schil veel meer een onderwerp van (maatschappelijke) discussie dan twintig jaar geleden. De hoeveelheid werkenden in flexibele arbeidsrelaties is gegroeid van 15% in 2004 tot 22% in 2014. Verhoudingsgewijs hebben veel jongeren een flexibele arbeidsrelatie. Het aantal zzp'ers is gegroeid van 8% van de totale beroepsbevolking in 2004 tot 12% in 2014.[173] Naast zzp'ers, uitzendkrachten en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is een vrij recente ontwikkeling het fenomeen "payrolling". Toen de Wfz in werking trad was payrolling nog vrijwel onbekend. Inmiddels lijkt het weer op zijn retour, daar steeds meer rechters payrolling als een schijnconstructie bestempelen.[174] Tevens heeft de wetgever de ontslagregels per 1 januari 2015 aangepast. Payrollwerknemers hebben sindsdien voor een deel dezelfde ontslagbescherming bij reorganisatie als werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een werkgever.

Art. 1 lid 2 WOR definieert in de onderneming werkzame personen als degenen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Hieronder vallen ook werkenden met een tijdelijke aanstelling of arbeidsovereenkomst of met een oproepcontract. Lid 3 geeft aan dat onder in de onderneming werkzame personen ook vallen degenen die ten minste 24 maanden krachtens uitzendovereenkomst als bedoeld in art. 7:690 BW in het kader van de werkzaamheden van de onderneming werkzaam zijn.

Art. 6 lid 4 WOR biedt de mogelijkheid om de kring van "in de onderneming werkzame personen" uit te breiden tot personen die regelmatig in de onderneming arbeid verrichten zonder arbeidsovereenkomst of aanstelling. Dit dient in het OR-reglement vormgegeven te worden.

Op basis van het wettelijk kader zou het dus mogelijk zijn om de flexibele schil (meer) te betrekken bij de medezeggenschap. In de dagelijkse praktijk worden deze mogelijkheden echter weinig benut en ook wordt er in

173 CBS en TNO, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: de focus op flexibilisering*, 2015, p. 10-15.

174 Zie Hof Den Bosch 21 oktober 2014, *JAR* 2015/10.

de vakliteratuur niet veel aandacht aan dit onderwerp besteed.[175] Er is weinig jurisprudentie waarin het gebrek aan medezeggenschap van de medewerkers in de flexibele schil aan de orde wordt gesteld. Een voorbeeld is een advies van de Bedrijfscommissiekamer voor de Overheid voor Rijk en Politie uit 2012.[176] Het betrof een onderneming met 700 kiesgerechtigde vaste medewerkers en 2000 kiesgerechtigde uitzendkrachten. Een van de gesignaleerde praktijkproblemen was dat de leden van de OR van de zijde van de uitzendkrachten binnen anderhalf jaar allen waren uitgetreden en dat hun plaatsen waren ingevuld door vaste medewerkers die elders nog op de kieslijst stonden. De medezeggenschap van de uitzendkrachten was daarmee illusoir gebleken. Om dit probleem te ondervangen besloot de OR, het aantal OR-leden in te perken en de daardoor vrijkomende faciliteiten ad hoc in te zetten om flexkrachten bij het OR-werk te betrekken en een beperkt aantal zetels te oormerken als zetels voor uitzendkrachten. De bedrijfscommissie oordeelde dat dit in strijd met de bepalingen van de WOR was.

De beperkte literatuur en rechtspraak zou de schijn kunnen wekken dat medezeggenschap voor de flexibele schil een weinig "hot topic" is. De Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER heeft het belang hiervan wel onderkend en dit onderwerp hoog op haar agenda geplaatst.[177] Zo is er op 15 oktober 2015 een symposium georganiseerd met titel 'Flexwerkers en Medezeggenschap'.[178] Tijdens dit symposium bleek dat het beter verankeren van medezeggenschap voor de flexibele schil op brede steun kon rekenen, maar dat de wijze waarop dit zou moeten worden ingekleed nog onduidelijk was. De CBM heeft tijdens dit symposium aangekondigd met aanbevelingen te komen op basis van de uitkomsten van de diverse werkgroepen. Daarnaast is in december 2015 de motie van de leden Voortman en Tanamal aangenomen waarin de regering is verzocht te onderzoeken hoe de inspraak van flexwerkers vergroot kan worden.[179]

175 Zie bijv.: H. van den Hurk, 'Medezeggenschap in de flexibele schil', *Praktijkblad Ondernemingsraad* 2012-11.

176 Bedrijfscommissiekamer voor de Overheid voor Rijk en Politie 22 oktober 2012, Advies RP.159.

177 Werkprogramma's 2015 en 2016 van de SER-Commissie Bevordering Medezeggenschap: www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2015/werkprogramma-cbm-2016.aspx; www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2014/werkprogramma-cbm-2015.aspx.

178 Zie voor achtergrondinformatie bij het onderwerp, verslag- en output van het congres www.ser.nl/nl/actueel/congressen/2015/20151015-flexwerkers-medezeggenschap.aspx.

179 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 300 XV, nr. 56.

Een voorzichtige conclusie kan zijn dat de WOR niet voldoende mee is geëvolueerd met de grote flexibilisering van de arbeidsmarkt. Alleen uitzendkrachten tellen formeel mee voor de medezeggenschap als ze ten minste 24 maanden werkzaam in de organisatie zijn geweest. Echter, de bepalingen voor uitzendkrachten alleen pakken de problemen, of mogelijkheden die betrekking hebben op medezeggenschap en flexibel werken niet op. Een aantal omstandigheden kan aan deelname van de flexibele arbeidskrachten aan medezeggenschap in de weg staan, zoals het afwezig zijn van een voldoende bestendige relatie met de onderneming en, het zich mogelijk minder verbonden voelen met de onderneming. Het uitgangspunt van de WOR is dat de zittingsduur van een ondernemingsraad drie jaar is, met de mogelijkheid om dit met een jaar te verlengen of te verkorten in het reglement. Dit zijn termijnen die vaak langer zijn dan het verblijf van een flexwerker in de onderneming. Een flexibele medewerker zal in de regel ook minder zichtbaar zijn dan reguliere werknemers binnen de onderneming, hetgeen zijn kansen op uitverkiezing in de OR – als hij zich al verkiesbaar kan stellen – zal verkleinen. De bescherming tegen beëindiging van zijn overeenkomst met de onderneming is in de regel kleiner dan die van een reguliere werknemer. Het kan ook lastiger zijn voor een persoon in de flexibele schil om daadwerkelijk tijd vrij te maken voor eventueel OR-werk. Bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een kleiner parttimedienstverband of oproepovereenkomst.

Toekomstige ontwikkelingen

De vraag hoe de medezeggenschap voor de flexibele schil in de toekomst beter kan worden ingericht leidt tot een tweeledig antwoord. Aan de ene kant kan dit bestaan uit het beter benutten van het bestaande instrumentarium van de WOR. Aan de andere kant het aanpassen van de WOR om de flexibele schil een beter uitgewerkte juridische basis te bieden in de medezeggenschap

Op basis van de huidige wetgeving ligt verbetering van de medezeggenschapsmogelijkheden van de flexibele schil met name in een beter gebruik van de mogelijkheden die worden geboden door art. 6 lid 4 WOR, dat de mogelijkheid biedt dat de ondernemingsraad en ondernemer gezamenlijk groepen van personen die regelmatig anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst met de onderneming in de onderneming werkzaamheden verrichten, aanmerken als "in de onderneming werkzame personen" in de zin van de WOR. Daarmee kan ook meer personen uit de flexibele schil, die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, een rol

worden gegeven in de medezeggenschap. Ook de in art. 6 lid 5 WOR gegeven mogelijkheid om in het reglement af te wijken van de regels over het actief (na zes maanden) en passief kiesrecht (na twaalf maanden) uit art. 6 lid 2 en 3 WOR zou een mogelijkheid zijn om een gedeelte van de flexibele schil eerder te betrekken bij de medezeggenschap. Er lijkt echter sprake van gebrek aan belang dat ondernemingsraden hechten aan het laten meedoen met de medezeggenschap van flexibele werknemers. Het vergroten van het bewustzijn bij ondernemingsraden dat ook de belangen van de flexibele schil in de ondernemingsraad vertegenwoordigd moeten zijn, zal een belangrijk verschil kunnen maken. Dat vergt ook een andere kijk op de positie van de flexibele schil. Deze is er niet alleen om de klappen op te vangen voordat het vaste personeel in beeld komt. Zij zijn ook bij de werkzaamheden van de onderneming betrokken en kunnen gevolgen van besluiten van de ondernemer ondervinden, die voor hen wezenlijke gevolgen kunnen hebben, zowel op het gebied van de arbeidsomstandigheden, de continuïteit van werk als ook arbeidsvoorwaardelijke gevolgen.

Het aanwijzen van een verantwoordelijk persoon binnen de OR voor aangelegenheden die de flexibele schil betreffen, die niet noodzakelijkerwijs zelf afkomstig hoeft te zijn uit die schil, zou al voor een versterking van de rol van de flexibele schil in de medezeggenschap kunnen zorgen. Ook in dit geval zal echter van groot belang voor het werkelijk doen slagen van deze opzet zijn of de portefeuillehouder buiten de gebaande paden durft te gaan om een groep die buiten de reguliere achterban valt, te vertegenwoordigen. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds is aangehaald, heeft de wetgever voor de payrollwerkgever de ontslagregels per 1 januari 2015 aangepast en hebben payrollwerknemers sindsdien een deels vergelijkbare ontslagbescherming als werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een werkgever. De vraag kan dan ook worden opgeworpen waarom dit op het gebied van de betrokkenheid bij de medezeggenschap niet evenzeer geregeld zou kunnen worden. Hiervoor is al aangegeven dat het huidig wettelijk kader in art. 6 lid 5 de mogelijkheid schept om in het reglement van de OR af te wijken van het wettelijk systeem van het actief en passief kiesrecht als dit voor een goede toepassing van de WOR bevorderlijk is. Een stap verder is om de wetgeving op dit punt aan te passen. Waarom is de bestuurder – en zelfs een interim-bestuurder – wel vanaf het moment van benoeming bestuurder in de zin van de WOR en kan een werknemer pas na een halfjaar kiezen voor de OR en pas na een jaar gekozen worden

als OR-lid? Rechtvaardigt de omvang van de flexibele schil en de structurele aard daarvan in veel ondernemingen niet om "in de onderneming werkzame personen" eerder kiesrechten toe te kennen? Dat kan ervoor zorgen dat in ieder geval ook het deel van de flexibele schil dat op basis van een arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzaam is, eerder bij de medezeggenschap zal worden betrokken. Ook de termijn van 24 maanden voor ingeleende uitzendkrachten ex art. 1 lid 3 onder a zou heroverwogen moeten worden, zeker als pas na die 24 maanden de reguliere termijn van art. 6 lid 2 en 3 WOR gaan lopen voor actief en passief kiesrecht, zoals onlangs de kantonrechter Rotterdam heeft geoordeeld.[180] Dergelijke termijnen sluiten niet voldoende aan bij het uitgangspunt om degenen die (min of meer structureel) betrokken zijn bij de werkzaamheden van de onderneming en daarbinnen werkzaam zijn, bij de medezeggenschap te betrekken. Een andere aanpassing aan het wettelijke kader zou kunnen zijn het wettelijk faciliteren van het inrichten van een of meer kwaliteitszetels voor de flexibele schil binnen de OR. Dit zou erop gericht moeten zijn om de mogelijkheid te bieden dat voor de opvulling van deze zetels de OR in het reglement andere spelregels mag vastleggen dan voor reguliere vacatures, of om andere spelregels te hanteren over bezetting van de zetels door de flexibele schil. Verdergaand is nog het in de WOR opnemen dat er altijd een OR-lid in de OR zitting heeft die afkomstig is uit de flexibele schil, indien er binnen de onderneming een flexibele schil van enige omvang is. Dit kan bijvoorbeeld worden uitgedrukt in een percentage van de totale omvang van de in de onderneming werkzame personen.

Een mogelijke wetswijziging die in dezelfde lijn ligt, is een wijziging in het kiesstelsel van de WOR. Het opnemen van een afwijkmogelijkheid voor de OR in dier voege dat bij het tussentijds vacant raken van een positie in de OR niet automatisch nieuwe verkiezingen nodig zijn, indien er geen kandidaten meer beschikbaar zijn, maar het ook mogelijk maken dat voor de resterende zittingstermijn de OR een vervanger kan benoemen op basis van het profiel van de vacante positie. Dit kan een goede aanvullende mogelijkheid zijn om de flexibele schil blijvend te laten participeren in de medezeggenschap.

180 Ktr. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5411, *JAR* 2014/186, *TRA* 2014/80.

5.5.3 *Verschillen in positie OR in kleine/grote ondernemingen*

Ontwikkelingen sinds 1996
In 1996 speelde de discussie over de wijziging van de WOR, die met ingang van 1998 van kracht is geworden. Hieraan was een langdurige adviestraject bij de SER voorafgegaan over een adviesaanvraag uit 1990. In 1992 adviseerde de SER over de knelpunten van de WOR (advies 92/07) en in 1994 over het arbeidsreglement; het instemmingsrecht van de OR (advies 94/06). Een verdeeld advies met name vanwege de verschillen in opvatting over de bevoegdheden van de ondernemingsraden op het gebied van arbeidsvoorwaarden.

Bij de wijziging van de WOR in 1998 zijn er aanpassingen doorgevoerd in het bereik van de WOR. Voor die tijd moest een ondernemingsraad ingesteld worden voor ondernemingen met meer dan 35 werknemers. Daarbij werd een onderscheid gemaakt in de omvang van de bevoegdheden tussen een onderneming met meer en minder dan 100 werknemers. Daarbij ging het om werknemers die meer dan 1/3 van de arbeidstijd in de onderneming werkzaam waren. Hierin zijn de navolgende veranderingen aangebracht:
- Vanwege het discriminatoir karakter naar arbeidsduur werd eenieder die krachtens arbeidsovereenkomst of aanstelling werkzaam is binnen de onderneming meegeteld voor de instellingsgrens.
- Gedetacheerde werknemers werden na 24 maanden aangemerkt als in de onderneming werkzame personen en konden zo ook bij de inlener medezeggenschapsrechten uit gaan oefenen.
- De instellingsgrens voor een ondernemingsraad werd verhoogd naar vijftig werknemers, waarbij het onderscheid in bevoegdheden van een OR voor een onderneming met meer of minder dan 100 werknemers kwam te vervallen.

De vraag is of deze door de wetgever geëntameerde veranderingen geleid hebben tot een toename van deelname aan de medezeggenschap. Of dit eraan bijgedragen heeft dat de WOR beter is gaan aansluiten bij de ontwikkelingen binnen de ondernemingen.

Over de naleving van de WOR wordt in opdracht van het Ministerie van SZW periodiek onderzoek gedaan. Dit geeft de mogelijkheid om te bezien of de wijzigingen die in 1998 zijn aangebracht in de instellingseisen ten aanzien van een ondernemingsraad invloed hebben gehad op de naleving van de wet.

Uit onderzoek naar de naleving van de WOR in 1992 bleek dat 70% van de ondernemingen die daartoe wettelijk verplicht waren een ondernemingsraad hadden. Kijkend naar de omvang van de ondernemingen zat daar wel verschil in: tussen 35 tot 50 werknemers 43%, van 50 tot 100 werknemers 65%. Daarboven liep het instellingspercentage op van 90% boven de 200 werknemers tot 97% met meer dan 500 werknemers.

Uit de onderzoeken naar de naleving van de WOR in latere jaren bleek dat overall de naleving van de WOR vrij constant is. Het aandeel ondernemingen met 50 of meer werknemers dat conform de WOR een OR heeft ingesteld bedroeg 71% in 2011, 70% in 2008 en 71% in 2002.[181]

Stand van zaken anno 2016

De wettelijke regeling van de medezeggenschap is in Nederland voor bijna alle sectoren in de WOR terug te vinden. Slechts voor defensie en sommige onderwijssectoren zijn er andere regelingen van kracht. Deze regelingen zijn een uitwerking van de grondwettelijke verplichting dat bij wet regels worden gesteld over de medezeggenschap van degenen die arbeid verrichten als werknemer (art. 19 Gw) of als ambtenaar (art. 109 Gw). Tevens wordt hiermee inhoud gegeven aan een (latere) Europese richtlijn met minimumverplichtingen over informatie en consultatie van werknemers (Richtlijn 2002/14/EG).

Uit de onder 3.1 uiteengezette cijfers blijkt duidelijk dat hoe kleiner de organisatie is, hoe minder de wettelijk voorgeschreven medezeggenschapsregeling wordt nageleefd. Er is blijkbaar een omslagpunt naarmate een organisatie groter wordt, waarbij het werken met een vertegenwoordiging van het personeel meer gaat aansluiten bij de behoefte van de organisatie. Van Leeuwen geeft aan dat er in het algemeen vanuit wordt gegaan dat deze ligt bij circa dertig medewerkers. De ervaring leert dat vanaf dat moment een behoefte ontstaat om medezeggenschap te structureren.[182] Uit de nalevingsonderzoeken blijkt dat ondernemingen vaker een ondernemingsraad hebben als:

- de onderneming niet zelfstandig is;
- het aandeel werknemers met een vast dienstverband toeneemt;

181 Onderzoek in opdracht van het ministerie SZW, uitgevoerd door Regioplan (2012), *Naleving van de wet op de ondernemingsraden, stand van zaken 2011*, p. I.

182 T. van Leeuwen, 'Culturen en structuren', in: Bruinsma, G. (red.), *Medezeggenschap in kleine ondernemingen*, Alphen aan den Rijn: Vakmediawet 2012, p. 21. Toevoegen verwijzing naar nalevingsonderzoek.

- de onderneming onder een cao valt;
- de organisatiegraad van het personeel hoger is;
- het personeel hoger opgeleid is.[183]

In 2008 had nog 19% van de ondernemingen met 35-50 werknemers een OR, hoewel dat niet meer wettelijk verplicht was, 14% een PVT. Voor ondernemingen van 50 tot 100 werknemers had 59% een OR, tegen 65% in 1992. Maar 11% van deze ondernemingen had wel een PVT ingesteld, hoewel de wet een OR voorschrijft. De instellingsgraad van de grote ondernemingen bleef vergelijkbaar hoog als in 1992.[184] Uit het onderzoek naar de naleving van de WOR in 2011 komt het volgende beeld naar voren: in ondernemingen van 10 tot 50 werknemers heeft 16% een OR en 12% een PVT. Vanaf 50 tot 75 werknemers heeft 61% een OR en 11% een PVT, van 75 tot 100 werknemers loopt dit op tot 70% een OR en ook nog 6% een PVT. Boven de 200 werknemers blijft vergelijkbaar het percentage hoog zoals in de voorgaande jaren: 94% heeft een OR.[185] Met alle voorzichtigheid die past bij interpretatie van deze cijfers kan de conclusie worden getrokken dat de wijziging van de instellingsgrenzen in 1998 tot gevolg heeft gehad dat binnen ondernemingen met minder dan 50 werknemers, minder vertegenwoordigende organen van het personeel (OR of PVT) zijn aan te treffen dan voor die tijd. Voor ondernemingen met tussen de 50-100 werknemers blijkt sprake te zijn van een toename van het aantal vertegenwoordigende organen (OR of PVT) dat toeneemt naarmate het aantal stijgt richting de 100 werknemers.

Voor de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap is bovenstaande ontwikkeling reden geweest om in het bijzonder aandacht te besteden aan de ontwikkeling van de medezeggenschap in het Midden en Klein Bedrijf (MKB). Daar valt met name nog terrein te winnen voor de medezeggenschap, waarbij de commissie werkgevers mee wil nemen in de visie dat medezeggenschap een middel is om doelen binnen de organisatie – in overleg met werknemers – te bereiken. De CBM is voornemens om daartoe een handreiking op te stellen, die vermoedelijk in het voorjaar 2016 zal verschijnen.

183 H. Van den Tillaart, 'Klein zijn en volwassen worden: de medezeggenschap in kleine bedrijven', in: Bruinsma, G. (red.), *Medezeggenschap in kleine ondernemingen*, Alphen aan den Rijn: Vakmediawet 2012, p. 41.

184 H. Van den Tillaart, 'Klein zijn en volwassen worden: de medezeggenschap in kleine bedrijven', in: Bruinsma, G. (red.), *Medezeggenschap in kleine ondernemingen*, Alphen aan den Rijn: Vakmediawet 2012, p. 38/39.

185 H. Visee, e.a., *Naleving van de wet op de ondernemingsraden*, 2012.

5.5.4 *De evoluerende onderneming*

Ontwikkelingen sinds 1996

De afgelopen twintig jaar zijn veel productieondernemingen verdwenen uit Nederland en is het aantal kennisondernemingen toegenomen De groei van de werkgelegenheid wordt vooral verwacht vanuit toenemende groei van de kenniseconomie. Onder meer het gestegen opleidingsniveau, de mondigheid van werknemers en de veranderende visie van de jongere generatie werknemers op de invulling van hun carrière en work/life balance, heeft ook gevolgen voor het functioneren van de medezeggenschap. Ook veranderende managementopvattingen, technologische ontwikkelingen en internationalisering hebben betekenis voor medezeggenschap, zo werd in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de WOR in 1998 al aangegeven.[186]

Tevens is waarneembaar dat organisaties anders functioneren. Werken met een kernbezetting met daarom een netwerk van contacten waarmee al dan niet in samenwerkingsverband of via inhuur de activiteiten van de ondernemingen worden vormgegeven.

Een andere ontwikkeling die is waar te nemen is de roep vanuit de jongeren om meer te kunnen participeren in de medezeggenschap. De drempel om zich voor een lagere tijd, een hele zittingstermijn, beschikbaar te stellen voor de ondernemingsraad blijkt veelal (te) groot te zijn voor jongeren. Deels hangt dit mogelijk samen met het gegeven dat veel jongeren werkzaam zijn in een tijdelijke arbeidsrelatie. Ook sluit de huidige vormgeving van het medezeggenschapsoverleg en overlegcultuur niet altijd goed aan. Twee jaar geleden bleek van alle jongeren (33%) in de beroepsbevolking slechts 20% vertegenwoordigd te zijn in een OR.[187]

Stand van zaken anno 2016

In de hedendaagse praktijk wordt gezocht naar manieren om medezeggenschapblijvend aan te laten sluiten bij bovengenoemde maatschappelijke ontwikkelingen, verander(en)de arbeidsverhoudingen en organisatiestructuren. Hierbij zien we drie soorten bewegingen. De eerste beweging is dat de OR eerder in het proces van besluitvorming wordt betrokken. De tweede

186 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 615, nr. 3, p. 2.
187 Factsheet Vernieuwing medezeggenschap, SBI-FNV Formaat, CNV Jongeren en FNV Jong, 2015.

beweging is dat het medezeggenschapswerk niet wordt beperkt tot OR-leden, maar dat daar ook andere medewerkers bij worden betrokken. De derde beweging is die naar meer directe participatie van (alle) medewerkers.[188] Tijdens de SER-symposia Vernieuwing in inspraak/Inspraak in vernieuwing[189] en Meedoen met Medezeggenschap[190] hebben verschillende ondernemingen die met moderne manieren van medezeggenschap werken, hun ervaringen gedeeld.

Diverse ondernemingen experimenteren met moderne vormen van medezeggenschap. Een kenmerk daarbij is dat er wordt gestreefd medezeggenschap (participatie) zo veel mogelijk lager in de organisatie te leggen en individuele medewerkers meer bij besluitvorming te betrekken.[191] Uit onderzoek van AWVN volgt dat ondernemingen experimenteren met themagroepen, kern-ondernemingsraden en Large Scale Intervention. Veelal gebeurt dit vanuit de visie of overtuiging dat meer betrokkenheid en grotere participatie van de werkvloer de meerwaarde van medezeggenschap vergroot en daarmee de organisatie verder brengt. Wanneer de medezeggenschap meer participatief wordt, verandert de rol van de OR veelal. De OR krijgt bijvoorbeeld een meer strategische rol of soms meer een rol van procesbegeleider.[192] Welke ruimte biedt de WOR voor alternatieve vormen van medezeggenschap?

De WOR kent een mogelijkheid om vrijstelling te vragen aan de SER van de verplichting om een OR in te stellen, indien bijzondere omstandigheden een goede toepassing van de WOR in de betrokken onderneming in de weg staan. Deze route wordt weinig bewandeld, mede gezien de zware toetsingsnorm.[193] Werken met een besluitvormingsmodel op sociocratische

188 Jan de Jonge, Arthur Hol en Bart de Lange (2014), *Medezeggenschap in beweging, veranderende organisaties en de rol van de ondernemingsraad*, OR in bedrijf thema, OR informatie Alphen aan den Rijn: Vakmediamet, p. 31 e.v.

189 www.ser.nl/nl/actueel/congressen/2013/20131001-medezeggenschap.aspx. De ondernemingen VanBoeijen, Ormit, ABN Amro.

190 www.ser.nl/nl/actueel/congressen/2014/20140911-meedoen-medezeggenschap.aspx. De ondernemingen DSM, Siza, Dimence en gemeente Almere.

191 R.H. van het Kaar, 'Moderne vormen van medezeggenschap', *Inzicht in de ondernemingsraad editie 2016*, Den Haag: SDU Uitgevers, bijlage 1, p. 367-370.

192 'Stilstaan of bewegen? AWVN-onderzoek naar vernieuwing in de medezeggenschap', *OR Informatie* 3, maart 2014, p. 10-12.

193 www.ser.nl/nl/taken/bestuurlijke/orenmedezeggenschap/ontheffingorplicht.aspx.

leest geschoeid is een reden om vrijstelling te verkrijgen. Medezeggenschap van het personeel is dan onderdeel van de zeggenschap geworden.[194] [195]

Dit wil niet zeggen dat er in de praktijk niet wordt geëxperimenteerd met andere modellen door daar afspraken met OR, personeel en/of vakbonden over te maken. Dit gebeurt enerzijds door de voldoende ruimte die de WOR hiervoor geeft creatief te benutten,[196] maar anderzijds ook door vormen van medezeggenschap die buiten het wettelijk kader van de WOR worden ingericht. Wanneer dat een model betreft zonder OR en zonder vrijstelling van de SER, valt dit buiten de mogelijkheden van de WOR. Zo heeft veel aandacht gekregen de medezeggenschap bij GGZ Limburg. Daar werd de OR in de ijskast gezet en gewerkt met een Raad voor de Medezeggenschap, gekozen uit het personeel, die in overleg met de bestuurder de besluitvormingstrajecten in kaart bracht en bepaalde welke personeelsleden bij het overleg en de besluitvorming daarover betrokken zouden worden.[197] Een verzoek tot vrijstelling bij de SER heeft men uiteindelijk niet doorgezet. Probleem met dergelijke vormen van medezeggenschap is dat de regeling vaak te zeer gebaseerd is op een "goedweer-model". Als iedereen bereid is in het overleg te komen tot consensus kan dit goed werken. Op het moment dat die bereidheid afneemt, bijvoorbeeld doordat er een andere bestuurder komt die anders tegen medezeggenschap aankijkt, er nieuwe werknemers actief worden in de medezeggenschap die er anders tegen aankijken of de vakbonden zich melden, is het de vraag of dergelijke modellen standhouden. Het ontbreekt vaak aan een duidelijk "slecht-weer-scenario". De geschillenregelingen in de WOR bieden een helder kader waardoor eenieder weet wat de (grenzen van de) bevoegdheden van de verschillende actoren in het medezeggenschapsoverleg zijn op een moment dat er sprake is van meningsverschillen. Tevens hebben de termijnen die opgenomen zijn in de geschillenregelingen als functie ervoor te zorgen dat uitvoering van

194 Omdat de SER zelf om onbegrijpelijke redenen zijn beslissingen op een ontheffingsverzoek niet openbaar maakt, ook niet in geanonimiseerde versie, moet de informatie over de beslissingen van de SER uit andere bronnen worden afgeleid. Zie bijv. www.sociocratie.nl/resultaten-en-praktijkervaringen/praktijkervaringen/kinderopvang/ser-geeft-ontheffing-aan-hbn-2/.

195 Bijv.: Het Buitenschoolse Net www.ornet.nl/Home/Nieuws/2014/6/Kinderopvangorganisatie-vrijgesteld-van-OR-1538321W/.

196 'Stilstaan of bewegen?' a.w. p. 11.

197 www.orinformatie.nl/2010/03/verzet-tegen-ontheffingsverzoek-or-plicht-ggz-nml/.

besluitvorming niet (onnodig) lang opgeschort behoeft te blijven. In de modellen met een Raad voor de Medezeggenschap is het terugvalscenario vaak alleen als noodoptie aanwezig: namelijk terugvallen op de WOR en weer een OR instellen. Dit is geen bruikbaar instrument voor (kleinere) meningsverschillen.

Binnen de kaders van de WOR blijvend zijn er echter veel meer mogelijkheden om de behoefte om personeel op andere wijze bij de besluitvorming te betrekken te realiseren, maar dan wel onder (eind)verantwoordelijkheid van de ondernemingsraad.[198] Zo kan gewerkt worden met een kleinere OR aangevuld met commissies (permanent of ad hoc) en werkgroepen. De WOR biedt hiervoor ruimte. Met toestemming van de ondernemer kan de OR een afwijkend aantal zetels vaststellen.[199] Er kunnen verschillende commissies (onderdeelcommissie, vaste commissie, voorbereidingscommissie) worden ingesteld. De commissieleden hoeven niet altijd allemaal OR-lid te zijn.[200] Over werkgroepen, themagroepen, projectgroepen e.d. bevat de WOR geen voorschriften. Hierin kunnen OR-leden zitten maar ook andere medewerkers die mee willen denken met de OR in het algemeen of op specifieke onderwerpen en dat al dan niet vooraf hebben aangegeven. Nadere afspraken over een nieuwe opzet voor inrichting van medezeggenschap kunnen in een ondernemingsovereenkomst worden vastgelegd.[201]

In dat kader wordt wel gesproken over het wijzigen van de rol van de OR richting een regierol om aan medezeggenschapszijde te regisseren wie, waarover en binnen welk tijdsbestek vanuit het personeel een rol speelt bij het overleg met de bestuurder/management en de voorbereiding van de standpunten van de OR.

Enkele voorbeelden van ondernemingen die binnen de WOR-kaders met een nieuwe opzet voor medezeggenschap zijn gaan werken, zijn ABN Amro, PGGM, Stedin, Eneco en Dimence. Bij ABN Amro en PGGM is gekozen voor kleinere OR'en (kern- of regie-OR) aangevuld met participanten, medewerkers die vooraf hebben aangegeven bij te willen dragen

198 R.H van het Kaar, 'Moderne vormen van medezeggenschap', *Inzicht in de ondernemingsraad*, editie 2016, bijlage 1, p. 367-370 geeft een overzicht van mogelijkheden daartoe binnen de kaders van de WOR.
199 Zie art. 6 lid 1 WOR.
200 Zie art. 15 WOR.
201 Art. 32 lid 2 WOR.

aan specifieke onderwerpen.[202] Stedin en Eneco werken met een netwerkende OR, waarbij de (kleine) OR per onderwerp medewerkers vraagt mee te denken.[203] Zorginstelling Dimence is gaan werken met zelfsturende teams. De OR is meer een strategische rol en een projectmatige rol gaan vervullen die kaders biedt voor deze teams.[204]

Wanneer echter in het gekozen medezeggenschapsmodel keuzes worden gemaakt die in strijd zijn met het bepaalde in de WOR, dan loopt de ondernemer het risico dat iedere belanghebbende, waaronder ook een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wiens contract afloopt, aan de kantonrechter de vraag kan voorleggen of het medezeggenschapsmodel niet in strijd is met de wet.[205] Dit zou anders kunnen worden indien in de WOR ruimere kaders worden geboden voor maatwerk, waarbinnen ondernemingsovereenkomsten of cao-afspraken over de vormgeving van de medezeggenschap kunnen worden gemaakt.[206]

Toekomst

Wil medezeggenschap op grond van de WOR blijvend kunnen aansluiten bij de veranderende arbeidsverhoudingen en organisatiestructuren, dan is wenselijk dat meer mogelijkheden voor maatwerk worden geboden. In dit kader kan nagegaan worden waar de WOR al voldoende ruimte biedt en waar zich knelpunten voordoen. Dat laatste is mogelijk het geval bij zittingsduur van een OR – voor bijvoorbeeld flexwerkers is twee, drie of vier jaar vaak te lang – wijze van samenstellen van een OR – de WOR gaat uit van verkiezing van de leden – en bij stapeling van lidmaatschap van verschillende medezeggenschapsorganen – OR-leden kunnen zowel zitting hebben in OR-commissies als in een GOR of COR.

202 A. Hol,, B de Lange,: 'Hoe pakken ABN Amro, PGGM en gemeente Dronten het aan?: de participatiepraktijk', *OR informatie*, 40 (2014) 5 (mei), p. 26-29.

203 M, Genova, 'Nieuw: de netwerk-OR: 'een ondernemingsraad van zestig man', *Praktijkblad Ondernemingsraad*, 35 (2013) 7/8 (juli/augustus), p. 14, 16-17.

204 www.ser.nl/nl/actueel/congressen/2014/20140911-meedoen-medezeggenschap.aspx.

205 Ktr. Utrecht 31 augustus 2012, *JAR* 2012/255 (wkn/Ormit).

206 B. van Els, C.E. Dingemans, C. Nekeman, I. Zaal, K. Hakvoort, K. Wiersma en S. Geelkerken, 'De ondernemingsovereenkomst ex art. 32 lid 2 WOR – suggesties voor verheldering', opgenomen in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer 2014, Geschriften VvA 42, p. 229 e.v.

Het zou goed zijn indien bij de discussie over een toekomstbestendige WOR onderscheid gemaakt wordt tussen verschillende aspecten die in de WOR worden geregeld:

1. bepalingen over de vormgeving en inrichting van de medezeggenschap en de verkiezing van leden daarvan;
2. de faciliteiten en de rechtspositie van degenen die bij de medezeggenschap zijn betrokken;
3. de bevoegdheden van de ondernemingsraad; en
4. de geschillenregelingen.

Er is in het verleden discussie gevoerd over het loslaten van de WOR als een minimumregeling. Van der Heijden heeft bijvoorbeeld gepleit voor adaptief medezeggenschapsrecht vergelijkbaar aan het OR-model.[207] In het wetsontwerp Wet Medezeggenschap Werknemers werd ook de mogelijkheid gecreëerd om bij overeenkomst af te wijken van bij wet toegekende bevoegdheden aan de OR. Een probleem dat naar boven kwam was dat het dan wel vereist is om in de wet het behoud van de minimumnormen van de Europese informatie en consultatierichtlijn[208] te borgen. Er moeten dan twee niveaus van bevoegdheden beschreven gaan worden in de wet.

Als wij kijken naar de ontwikkelingen zoals in deze bijdrage geschetst hebben wij het idee dat het probleem niet zozeer ligt bij de hierboven onder 3 en 4 opgesomde onderdelen van de WOR, maar met name bij de 1e en in de mindere mate bij het 2e. Het zou daarom van dienst kunnen zijn om met name ten aanzien van de vormgeving, inrichting en verkiezing van medezeggenschap meer ruimte te beiden om bij cao of ondernemingsovereenkomst af te wijken van het wettelijk kader. Dat biedt de medezeggenschapspraktijk meer ruimte om in te spelen op geschetste ontwikkelingen.

Concluderend stellen wij vast dat de beantwoording van onze vraag is dat het adaptief vermogen van de WOR groot is en de WOR al veel ruimte biedt voor maatwerk van de medezeggenschap. Daarbij is het goed voorlichten van de ondernemingsraden aangaande hun verantwoordelijkheid naar de flexibele schil al een stap die betere medezeggenschap voor deze

207 P.F. van der Heijden, 'Adaptief Medezeggenschapsrecht', opgenomen in Loon, C.J. e.c, (red.), *Arbeidsrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 235-250.
208 Richtlijn 2002/14/EG.

flexibele schil zal betekenen. Op elementen is echter renovatie van de WOR nodig om de flexibele schil een betere plaats te bieden in de medezeggenschap.

5.5.5 Aanbevelingen

Op grond van bovenstaande komen wij tot de volgende aanbevelingen. Uitgangspunt hierbij is de doelstelling van de WOR is of zou moeten zijn dat medezeggenschapsrechten toekomen aan degenen die (min of meer structureel) betrokken zijn bij de werkzaamheden van de onderneming en daarbinnen werkzaam zijn.

1. Benut de mogelijkheden die de huidige bepalingen in de WOR kennen, om medezeggenschap voor mensen werkzaam in een flexibele arbeidsrelatie beter in te richten. In het bijzonder wordt hierbij gewezen op:
   - de mogelijkheden genoemd in art. 6 lid 4 WOR – ondernemer en OR kunnen gezamenlijk besluiten de kring van "in de onderneming werkzame personen" uit te breiden met groepen van personen die anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst met de onderneming regelmatig in de onderneming werkzaamheden verrichten;
   - de mogelijkheid genoemd in art. 6 lid 5 WOR – OR kan in zijn reglement andere (kortere) termijnen stellen voor actief en/of passief kiesrecht dan de in art. 6 lid 2 en 3 genoemde termijnen;
   - de mogelijkheid genoemd in art. 32 WOR – bij schriftelijke overeenkomst tussen ondernemer en OR kunnen aanvullende voorschriften over toepassing van het bepaalde in de WOR worden gegeven;
   - de ruimte die de WOR biedt om praktisch organisatorische maatregelen te treffen zoals bijvoorbeeld het aanwijzen van een verantwoordelijk persoon binnen de OR voor aangelegenheden die mensen met flexibele arbeidsrelaties in de onderneming betreffen, het laten participeren van mensen werkzaam in een flexibele arbeidsrelatie in een commissie ex art. 15 WOR, het bieden van een tijdelijke uitbreiding van contracturen ten behoeve van OR-werk aan werknemers met een klein parttimecontract.

2. Pas een aantal bepalingen in de WOR aan om mensen werkzaam in een flexibele arbeidsrelatie meer bij medezeggenschap te betrekken. In het bijzonder wordt hierbij gedacht aan:
   - heroverwegen van de termijn van 24 maanden genoemd in art. 1 lid 3 onder a WOR nu deze termijn niet aansluit bij enerzijds de gemiddelde duur van een uitzendovereenkomst en anderzijds het uitgangspunt dat iedereen die min of meer structureel in een onderneming werkt medezeggenschap zou moeten hebben;
   - de bepaling van art. 6 lid 5 WOR maken tot de hoofdregel – dat betekent dat dan een OR vrij is in zijn reglement de termijnen voor actief en voor passief kiesrecht te bepalen – en het bepaalde in art. 6 lid 2 en 3 WOR omvormen tot de vangnetregeling voor het geval de OR geen termijnen voor actief en passief kiesrecht heeft opgenomen in zijn reglement;
   - het wettelijk faciliteren van een of meerdere kwaliteitszetel(s) in de OR voor mensen werkzaam in een flexibele arbeidsrelatie, bijvoorbeeld door wettelijk de ruimte te creëren dat voor de vervulling van deze zetel(s) de OR in zijn reglement afwijkende regels mag opnemen dan gelden voor reguliere zetels – bijvoorbeeld ten aanzien van zittingsperiode of wijze van uitgekozen worden als vertegenwoordiger. Verruim de mogelijkheden voor een OR om in het reglement andere regels op te nemen voor de vervulling van tussentijdse vacatures, waarbij benoeming door de OR ook mogelijk zou kunnen worden. Hierdoor wordt het ook makkelijker mogelijk om een vrijgekomen plaats in de OR door een flexkracht in te laten vullen.

HOOFDSTUK 6

TERUGBLIK OP TWINTIG JAAR GELIJKE BEHANDELING: DRIE DEELGEBIEDEN IN EEN STROOMVERSNELLING

6.1 Arbeidsrecht en maatmanbeeld[1]

6.1.1 Inleiding

Eén van de hoofdstukken uit *Arbeidsrecht en Mensbeeld* is van de hand van Asscher-Vonk. Zij haalt een rapport aan van de Stichting van de Arbeid (STAR) uit 1946. In dat rapport, zo schrijft Asscher-Vonk,

> "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 de vijftig jaar sinds de STAR dit opschreef is veel veranderd, zo merkt Asscher-Vonk op, alleen al op wetgevingsgebied: ILO-verdrag 100, EG-Verdrag, Richtlijnen 75/117/EEG en 76/207/EEG, Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB) en art. 1637ij (oud) BW.[3] Maar wat is er veel veranderd in de twintig jaar sinds Asscher-Vonk schreef.

Asscher-Vonk stelde zich tot taak na te gaan of de Nederlandse wetgeving op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zoals die in 1996 gold "voldoende is toegerust om haar verschillende taken te kunnen vervullen".[4] Asscher-Vonk had daarbij twee taken in gedachten.

---

1 Frank Dekker is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag en Peter Vas Nunes is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

2 I.P. Asscher-Vonk, 'Tekorten van de wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal en W. Zeijlstra (red.), *Arbeidsrecht en mensbeeld*, Deventer: Kluwer 1996, p. 84.

3 Asscher-Vonk maakt vreemd genoeg geen melding van de Awgb uit 1994.

4 Asscher-Vonk, a.w., p. 85.

Enerzijds diende die wetgeving ertoe Richtlijn 75/117/EEG over gelijke beloning (niet: gelijke behandeling) van mannen en vrouwen te implementeren. Asscher-Vonk meende dat de WGB in twee opzichten niet in overeenstemming met die richtlijn was:

1. Het was onduidelijk of verschillende flexibele arbeidsrelaties waarin vooral vrouwen werkten, zoals thuiswerk, oproeparbeid en freelancewerk, kwalificeerden als een "arbeidsovereenkomst" in de zin van art. 1637a (thans 7:610) BW of als iemand die onder gezag van een ander arbeid verricht als bedoeld in de WGB (thans art. 1c).
2. Bij de maatmanvergelijking van de WGB kunnen volgens de tekst van die bepaling slechts maatmensen worden betrokken die werkzaam zijn in dezelfde "onderneming" (dus niet: in dienst van dezelfde werkgever).

Anderzijds hadden de WGB en art. 1637ij (oud) BW volgens Asscher-Vonk tot taak gelijke posities van mannen en vrouwen bij de arbeid te bevorderen. Ook op dit vlak signaleerde Asscher-Vonk een tekortkoming:

3. Vooral bij mogelijke indirecte discriminatie doen zich problemen voor die samenhangen met de eis dat vergeleken moet worden met een persoon van de andere kunne, in dienst van dezelfde werkgever.

Gebrek 1 doet zich anno 2016 niet (meer) voor. Het zal zelden voorkomen dat een rechter een arbeidsverhouding niet vindt vallen onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving. Gebrek 2 heeft zich voorts in de praktijk opgelost door een ruime uitleg van het begrip "onderneming". Waar de regering op 14 februari 1997 nog aankondigde de WGB ter zake te zullen aanpassen,[5] zag zij daar per brief van 8 mei 2000 van af omdat de rechtspraktijk daar – door de bedoelde ruime uitleg – inmiddels geen behoefte meer aan had.[6] Wij willen het daarom niet hebben over de door Asscher-Vonk genoemde gebreken 1 en 2.

Over gebrek 3 valt daarentegen het nodige te zeggen. Het heeft te maken met de regeling van art. 7-9 WGB. Wij stellen voor het geheel van deze drie artikelen aan te duiden als "de WGB-loonparagraaf".[7] Met Asscher-Vonk menen wij dat deze regeling niet geschikt is om vormen van indirect

5 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 006, nr. 9, p. 6.
6 Brief van 8 mei 2000, *Kamerstukken II* 1999/00, 27 099, nr. 1, p. 13.
7 Deze artikelen waren oorspronkelijk opgenomen in de Wet gelijk loon voor vrouwen en mannen. Die wet is in 1989 opgegaan in de WGB.

geslachtsonderscheid bloot te leggen. De oorzaak van deze tekortkoming is volgens ons dat de WGB-loonparagraaf uitgaat van wat wel wordt genoemd een "paarsgewijze vergelijking" en een "groepsgewijze vergelijking" niet lijkt toe te staan.

Daarnaast doet zich met betrekking tot de WGB-loonparagraaf nog een niet door Asscher-Vonk gesignaleerd "probleem" voor. Wij doelen hier op het feit dat toepassing van de WGB-loonparagraaf tot de conclusie geslachtsdiscriminatie kan leiden in gevallen waarin daarvan helemaal geen sprake is.

6.1.2 Twee casus

Wij werken deze twee tekortkomingen aan de hand van twee casus nader uit, die wij nu alvast schetsen, maar waarop wij pas later weer terugkomen.

Casus 1
Het personeelsbestand van drukkerij A B.V. bestaat uit tien (onderling uitwisselbare) technici, allen man, en tien (onderling uitwisselbare) administratief medewerkers, allen vrouw. Het werk van de technici is anderhalf keer zwaarder dan dat van de administratief medewerkers. De technici verdienen daarom € 3.000 tegenover € 2.000 per maand voor ieder van de administratief medewerkers. Daarnaast nemen de technici deel aan een door de werkgever bekostigde pensioenregeling. Voor de administratief medewerkers is er geen pensioenregeling.

Casus 2
Het personeelsbestand van drukkerij B B.V. bestaat uit tien (onderling uitwisselbare) technici en tien (onderling uitwisselbare) administratief medewerkers. Het werk van de technici heeft objectief bezien dezelfde waarde als dat van de administratief medewerkers. Toch verdienen de technici anderhalf keer zoveel als de administratief medewerkers, namelijk € 3.000 tegenover € 2.000 per maand.[8] Van de technici is de helft man, de helft vrouw. Ook de administratief medewerkers bestaan voor de helft uit mannen en voor de helft uit vrouwen. Er bestaan geen beloningsverschillen binnen de groepen.

8 Bij toepassing van een deugdelijke functiewaarderingssysteem zou dit niet mogelijk moeten zijn. Het is voor de casus echter een gegeven.

6.1.3 *Gelijke behandeling*

Het gaat te ver hier uit te leggen wat "(on)gelijk behandelen" inhoudt, zo dat al doenlijk zou zijn. Wij volstaan met een weergave van de aan Aristoteles toegeschreven definitie: het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van ongelijkheid moeten worden behandeld. In de praktijk gaat het met name om de eerste variant: gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld. De tweede variant is een stuk lastiger aan te tonen. Dat is nog te doen wanneer twee ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Maar hoe toont men aan dat twee ongelijke gevallen weliswaar ongelijk maar niet naar de mate van ongelijkheid worden behandeld? Wij concentreren ons in deze bijdrage daarom op de situatie waarin twee gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.

Zoals voormelde definitie laat zien vergt onderzoek naar de vraag of sprake is van onderscheid dat een persoon wordt vergeleken met een of meer anderen. Van ongelijke behandeling is dan sprake wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: (i) de vergeleken personen verkeren in gelijk(waardig)e posities (zijn "gelijke gevallen"); en (ii) de vergeleken personen worden verschillend behandeld.

Zoals bekend zijn er twee manieren om iemand ongelijk te behandelen: direct en indirect. Een voorbeeld van directe discriminatie is dat een vrouwelijke werknemer minder verdient dan een mannelijke collega omdat zij een vrouw is of vanwege een eigenschap – zoals zwangerschap – die onlosmakelijk aan haar geslacht is verbonden. Een voorbeeld van indirecte discriminatie is dat in een bedrijf de deeltijders per gewerkt uur minder verdienen dan de voltijders, terwijl het gros van de deeltijders vrouw en de meerderheid van de voltijders man is.[9] Nu kan voor deze indirecte ongelijke behandeling een goede reden – een zogenaamde "objectieve rechtvaardiging" – bestaan, maar dat zal de werkgever wel moeten aantonen. Hij zal in het zojuist gegeven voorbeeld aannemelijk moeten maken (i) dat het beloningsverschil een legitiem doel nastreeft (bijvoorbeeld: voltijders hebben het per gewerkt uur zwaarder en moeten daarvoor worden gecompenseerd); en

9 Ontleend aan HvJ EG 31 maart 1981, C-96/80, *NJ* 1982/419 (Jenkins). In die zaak trachtte de werkgever het verschil in uurloon o.a. te rechtvaardigen met de noodzaak een duur machinepark maximaal te benutten. NB: in dit van voor de WOA daterend voorbeeld kan sprake zijn van direct onderscheid in de zin van art. 7:648 BW.

(ii) dat het betalen van een hoger uurloon een geschikte manier is om dat zwaardere werk te compenseren; en (iii) dat het hogere uurloon ook noodzakelijk is om die compensatie te bieden (dus voldoende maar ook niet méér dan voldoende). Lukt het de werkgever dit alles aannemelijk te maken dan is het beloningsverschil objectief gerechtvaardigd, anders niet.

6.1.4 Groeps- en paarsgewijze vergelijking

Er zijn twee manieren om te onderzoeken of sprake is van (on)gelijke beloning. De meest gebruikelijke is om een onderzoeksmethode toe te passen die ook wel bekend staat als "groepsgewijze vergelijking". Stel dat in een organisatie de pensioenregeling alleen openstaat voor voltijders. In dat geval wordt de groep deeltijders achtergesteld en als deze groep in tegenstelling tot de voltijders overwegend uit vrouwen bestaat, dan hebben we te maken met indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen. Dat is verboden, tenzij het objectief is gerechtvaardigd. In dit voorbeeld kan een benadeelde vrouw redeneren: ik behoor tot de achtergestelde groep (deeltijders) en op die grond een vordering uit onrechtmatige daad instellen.

Een andere manier van redeneren is dat een individu (bijvoorbeeld een vrouw) een ander individu (bijvoorbeeld een man) aanwijst die werk doet dat volgens objectieve normen niet waardevoller is maar die toch méér verdient. Deze methode van "paarsgewijze vergelijking" (ook wel: de maatmanmethode) vinden we in de WGB-loonparagraaf, die hieronder deels is geciteerd:

> Art. 7 lid 1: "Bij de toepassing van artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt (...) met betrekking tot het loon uitgegaan van het loon dat in de onderneming waar de werknemer in wiens belang de loonvergelijking wordt gemaakt werkzaam is, door een werknemer van de andere kunne voor arbeid van gelijke waarde dan wel, bij gebreke daarvan, voor arbeid van nagenoeg gelijke waarde pleegt te worden ontvangen."
>
> Art. 8: "Voor de toepassing van artikel 7 wordt arbeid gewaardeerd volgens een deugdelijk stelsel van functiewaardering, waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het stelsel dat gebruikelijk is in de onderneming waarin de belanghebbende werknemer werkzaam is. Bij gebreke van een zodanig stelsel wordt de arbeid, gelet op de beschik-bare gegevens, naar billijkheid gewaardeerd."

> Art. 9 lid 1: "Voor de toepassing van artikel 7 wordt het loon van de belanghebbende werknemer geacht gelijk te zijn aan het loon dat een werknemer van de andere kunne voor arbeid van gelijke waarde pleegt te ontvangen, indien het is berekend op grondslag van gelijkwaardige maatstaven."

Deze drie artikelen worden ook wel zo uitgelegd dat een werknemer die een vordering baseert op de WGB-loonparagraaf (slechts) drie stappen hoeft te zetten – maar ook moet zetten – om zijn of haar vordering toegewezen te krijgen.

stap 1: Het werk dat ik doe heeft (ten minste) dezelfde waarde als dat van X, mijn maatpersoon van het andere geslacht.
stap 2: X verdient méér dan ik.
stap 3: Mijn werkgever heeft niet aangetoond dat het loon van X is berekend volgens dezelfde (of gelijkwaardige) maatstaven als het mijne.

Doorloopt de eiser deze drie stappen met succes dan zou hij volgens deze uitleg aanspraak hebben op verhoging van het loon tot het niveau van de maatpersoon. Deze bijdrage beoogt de hier bedoelde uitleg van de WGB-loonparagraaf aan een kritische analyse te onderwerpen.

6.1.5 De oorsprong van de WGB-loonparagraaf

Sommige uitspraken en sommige schrijvers zetten de groepsgewijze methode van vergelijken tegenover de paarsgewijze methode alsof het om twee volledig verschillende methoden zou gaan. Als voorbeeld kan dienen de annotatie van Van den Berge onder een arrest van het Hof 's-Gravenhage van 21 december 2010:

> "Ter beoordeling van gelijkloonzaken wordt in de literatuur wel gesproken van een tweesporenbeleid. Het zogenaamde arbeidsvoorwaardenspoor bij indirecte discriminatie en het individuele gelijkloonspoor van art. 7-9 Wgb bij directe discriminatie. In onderhavige zaak heeft het Hof beide sporen moeten volgen.
>
> *Beoordeling van vermeende indirecte discriminatie*
> Bij de toetsing van indirecte discriminatie moet een groepsgewijze vergelijking plaatsvinden. Aangetoond moet worden, veelal aan de hand van statistisch materiaal, dat vrouwelijke werkneemsters in gelijkwaardige functies als de mannelijke

> groep werknemers onevenredig benadeeld worden door een ogenschijnlijk neutrale maatstaf of praktijk. Is dit het geval dan kan dit een vermoeden van indirecte discriminatie opleveren, welk vermoeden door de werkgever weerlegd kan worden. (...)
>
> *Beoordeling van vermeende directe discriminatie*
> Bij de toetsing van directe discriminatie naar geslacht bij de beloning wordt de individuele maatmanvergelijking van art. 7 Wgb toegepast. Dit houdt in dat een vergelijking tussen één man en één vrouw plaats moet vinden. Nadat werkneemster een maatman heeft aangewezen die volgens haar arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde verricht en een hogere beloning ontvangt (vgl. CGB oordeel 2010-79, r.o. 3.4) is het aan de rechter te oordelen of dit daadwerkelijk het geval is. Indien directe discriminatie wordt geconstateerd is er geen rechtvaardiging mogelijk en is er aanleiding de loonvordering toe te wijzen."[10]

Het bestaan van deze twee sporen is historisch te verklaren. Het EG-Verdrag bevatte vanaf zijn totstandkoming in 1957 een bepaling over gelijke beloning van mannen en vrouwen. De bepaling (destijds art. 119, in 1999 in aangepaste vorm hernummerd tot art. 141 EG-Verdrag en sinds 2009 art. 157 VWEU) was algemeen geformuleerd:

> "Iedere Lid-Staat verzekert (...) de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid.
> (...)
> Gelijkheid van beloning zonder onderscheid naar kunnen houdt in:
> a) dat de beloning voor gelijke arbeid in stukloon wordt vastgesteld op basis van een zelfde maatstaf,
> b) dat de beloning voor arbeid in tijdloon dezelfde is voor een zelfde functie."

Deze bepaling werd in 1975 nader uitgewerkt in Richtlijn 75/117/EEG. Volgens art. 1 van deze richtlijn houdt het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen in "dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend ieder onderscheid naar kunne wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning". Nederland implementeerde de richtlijn in 1975 met de WGL en met de instelling van een Commissie Gelijk Loon voor vrouwen en mannen. Op 15 maart 1980 kwam er naast de WGL, ter implementatie van een tweede richtlijn, nu op het gebied van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Richtlijn 76/207/EEG), de WGB, en ging de genoemde commissie op in de Commissie Gelijke Behandeling bij de arbeid, de voorloper

10 Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, *JAR* 2011/71, m.nt. Van den Berge.

van de latere Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en het huidige College voor de Rechten van de Mens (het College). Tegelijk werd in het BW een bepaling over gelijke behandeling voor mannen en vrouwen ingevoerd, het toenmalige art. 1637ij (de voorloper van het huidige art. 7:646 BW). Zodoende werd in 1980 in de wetgeving onderscheid geïntroduceerd tussen gelijke beloning en gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Weliswaar werd de WGL in 1989 in de WGB geïncorporeerd, maar binnen die wet is nog steeds een afzonderlijk onderdeel ingeruimd voor gelijke beloning met het opschrift "Gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde" (paragraaf 2, art. 7-12). Toen in 1994 de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) tot stand kwam bleef de WGB daarnaast bestaan als *lex specialis*.

De zojuist geschetste wetgevingsgeschiedenis is helaas ingewikkeld. Wij schetsten haar om te laten zien hoe twee benaderingen van de problematiek van loondiscriminatie tussen mannen en vrouwen enerzijds samenkwamen, maar anderzijds toch een eigen leven zijn blijven leiden:[11]

- de benadering via paarsgewijze vergelijking, die via art. 119 Richtlijn 75/117/EEG over gelijke beloning en de WGL terechtkwam in paragraaf 2 van de huidige WGB;
- de benadering via groepsgewijze vergelijking, die via Richtlijn 76/207/EEG over gelijke behandeling van mannen en vrouwen terechtkwam in het huidige art. 7:646 BW en paragraaf 1 van de WGB.

Te vermelden valt nog dat in 2006 de Richtlijnen 75/117/EEG en 76/207/EEG (tezamen met enkele andere richtlijnen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen) werden samengevoegd in de huidige Richtlijn 2006/54/EG. Ook in die richtlijn zijn echter gelijke beloning en gelijke behandeling in afzonderlijke hoofstukken geregeld.

6.1.6 Toepassing WGB-loonparagraaf op de casus

Het is tijd terug te keren naar de twee eerder geschetste casus. Wij beantwoorden de vraag of sprake is van onderscheid eerst "intuïtief" en vervolgens aan de hand van de WGB-loonparagraaf.

11 Noch Richtlijn 75/117 noch Richtlijn 76/207 dwingt tot de ene of de andere vergelijkingsmethode. Het verschil tussen paragraaf 2 van de WGB (paarsgewijze vergelijking) en paragraaf 1 (dat geen methode vermeldt) lijkt een specifiek Nederlandse uitwerking te zijn.

Oplossing casus
Het intuïtieve antwoord voor casus 1 luidt dat sprake is van indirect onderscheid naar geslacht. Deelname in de pensioenregeling van drukkerij A is immers voorbehouden aan de technici en staat niet open voor de administratief medewerkers, terwijl het technisch personeel louter uit mannen en het administratief personeel enkel uit vrouwen bestaat. Toepassing van de WGB-loonparagraaf leidt evenwel niet tot de conclusie dat sprake is van onderscheid. Doordat het technische werk zwaarder is dan het administratieve werk, is een paarsgewijze vergelijking niet mogelijk. Art. 7 WGB eist immers dat sprake is van gelijk(waardig)e arbeid. De WGB-loonparagraaf schiet aldus tekort.

Voor casus 2 luidt het intuïtieve antwoord dat niet sprake is van geslachtsdiscriminatie. Mannelijke en vrouwelijke technici verdienen immers hetzelfde, net als mannelijke en vrouwelijke administratief medewerkers. Ook per saldo is niet sprake van onderscheid: alle technici (vijf mannen, vijf vrouwen) verdienen immers evenveel en voor de administratieve medewerkers (5 + 5) geldt hetzelfde; anders gezegd, zowel mannen als vrouwen verdienen bij drukkerij B gemiddeld € 2.500 per maand. Toepassing van de WGB-loonparagraaf leidt opnieuw echter tot een tegengestelde conclusie. Aangezien het werk van de technici en de administratief medewerkers (objectief bezien) evenveel waard is, kan een vrouwelijke administratief medewerker zich vergelijken met een mannelijke technicus, waarna de slotsom is dat de vrouw minder verdient dan de man (€ 2.000 tegenover € 3.000). De werkgever zal vervolgens moeten aantonen dat hij zich bij het vaststellen van het loon voor beide functies van gelijkwaardige maatstaven heeft bediend.

Analyse
Vanwaar nu dit verschil tussen de intuïtieve antwoorden en de WGB-loonparagraaf? De oorzaak daarvan is volgens ons tweeledig.

In de eerste plaats geldt dat een vergelijking tussen twee individuen naar zijn aard niet geschikt is om indirect onderscheid aan het licht te brengen. Een dergelijke vergelijking legt alleen de directe oorzaak van een verschil in behandeling bloot. Daarvoor is dan echter wel vereist dat die vergelijking zuiver wordt toegepast: de twee individuen mogen slechts op één punt van elkaar verschillen. Als de maatman in zo'n geval anders wordt behandeld, is dat ene verschil daarvan de oorzaak. Is die oorzaak een benoemde discriminatiegrond (zoals geslacht, ras, religie, etc.) dan is sprake

van direct onderscheid. Bij indirect onderscheid gaat het echter om een niet benoemde oorzaak/grond, die per saldo vooral leden van een bepaalde groep benadeelt. Om dit vast te stellen is per definitie een groepsgewijze vergelijking nodig.

In casus 1 is de directe oorzaak van het verschil in behandeling de functie. Dit is aan te tonen met een maatmanvergelijking. Een vergelijking tussen een vrouwelijke administratief medewerker en een mannelijke technicus is daarvoor echter niet geschikt. In dat geval is weliswaar sprake van een verschil in behandeling (de vrouw bouwt geen pensioen op en de man wel), maar tussen de vergeleken personen bestaan drie verschillen: (i) geslacht; (ii) functie; en (iii) hoogte van het loon. Elk van deze drie verschillen kan de oorzaak van het verschil in behandeling zijn. Om boven water te krijgen welke het is, moet een serie paarsgewijze vergelijkingen worden uitgevoerd, waarbij het verschil tussen de twee te vergelijken werknemers steeds tot één wordt teruggebracht. Het kan zijn dat voor deze vergelijking een hypothetische maatman moet worden gekozen:

- verschil in geslacht: vrouwelijke administratief medewerker met een loon van € 2.000 vs. (hypothetische) mannelijke administratief medewerker met een loon van € 2.000: beide bouwen geen pensioen op, dus geen onderscheid;
- verschil in loon: vrouwelijke administratief medewerker met een loon van € 2.000 vs. (hypothetische) vrouwelijke administratief medewerker met een loon van € 3.000: beide bouwen geen pensioen op, dus geen onderscheid;
- verschil in functie: vrouwelijke administratief medewerker met een loon van € 2.000 vs. (hypothetische) vrouwelijke technicus met een loon van € 2.000: de technicus bouwt pensioen op en de administratief medewerker niet, dus onderscheid.

Deze serie maatmanvergelijkingen toont dat de directe oorzaak voor het verschil in behandeling is gelegen in de functie: technici bouwen pensioen op, administratief medewerkers niet. Direct geslachtsonderscheid is derhalve niet aan de orde. Dat van indirect onderscheid wel sprake is, wordt pas na een groepsgewijze vergelijking duidelijk. Daarvoor is nodig dat een

vergelijking wordt gemaakt tussen twee groepen die alleen van elkaar verschillen ten aanzien van hetgeen als directe oorzaak voor het verschil in behandeling is blootgelegd, in dit geval de functie. De groep administratief medewerkers moet derhalve worden vergeleken met de groep technici en dan wordt duidelijk dat het enkel aanbieden van pensioen aan de technici per saldo vrouwen benadeelt.

De tweede oorzaak voor de ontoereikendheid van de WGB-loonparagraaf is lastiger uit te leggen. Zoals gezegd, is voor het aannemen van onderscheid nodig dat sprake is van "gelijke gevallen". De WGB-loonparagraaf vertaalt dit in de eis dat de maatman "arbeid van gelijke waarde" moet verrichten. Als de arbeid van de maatman van gelijke waarde is, is sprake van gelijke gevallen en mag dus worden overgegaan tot een loonvergelijking. Is de arbeid van de maatman daarentegen niet van gelijke waarde, dan is niet sprake van gelijke gevallen en mag dus ook geen loonvergelijking plaatsvinden. De wijze waarop de WGB-loonparagraaf vervolgens, met het oog op het blootleggen van eventuele ongelijke behandeling op grond van geslacht, het loon vergelijkt kan het best worden toegelicht aan de hand van casus 2.

In casus 2 is het werk van de beide functies van gelijke waarde, zodat een vrouwelijke administratief medewerker zich mag vergelijken met een mannelijke technicus. Bij deze vergelijking is echter sprake van twee verschillen: (i) het geslacht; en (ii) de functie. Elk van beide verschillen zou een verklaring kunnen zijn voor het loonverschil. De WGB-loonparagraaf negeert het tweede verschil. Dat is juist en tegelijk onjuist. Het is juist voor zover het gaat om het vaststellen van (al dan niet) vergelijkbaarheid. Het is immers goed mogelijk om andersoortige functies – in ons voorbeeld: administratief medewerker en technicus – met het oog op loondiscrimininatie te vergelijken. Of twee situaties vergelijkbaar zijn, moet namelijk volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU niet abstract maar concreet worden onderzocht "voor de betrokken prestatie".[12] Wat hiermee wordt bedoeld kan fraai worden geïllustreerd aan de hand van het – overigens niet arbeidsrechtelijke – Arcelor-arrest.[13] In die zaak stond de EU-richtlijn ter uitvoering van het

12 Recentelijk HvJ EU 1 oktober 2015, C-432/14, *JAR* 2015/281 (O/Bio Philippe), r.o. 32, waarin het ging om de vraag of een student met een vakantiebaantje vergelijkbaar is met een "gewone" werknemer. Zie over het onderwerp van de vergelijkbaarheid P.C. Vas Nunes, 'Verschil moet er zijn', in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 253-277.

13 HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, *NJ* 2009/219 (Arcelor).

Kyoto-protocol centraal. Die richtlijn dwong Arcelor als ijzer- en staalproducent ofwel de CO_2-uitstoot te beperken ofwel dure emissierechten te kopen. Producenten van aluminium en plastic vielen niet onder de reikwijdte van de richtlijn en verkeerden daardoor in een gunstiger concurrentiepositie. Het HvJ EU stelde vast dat het doel van de richtlijn was de uitstoot van CO_2 te beperken. Aangezien in de aluminium- en plasticindustrie op dezelfde wijze CO_2 wordt uitgestoten als in de ijzer- en staalindustrie, zijn beide sectoren wat dat betreft vergelijkbaar. De richtlijn behandelde gelijke gevallen aldus ongelijk.

Dat de WGB-loonparagraaf het verschil in functie negeert is onjuist voor zover dat de oorzaak van het loonverschil buiten de vergelijking houdt. Kennelijk is de gedachte dat de functie met het oog op de beloning niet van belang is, nu het werk van gelijke waarde is. Deze gedachte heeft echter niets met geslachtsdiscriminatie te maken, maar is in wezen een erkenning van een algemeen beginsel dat arbeid van gelijke waarde ook gelijk moet worden beloond.

De oorzaak van het loonverschil in casus 2 is de functie. Dit kan worden aangetoond met een tweetal (hypothetische) maatmanvergelijkingen:

- verschil in geslacht: vrouwelijke administratief medewerker vs. mannelijke administratief medewerker: beide verdienen evenveel, dus geen onderscheid;
- verschil in functie: vrouwelijke administratief medewerker vs. vrouwelijke technicus: de technicus verdient meer, dus onderscheid.

Hoewel deze twee maatmanvergelijkingen aantonen dat het geslacht niet de oorzaak is van de ongelijke beloning (dat is immers de functie), kan een vrouwelijke administratief medewerker op grond van de WGB-loonparagraaf toch loon claimen gelijk aan dat van een mannelijke technicus. Zoals gezegd, is deze loonclaim in wezen gebaseerd op de gedachte dat gelijkwaardige arbeid gelijk behoort te worden beloond. Deze gedachte wordt in de WGB-loonparagraaf echter niet consequent doorgetrokken, nu deze paragraaf voor een loonvordering behalve een verschil in beloning tevens een verschil in geslacht vereist. De WGB-loonparagraaf lijkt daarmee op twee gedachten te hinken. Dit wordt vooral duidelijk wanneer casus 2 iets wordt aangepast. Stel dat de technici van drukkerij B allen man zijn. In dat geval kunnen de vrouwelijke administratief medewerkers een mannelijke

technicus aanwijzen en op die grond een loonvordering instellen, terwijl de mannelijke administratief medewerkers in principe met lege handen staan (een vrouwelijke technicus die als maatman kan dienen ontbreekt immers). Pas nadat een vrouwelijke administratief medewerker haar loon opgehoogd heeft gekregen naar het niveau van dat van een technicus, kan een mannelijke administratief medewerker haasje over gaan door zich te vergelijken met de bedoelde vrouwelijke administratief medewerker en zijn loon naar het niveau van het hare laten optrekken. Dit illustreert dat de WGB-loonparagraaf in wezen niet over geslachtsonderscheid gaat, maar uitdrukking geeft aan het algemene beginsel dat gelijke arbeid gelijk moet worden beloond, zij het dat dit laatste op inadequate wijze gebeurt.

Dat de WGB-loonparagraaf om meer gaat dan geslachtsonderscheid komt terug in de oordelen van het College. Een illustratief voorbeeld – één uit vele – is CGB-oordeel 2011-25. Ontdaan van allerlei hier niet relevante details en bijzonderheden ging het om een vrouwelijke arts, de verzoekster, die ongeveer gelijktijdig in dienst was getreden als een mannelijke collega die hetzelfde werk, althans werk van gelijke waarde verrichtte, maar beter werd beloond. De betrokken werkgever voerde ter rechtvaardiging van het loonverschil onder meer de volgende twee argumenten aan: (i) de man had bij zijn vorige werkgever een hoog salaris en wilde er – naar bleek in de sollicitatiefase – niet in salaris op achteruitgaan, een omstandigheid die zich ten aanzien van de verzoekster niet voordeed; en (ii) de man onderhandelde tijdens de sollicitatie, wat verzoekster niet deed. De CGB paste de WGB-loonparagraaf toe. Zij vergeleek dus (uitsluitend) paarsgewijs.

Na te hebben vastgesteld dat verzoekster en de maatman arbeid van gelijke waarde verrichtten en dat de maatman méér verdiende, was het volgens de CGB "aan verweerster om te bewijzen dat het beloningsverschil voortvloeit uit het op dezelfde wijze toepassen van gelijkwaardige en deugdelijke beloningsmaatstaven". Wij hebben de woorden "en deugdelijke" onderstreept omdat wij ons afvragen wat de wettelijke basis ervan is.

De WGB-loonparagraaf beoogt een uitwerking te zijn van art. 7:646 BW. Dat volgt uit art. 7 WGB ("[b]ij de toepassing van artikel 646 (...)") en uit het feit dat art. 8 en 9 naar art. 7 verwijzen. Art. 7:646 BW verbiedt onderscheid tussen mannen en vrouwen. Het verbiedt niet het hanteren van ondeugdelijke beloningsmaatstaven. De verweerster in deze zaak voerde dit ook aan, getuige overweging 3.23 van het oordeel:

> "Voorts heeft verweerster in algemene zin gesteld dat er slechts sprake kan zijn van een verschillende beloningsmaatstaf in de zin van artikel 9 WGB indien het verschil in de beloningsmaatstaf is terug te voeren op een onderscheid naar geslacht. (...) Verweerster stelt dat er pas sprake kan zijn van onderscheid op grond van geslacht als wordt aangetoond dat de beloningsmaatstaf zelf onderscheidmakend is."

De CGB verwerpt deze zienswijze als volgt (r.o. 3.24):

> "Artikel 9, eerste lid, WGB spreekt over het berekenen van loon op grondslag van gelijkwaardige maatstaven. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie dat de werkgever gehouden is het loon van verzoekster en de maatman vast te stellen door op hen gelijkwaardige, deugdelijke maatstaven op dezelfde manier toe te passen (...).
>
> De eis van deugdelijkheid houdt in ieder geval in dat een maatstaf voldoende objectiveerbaar is."

Ten aanzien van de beloningsmaatstaf "laatstverdiend loon" overwoog de CGB in r.o. 3.20 (argument 1):

> "dat dit zorgt voor beloningsverschillen tussen werknemers, die geen verband houden met de waarde van de arbeid van de te verrichten functie en derhalve niet als een deugdelijke beloningsmaatstaf kan gelden".

en (argument 2):

> "Bovendien zullen door toepassing van deze maatstaf eerder ontstane beloningsverschillen die het gevolg zijn van beloningsonderscheid naar geslacht, blijven voortbestaan."

Argument 1 toont dat de CGB niet alleen toetst op onderscheid naar geslacht, maar meer in het algemeen nagaat of wel sprake is van een "eerlijke" beloning.[14]

Ten aanzien van de maatstaf "onderhandeling" overwoog de CGB (r.o. 3.22):

> "Verweerster kan er niet mee volstaan te zeggen dat verzoekster beter had moeten onderhandelen, nu onderhandelingsvaardigheid voor de onderhavige functie niet relevant is en dus geen deugdelijke beloningsmaatstaf is. Evenmin kan verweerster

14 Argument 2 is wel valide: de maatstaf laatstverdiend loon is indirect onderscheidmakend op grond van geslacht.

> volstaan met te wijzen op de beweerde mindere onderhandelingspositie van verzoekster, nu deze maatstaf onvoldoende objectiveerbaar is en dus niet als een objectieve rechtvaardiging kan gelden."

Opnieuw beperkt de CGB zich niet tot nagaan of sprake is van sekseonderscheid. Blijkens de eerste zin toetst de CGB immers of de aangevoerde beloningsmaatstaf voor de voorliggende functie relevant is, los van de vraag of deze maatstaf op enigerlei wijze discriminatoir is.[15]

De CGB concludeert:

> "De Commissie oordeelt dan ook dat verweerster jegens verzoekster verboden onderscheid naar geslacht heeft gemaakt door haar voor arbeid van gelijke waarde lager te belonen dan haar mannelijke collega."
>
> [onderstreping toegevoegd, FMD en PCVN]

Hoe sympathiek deze overwegingen van de CGB ook klinken, wij vragen ons af of zij de WGB-loonparagraaf zuiver toepast. Als een onderscheid sekseneutraal is (extreem voorbeeld: roodharigen verdienen méér dan zwartharigen) dan is er geen ongelijke behandeling op grond van geslacht en dan zou men niet aan toepassing van de WGB-loonparagraaf moeten toekomen. De CGB lijkt deze conclusie te ontkrachten door te redeneren dat als een beloningssysteem ondeugdelijk is, het wordt vermoed (of zelfs geacht) seksediscriminatoir te zijn. Dit lijkt ons moeilijk houdbaar. Een zwartharige vrouw kan toch niet redeneren: ik verdien minder dan man X die rood haar heeft, haarkleur is geen deugdelijke maatstaf voor het maken van onderscheid, en dus is het beloningsverschil tussen ons te herleiden tot mijn geslacht? Al helemaal niet wanneer de rood- en zwartharigen gelijkelijk over beide geslachten in de betrokken onderneming zijn verdeeld.

---

15 De eerlijkheid gebiedt toe te voegen dat de CGB indirect, namelijk via het leerstuk dat beloningssystemen "doorzichtig" moeten zijn, wel motiveert dat een ondeugdelijk beloningscriterium tot geslachtsdiscriminatie kan leiden: "De Commissie heeft eerder geoordeeld dat het hoger inschalen van een werknemer als gevolg van onderhandelingen een ondoorzichtig beloningssysteem tot gevolg heeft. Dat brengt het risico van willekeur met zich mee. Het is daardoor niet uitgesloten dat diepgewortelde vooroordelen ten aanzien van de verschillen tussen mannen en vrouwen een rol gaan spelen bij de vaststelling van het aanvangssalaris (...). Door de onderhandelingspositie als beloningsmaatstaf te hanteren gaat verweerster er bovendien aan voorbij dat de gelijkebehandelingswetgeving een werkgever opdraagt om zijn werknemers gelijk te belonen. Verweerster kan zich niet aan deze plicht onttrekken door het aan individuele werknemers over te laten ervoor te zorgen dat zij gelijk worden beloond."

De WGB-loonparagraaf en het College gaan op dit punt verder dan art. 157 VWEU en Richtlijn 75/117/EEG eisen. Die regelingen bevatten immers niet een algemeen gebod tot gelijke beloning voor gelijk(waardig)e arbeid en ook geen gebod tot gebruik van deugdelijke beloningsmaatstaven. Zij verbieden slechts onderscheid op grond van geslacht. Wel moeten wij toegeven dat ook het HvJ EU soms verder lijkt te gaan dan enkel het bestrijden van seksediscriminatie. "Lijkt", want het HvJ EU gaat niet altijd consequent te werk en oordeelt niet altijd volgens hetzelfde stramien. Ter illustratie belichten wij twee arresten, waarbij wij ons realiseren dat het er slechts twee uit vele zijn (de rechtspraak over gelijke beloning van mannen en vrouwen is overvloedig) en dat onze selectie in zoverre iets subjectiefs heeft.

In de zaak Örebro[16] deed zich een geval voor dat in ten minste één zin vergelijkbaar is met de hierboven geschetste casus. Het beloningsonderscheid in die zaak had te maken met het feit dat de twee eiseressen en de door hen aangewezen maatman verschillende functies bekleedden (eiseressen waren vroedvrouw, de maatman was technicus). Het HvJ EG overwoog dat, ingeval de nationale rechter zou oordelen dat het werk van vroedvrouw en dat van technicus van gelijke waarde is, moet worden vastgesteld dat de vroedvrouwen lager beloond worden. Daarmee was de kous echter nog niet af. Het HvJ EG overwoog direct aansluitend namelijk:

> "Hieruit volgt dat de nationale rechter, om uit te maken of de betaling van een lager loon aan vroedvrouwen in strijd is met artikel 119 van het Verdrag, moet onderzoeken, of de beschikbare statistische gegevens erop wijzen, dat een aanzienlijk groter percentage vrouwelijke dan mannelijke werknemers als vroedvrouw werkzaam is. Zo dat het geval is, is er sprake van indirecte discriminatie op grond van geslacht, tenzij de omstreden maatregel gerechtvaardigd is door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht (...)."

Met andere woorden: het enkele feit dat werk van gelijke waarde ongelijk wordt beloond is onvoldoende om te concluderen dat dus sprake is van geslachtsonderscheid. Voor die conclusie is meer nodig.

In de zaak Brunnhofer[17] hield het Europese Hof er een andere redenering op na. Het ging om een vrouwelijke bankmedewerker die minder loon ontving dan een mannelijke collega die volgens haar werk van gelijke waarde

16 HvJ EG 30 maart 2000, C-236/98, *JAR* 2000/123 (Örebro, ook wel: JämO).

17 HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99, *JAR* 2001/159 (Brunnhofer). Zie over dit arrest P.C. Vas Nunes, 'Gelijke beloning: een verkenning aan de hand van het Brunnhofer-arrest', *ArA* 2002/1, p. 47-74.

verrichtte. Het basissalaris van beide was gelijk, maar de man ontving een hogere individuele toelage. Hoewel het HvJ EG benadrukte dat art. 119 EG-Verdrag uitsluitend die verschillen in behandeling verbiedt die op het geslacht van de betrokken werknemers berusten (r.o. 40), nam het hof vervolgens erg snel aan dat hiervan sprake was. Het overwoog:

> "60. Wanneer verzoekster in het hoofdgeding zou bewijzen dat in casu is voldaan aan de criteria om te kunnen spreken van een verschil in beloning tussen een vrouwelijke en een mannelijke werknemer en van vergelijkbare arbeid, is er een schijn van discriminatie en staat het aan de werkgever te bewijzen dat er geen inbreuk is gemaakt op het beginsel van gelijke beloning.
>
> 61. De werkgever zou daartoe kunnen betwisten dat de voorwaarden voor toepassing van dit beginsel zijn vervuld, door bijvoorbeeld met alle middelen rechtens aan te tonen dat de door beide betrokken werknemers werkelijk verrichte werkzaamheden feitelijk niet vergelijkbaar zijn.
>
> 62. Voorts zou de werkgever het gebleken verschil in beloning kunnen rechtvaardigen met objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht, door aan te tonen dat de betaling van een hogere maandelijkse toelage aan een vergelijkbare mannelijke collega van de betrokken werkneemster wordt verklaard door een verschil dat losstaat van het geslacht."

Anders dan in Örebro lijkt het hof het enkele feit dat werk van gelijke waarde ongelijk wordt beloond hier wel voldoende te vinden, althans voor het aannemen van een schijn (in Nederland zouden we zeggen: vermoeden) van discriminatie. Het is vervolgens aan de werkgever om aan te tonen ofwel dat het werk toch niet van gelijke waarde is (r.o. 61) ofwel dat het onderscheid is gerechtvaardigd op grond van objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht (r.o. 62). Op het eerste gezicht lijkt het hof de werkgever met dit laatste de mogelijkheid te bieden het vermoeden van onderscheid te ontzenuwen. Uit het vervolg van het arrest blijkt echter dat deze overweging niet zo moet worden begrepen, maar dat het HvJ EG doelt op de mogelijkheid het onderscheid objectief te rechtvaardigen:

> "66. Volgens de rechtspraak moet een verschil in de beloning van vrouwelijke werknemers ten opzichte van mannelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid in beginsel worden geacht in strijd te zijn met artikel 119 van het Verdrag en dus met de richtlijn. Dit is slechts anders wanneer het verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht (...).

> 67. Bovendien moet de door de werkgever aangevoerde grond ter verklaring van de ongelijkheid beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming, geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn (...)."

Het hof spreekt dus weliswaar van een *schijn* van discriminatie, maar het lijkt niet werkelijk mogelijk deze schijn te weerleggen door aan te tonen dat de oorzaak van het loonverschil is gelegen in iets anders dan geslacht. De werkgever kan immers slechts aantonen dat toch niet sprake is van gelijkwaardige arbeid of een verschil in beloning (hetgeen merkwaardig is, want vaststaat immers dat de werknemer juist heeft aangetoond dat hiervan wel sprake is), dan wel dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is (rechtvaardigen veronderstelt dat sprake is van onderscheid, anders valt er immers niets te rechtvaardigen). Van een werkelijke schijn lijkt dus geen sprake. Overigens komt de redenering van het hof in r.o. 62 ons onzuiver voor. Als de werkgever kan aantonen dat het loonverschil is te verklaren door een factor die losstaat van geslacht (en aan de overige voorwaarden is voldaan), zou dan niet de conclusie moeten zijn dat niet sprake is van geslachtsonderscheid in plaats van dat dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is?

Het HvJ EU is aldus niet consequent in zijn benadering van gelijkebeloningszaken, wat een analyse van zijn rechtspraak – op z'n zachtst gezegd – bemoeilijkt. In Brunnhofer neemt het hof zo snel een vermoeden van onderscheid aan en stelt het dusdanig hoge eisen aan de objectieve rechtvaardiging van het onderscheid, dat ook het hof verder lijkt te gaan dan het enkel bestrijden van seksediscriminatie. Voor de goede orde: wij staan niet noodzakelijkerwijs negatief tegenover het feit dat de werkgever verplicht wordt inzicht te geven in zijn beloningsbeleid en dat de werkgever moet kunnen uitleggen waarom gelijkwaardige arbeid anders wordt beloond, maar dit heeft naar onze mening niets van doen met geslachtsonderscheid. Geslacht lijkt ook de enige grond te zijn waarop zo snel een vermoeden van onderscheid wordt aangenomen. Ingeval een moslima een niet-religieuze, vrouwelijke collega zou aanwijzen die hetzelfde werk doet maar een hoger loon ontvangt, zou men dan ook aannemen dat godsdienst dus wel de oorzaak van het beloningsverschil zal zijn? En wat als een moslima een niet-religieuze mannelijke collega aanwijst? Wordt het beloningsverschil dan vermoed zowel door geslacht als door godsdienst te worden veroorzaakt?

Theoretisch beoordelingsmodel

Eigenlijk zou men bij iedere gelijke behandelingscasus beide hierboven besproken onderzoeksmethoden moeten toepassen: zowel de methode van paarsgewijze vergelijking (ook wel: maatmanmethode), die geschikt is om directe discriminatie bloot te leggen, als de methode van groepsgewijs vergelijken, die indirecte discriminatie identificeert, en wel in die volgorde. Strikt dogmatisch zou men dan volgens het volgende stappenplan redeneren.

stap 1: Identificeren met wie men gaat vergelijken (maatpersoon); in veel gevallen zal dit een niet bestaande, "hypothetische" maatpersoon zijn.

stap 2: Nagaan of deze maatpersoon anders wordt behandeld.

stap 3: Middels een (zuivere) paarsgewijze vergelijking blootleggen wat de oorzaak van deze andere behandeling is. Het is van belang op te merken dat in dit stadium nog geen verschil, hoe absurd ook, tussen eiser en de maatpersoon als irrelevant kan worden aangemerkt, nu het nog slechts gaat om vaststellen van de oorzaak van het verschil in behandeling. Of die oorzaak met het oog op de voorliggende regeling relevant is, komt bij stap 4 aan de orde.

stap 4: Toetsen of de oorzaak van het verschil in behandeling meebrengt dat de vergeleken personen in vergelijkbare omstandigheden:

- a. Zo nee: er is niet sprake van ongelijke behandeling (verdere beoordeling is niet nodig).
- b. Zo ja: er is wel sprake van ongelijke behandeling (ga door naar de volgende stap).

stap 5:

- a. De oorzaak van het verschil in behandeling is een benoemde discriminatiegrond: er is sprake van direct onderscheid.
- b. De oorzaak van het verschil in behandeling is niet een benoemde discriminatiegrond: middels een groepsgewijze vergelijking onderzoeken of sprake is van indirect onderscheid.

stap 6: Nagaan of er een uitzondering op het verbod van directe discriminatie respectievelijk een objectieve rechtvaardiging bestaat voor de (in)directe discriminatie.

Natuurlijk zal het doorlopen van al deze stappen in de meeste gevallen van indirect onderscheid overbodig zijn. Men kan in die gevallen meteen overgaan tot het toepassen van de methode van groepsgewijs vergelijken. Het stappenplan dient slechts als denkmodel.

Het volgende alledaagse voorbeeld dient als illustratie.

Bij een autodealer werken onder andere een 24-jarige mannelijke monteur en een 50-jarige vrouwelijke verkoper. Ze zijn even lang in dienst. Hun werk is van gelijke waarde. Toch verdient de verkoper méér dan de monteur. De monteurs zijn allen jonge mannen, met een gemiddelde leeftijd van 27. Van de vijf verkopers zijn vier man, één is een vrouw. Hun gemiddelde leeftijd is 51. Eén van de monteurs – de klager – vergelijkt zich met de vrouwelijke verkoper. Het stappenplan verloopt als volgt.

stap 1: De vrouwelijke verkoper is de maatpersoon.
stap 2: De klager wordt anders dan de maatpersoon behandeld.
stap 3: De oorzaak van het behandelingsverschil kan geslacht en/of functie zijn; met behulp van de hierboven beschreven vergelijkingsmethodiek blijkt dat het loonverschil in dit geval wordt veroorzaakt door het verschil in functie.[18]
stap 4: Klager en maatpersoon verkeren in vergelijkbare omstandigheden, ze verrichten immers werk van gelijke waarde; er is dus sprake van ongelijke behandeling.
stap 5: a. De oorzaak van het beloningsverschil, namelijk het verschil in functie, is niet een benoemde discriminatiegrond; er is dus geen sprake van directe discriminatie.
b. Er is geen sprake van per saldo benadeling van mannen, dus is er geen indirecte geslachtsdiscriminatie; wel worden onevenredig jongeren getroffen, dus er zou wel sprake kunnen zijn van indirecte leeftijdsdiscriminatie.
stap 6: Is de ongelijke behandeling op grond van leeftijd te rechtvaardigen?

6.1.7 Conclusie en aanbeveling

De WGB-loonparagraaf vertoont blijkens het voorgaande twee gebreken, of liever gezegd een zwakte en een tekortkoming: aan de ene kant is het toepassingsbereik van die paragraaf te eng (indirecte discriminatie kan niet worden bestreden) en aan de andere kant juist te ruim (ook buiten gevallen van geslachtsdiscriminatie is een loonvordering mogelijk). Het eerste is niet onoverkomelijk, nu voor situaties van indirect onderscheid

18 Mannelijke technicus vs. mannelijke verkoper: verschil; mannelijke technicus vs. hypothetische vrouwelijke technicus: geen verschil.

kan worden teruggevallen op art. 7:646 BW en/of de Awgb. De tweede tekortkoming is problematischer, want in strijd met Parallel Entry.[19] In dat arrest heeft de Hoge Raad weliswaar het "algemeen erkende rechtsbeginsel" erkend "dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat", maar – en naar ons idee enigszins op gespannen voet met die erkenning – tevens geoordeeld dat een verschil in beloning dat niet zijn oorsprong vindt in een door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling verboden grond, slechts dan ongeoorloofd is als dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Naar onze mening is de WGB-loonparagraaf niet meer van deze tijd en kan zij worden geschrapt. Zij voegt aan art. 7:646 en de Awgb immers niets toe.[20] Laatstgenoemde regelingen verbieden zowel direct als indirect onderscheid in de arbeidsvoorwaarden, waaronder uiteraard ook het loon valt, en laten ruimte voor zowel een paarsgewijze als een groepsgewijze vergelijking. Deze twee vergelijkingsmethoden zijn complementair aan elkaar en zijn beide nodig (ook buiten de grond geslacht) om ongeoorloofd onderscheid adequaat te kunnen bestrijden.

Voorspellen hoe het maatmensbeeld er over pakweg twintig jaar uitziet is hachelijk. Het zal afhangen van tal van ontwikkelingen. Mocht de mate van ontslagbescherming van werknemers in Nederland afnemen, dan ligt het voor de hand dat het belang van de gelijkebehandelingswetgeving evenredig toeneemt. Zie bij voorbeeld het Verenigd Koninkrijk of Denemarken. Hetzelfde effect valt te verwachten als de wetgeving (denk aan de uitbreiding naar goederen en diensten buiten m/v) en rechtspraak op het gebied

19 HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (Parallel Entry).

20 De opstellers van het (nooit officieel verspreide) concept wetsvoorstel Integratiewet Awgb lijken hier anders over te denken. Zij hebben in dat wetsvoorstel een aparte paragraaf opgenomen die in grote lijnen overeenkomt met art. 7 lid, 8 en 9 lid 2 en 3 WGB. Opvallend genoeg ontbreekt een tegenhanger van art. 9 lid 1 WGB. In de (concept) memorie van toelichting leest men: "De Cgb en E-Quality maakten in hun adviezen over het concept-wetsvoorstel beide een opmerking over de maatmanmethode. De Cgb vroeg of er aparte gelijk-loonbepalingen nodig zijn in de Awgb na integratie en of deze bepalingen dan alleen van toepassing moeten zijn op de grond geslacht of ook op andere gronden moeten zien. Tevens vroeg de Cgb om het relativeren van het gebruik van de maatmanmethode." De opstellers reageren wel op de vraag naar de reikwijdte van de paragraaf, maar niet op de vraag naar het nut van handhaving van de WGB-loonparagraaf.

van gelijke behandeling verder uitbreiden en de bekendheid van werknemers en hun adviseurs met die wetgeving en rechtspraak blijft toenemen. Voor de kortere termijn kan van belang zijn of het alsnog tot een Integratiewet Awgb komt. Mocht dat gebeuren, dan bevelen wij aan de WGB-loonparagraaf daarin niet op te nemen.

6.2 Een overzicht van de ontwikkelingen van de afgelopen jaren op het gebied van handicap en chronische ziekte ("h/cz") in het arbeidsrecht[21]

6.2.1 Inleiding

In 2014 identificeerde het College voor de Rechten van de Mens ("het CRM") als één van de vijf belangrijkste knelpunten van mensen met een beperking dat de capaciteiten van deze mensen op de arbeidsmarkt vaak niet juist worden ingeschat en op de werkvloer onbegrip bestaat voor mensen met een beperking.[22] De quote "the worst thing about disability is that people see it before they see you" is kennelijk treffend.[23]

De laatste jaren zijn er veel ontwikkelingen op het gebied van wet- en regelgeving geweest, die specifiek zien op inclusie van werknemers met een arbeidsbeperking, zoals de Participatiewet en de daarbij horende Quotumwet. Ook heeft de Tweede Kamer op 21 januari 2016 ingestemd met het wetsvoorstel tot ratificatie van het VN-gehandicaptenverdrag ("VN-verdrag"). Hieronder volgt een overzicht van de ontwikkelingen van de afgelopen jaren op het gebied van handicap en chronische ziekte ("h/cz") in het arbeidsrecht en een voorzichtige vooruitblik.

6.2.2 Terugblik en huidige stand van zaken

Ontstaan wetgeving
Terugkijkend op de ontwikkelingen van de afgelopen twintig jaar op het gebied van onderscheid op grond van h/cz, kan gezegd worden dat dit onderwerp in deze periode handen en voeten heeft gekregen. Maar we zijn

21 Linda Nekeman-IJdema is senior Legal Counsel Arbeidszaken bij ABN AMRO Bank N.V. te Amsterdam.
22 www.mensenrechten.nl/berichten/de-vijf-belangrijkste-knelpunten-voor-mensen-met-een-beperking-nederland, gepubliceerd op 7 oktober 2015.
23 Een quote van Easter Seals Alberta.

er nog lang niet. Hoewel sprake is van een verbod tot ongelijke behandeling op grond van h/cz, wordt nog maar weinig een beroep op de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte ("WGBH/CZ") gedaan. Wel is er de afgelopen jaren een duidelijke toename van het aantal uitspraken. Werknemers(advocaten) weten de WGBH/CZ steeds beter te vinden.

H/cz kreeg als onderscheidsgrond geen plek in de Algemene wet gelijke behandeling ("Awgb"), die in 1993 in werking is getreden. De – toen nog – Commissie Gelijke Behandeling ("CGB") heeft in haar jaarverslagen over 1995 tot en met 1999 kenbaar gemaakt dat zij geregeld vragen kreeg over onderscheid op grond van handicap, maar dat zij geen bevoegdheden had op dat vlak. Toch duurde het nog tot 2003 voordat h/cz als onderscheidsgrond een wettelijke basis kreeg in de WGBH/CZ.

Tweesporenbeleid

Nederland kent een zogenaamd tweesporenbeleid.[24] Enerzijds het participatie-bevorderend beleid, dat is gericht op werkgevers. Anderzijds de individuele rechtsbescherming gericht op bescherming van mensen met een h/cz, waarin onder andere wordt voorzien door de WGBH/CZ.

Participatie-bevorderend beleid

In het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 zijn werkgevers en sociale partners overeengekomen dat in de periode 2014 tot en met 2026 in totaal 125.000[25] mensen uit de doelgroep van de Participatiewet (te weten bijstandsgerechtigden, Wajongers en Wsw'ers) aan het werk moeten worden geholpen. Sinds 1 januari 2015 is de Participatiewet van kracht. De Participatiewet vervangt de Wet werk en bijstand, de Wet sociale werkvoorziening ("Wsw") en een groot deel van de Wajong. Doel van de wet is onder andere dat mensen met een arbeidsbeperking zo veel mogelijk aan de slag kunnen bij een reguliere werkgever. Als de aantallen, genoemd in de Participatiewet, niet worden gehaald, kunnen sancties worden opgelegd op grond van de Wet banenafspraak en quotum arbeidsbeperkten[26] ("Quotumwet"). Indien het quotum niet wordt gehaald, betaalt een werkgever een

24 Evaluatie van de WGBH/CZ door de Commissie Gelijke Behandeling, 'Zonder vallen en opstaan', november 2008.

25 Het betreft hier 100.000 arbeidsplaatsen in het bedrijfsleven en 25.000 arbeidsplaatsen bij de overheid.

26 *Kamerstukken II*, 33 981, *Stb.* 2015, 154.

heffing van € 5.000 per jaar aan het Arbeidsongeschiktheidsfonds voor iedere baan (van 25,5 uur per week) die niet door een doelgroepmedewerker is ingevuld. De Quotumwet is daarmee de stok achter de deur bij de Participatiewet. Er bestaan meerdere subsidies voor werkgevers die zij kunnen aanvragen voor medewerkers met een arbeidsbeperking, zoals loondispensatie (aanvulling van loon door UWV als een medewerker minder presteert door zijn handicap of ziekte), premiekorting op WW- of WIA-premie, no-riskpolis, proefplaatsing via UWV en subsidies voor werkplekaanpassingen. Op 3 juli 2015 informeerde Staatssecretaris Klijnsma de Kamer dat de eerste resultaten na de nulmeting begin 2013 hoopvol zijn: de marktsector loopt ruim voor op schema bij het aan het werk helpen van arbeidsbeperkten.[27]

Het CRM onderschrijft het doel van de Participatie- en Quotumwet – inclusie van arbeidsbeperkten – en acht dit in lijn met art. 3 lid 1 onder b WGBH/CZ. Wel spreekt het CRM de zorg uit dat de Quotumwet slechts ziet op een deel van de mensen met een beperking, namelijk de voormalig Wsw'ers, Wajongers en bijstandsgerechtigden. Degenen met een arbeidshandicap die niet in voormelde categorieën vallen, behoren niet tot de doelgroep. Als aan werkgevers extra heffingen worden opgelegd als zij onvoldoende mensen aannemen die in de doelgroep vallen, zullen werkgevers in sollicitatieprocedures de voorkeur geven aan mensen met een arbeidsbeperking die behoren tot de doelgroep om zo aan het opgelegde quotum te komen en heffingen te voorkomen. Dat kan ertoe leiden dat de arbeidsgehandicapten die *niet* onder de doelgroep van de Quotumwet vallen, juist (nog) moeilijker aan de slag komen.[28] Dat is een reële zorg. Het zou daarom wenselijk zijn als iedereen met een h/cz in de zin van de WGBH/CZ zou behoren tot de doelgroep van de Quotumwet om verdrukking van bepaalde groepen arbeidsbeperkten te voorkomen.

Een mogelijk ander ongewenst effect van de Quotumwet is dat voor het bepalen of is voldaan aan het quotum, onder andere wordt gekeken naar mensen die (samengevat) minder dan het minimumloon (kunnen) verdienen. Zodra iemand meer dan het minimumloon verdient, telt hij nog tot het einde van dat kalenderjaar plus twee jaar daarna mee voor de doelgroep en

27 www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/participatiewet/nieuws/2015/07/04/meer-dan-tienduizend-extra-banen-voor-mensen-met-arbeidsbeperking

28 Advies concept wetsvoorstel Quotumwet d.d. 7 februari 2014, www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/34788.

daarna niet meer. Werkgevers hebben daarom geen incentive om dusdanig te investeren in doelgroepmedewerkers dat zij de doelgroep kunnen ontstijgen. Werkgevers die de doelgroep ontstijgen, behoren dan immers al snel niet meer tot de doelgroep en tellen dan niet meer mee voor het quotum. Dat lijkt mij een ongewenst effect van de Quotumwet. Dit wringt namelijk met het doel om tot een inclusieve samenleving te komen. Inclusie wordt immers juist gerealiseerd als doelgroepmedewerkers juist wél de doelgroep kunnen ontstijgen en in een reguliere baan werken. Daarvoor zal veelal de hulp van de werkgever nodig zijn. Dat kan van de werkgever meer investeringen vergen dan de gesubsidieerde faciliteiten, maar dát zou nu juist gestimuleerd moeten worden. Hoewel de intentie van de Participatie- en de Quotumwet zonder meer lovenswaardig (en broodnodig) is, valt er wel wat af te dingen op de wijze waarop de wetgeving is vormgegeven.

Grotere werkgevers, die behoorlijk wat personen uit de doelgroep aan het werk moeten helpen, zullen mogelijk zoeken naar creatieve manieren om aan het quotum te voldoen. Denk bijvoorbeeld aan het kopen van een sociale werkplaats: op die manier kan een flinke groep doelgroepmedewerkers worden aangetrokken, waardoor relatief eenvoudig aan het quotum kan worden voldaan.

Individuele rechtsbescherming

De individuele rechtsbescherming (het tweede spoor) is met name te vinden in de WGBH/CZ. Bij de totstandkoming van de Awgb begin jaren negentig is gediscussieerd over het opnemen van de onderscheidsgrond h/cz.[29] Conclusie was dat de regering van mening was dat h/cz als onderscheidsgrond nog onvoldoende uitgekristalliseerd waren en de consequenties van opname daarvan in de Awgb niet konden worden overzien. Daarom is de onderscheidsgrond h/cz niet direct opgenomen in de Awgb en is besloten eerst nader onderzoek te doen.[30]

Tijdens de voorbereiding van het wetsvoorstel WGBH/CZ is op 27 november 2000 de Kaderrichtlijn[31] vastgesteld, die de lidstaten verplicht om te voorzien in redelijke aanpassingen die waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap

29 Amendement-Groenman (niet aangenomen), *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 15 en Motie Kalsbeek en Krayenbrink *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 39.

30 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 682, nr. 3, p. 4.

31 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in beroep en arbeid.

wordt nageleefd. Vervolgens is per 1 december 2003 de WGBH/CZ in werking getreden. Ten tijde van de inwerkingtreding had de WGBH/CZ alleen betrekking op arbeid en beroepsonderwijs. In 2009 is de WGBH/CZ uitgebreid met betrekking tot wonen en primair en voortgezet onderwijs. In 2012 is daaraan het openbaar vervoer toegevoegd.

Op 13 december 2006 is het VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap ("VN-verdrag") tot stand gekomen en op 26 november 2009 door de Europese Unie geratificeerd.[32] Het VN-verdrag ambieert een inclusieve samenleving, waarin iedereen, ongeacht een eventuele beperking, volwaardig kan deelnemen. Nederland heeft het VN-verdrag op 30 maart 2007 ondertekend. Om te bewerkstelligen dat het VN-verdrag bindend is, moet ratificatie volgen. Daartoe is op 27 juni 2014 het wetsvoorstel tot goedkeuring van het VN-verdrag ingediend.[33] Op 17 juli 2014 is voorts een wetsvoorstel ingediend ter uitvoering van het VN-verdrag.[34] Op 21 januari 2016 heeft de Tweede Kamer ingestemd met de wetsvoorstellen tot goedkeuring en uitvoering van het VN-verdrag.

6.2.3 *Uitleg begrip h/cz*

Onderscheid Kaderrichtlijn en WGBH/CZ

Daar waar de Kaderrichtlijn slechts handicap als onderscheidsgrond benoemt (in de Kaderrichtlijn wordt gesproken over "disabled persons" en "persons with disabilities"), biedt de WGBH/CZ ook bescherming bij onderscheid op grond van chronische ziekte. Achtergrond daarvan is dat (i) de gronden handicap en chronische ziekte veel overeenkomsten hebben en vergelijkbare situaties met zich meebrengen; en (ii) de internationale term "disabled" over het algemeen ook chronische zieken omvat, zodat beide gronden onder het wetsvoorstel zijn gebracht, aldus de parlementaire geschiedenis.[35] Daarmee kent Nederland een ruimere toepassing van de Kaderrichtlijn. In het Chacon Navas-arrest[36] overweegt het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJ EU") dat het begrip handicap niet gelijk

32 Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, *Trb.* 2007, 169. Ratificatie bij besluit van 26 november 2009, 2010/48, *Pb* 2010, p. 23.
33 Rijkswet houdende goedkeuring van het op 13 december 2006 te New York tot stand gekomen Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (*Trb.* 2007, 169 en *Trb.* 2014, 113), *Kamerstukken II* 2013/14, 33 992 (R2034), nr. 2.
34 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 990, nr. 2.
35 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9.
36 HvJ EU 11 augustus 2006, C-13/05, *JAR* 2006/191 (Chacon Navas).

kan worden gesteld aan "een of andere ziekte", zodat een (in dat geval) ontslag wegens ziekte niet valt binnen de kaders van de Kaderrichtlijn. De Europese wetgever heeft bewust gekozen voor een term die verschilt van het begrip ziekte, zodat ziekte niet kan worden beschouwd als bijkomende discriminatiegrond naast de discriminatiegronden die genoemd zijn in de Kaderrichtlijn, aldus het HvJ EU.

Jurisprudentie over het begrip h/cz

Op grond van art. 4 WGBH/CZ is onderscheid op grond van h/cz verboden bij diverse stadia van de arbeidsverhouding. Uitzonderingen op het verbod tot onderscheid wegens h/cz gelden op het vlak van bescherming van de veiligheid en gezondheid, specifieke voorzieningen ten aanzien van personen met een h/cz en het toekennen van een bevoorrechte positie aan personen met een h/cz (art. 3 WGBH/CZ). Indirect onderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel als de middelen voor dat doel passend en noodzakelijk zijn. In de praktijk blijkt het geregeld onderwerp van discussie wat verstaan moet worden onder het begrip h/cz. Niet in de laatste plaats omdat de WGBH/CZ geen definitie bevat van het begrip handicap en chronische ziekte. Volgens de wetsgeschiedenis volgt het wetsvoorstel daarmee de Kaderrichtlijn, die evenmin een definitie bevat van het begrip handicap.[37] Wel wordt in de parlementaire geschiedenis bij de WGBH/CZ benoemd dat een handicap in beginsel onomkeerbaar is en een chronische ziekte in ieder geval langdurig van aard.[38] Het HvJ EU heeft in diverse uitspraken het begrip handicap gedefinieerd, waarbij is aangesloten bij het VN-verdrag. Zo oordeelt het HvJ EU dat ook een *geneeslijke* ziekte onder het begrip handicap valt, mits sprake is van belemmeringen die de werknemer kunnen beletten aan het beroepsleven deel te nemen.[39] Van onomkeerbaarheid hoeft dus geen sprake te zijn om te spreken van een handicap. Wel moet waarschijnlijk zijn dat de beperking van lange duur is.[40]

Er moet steeds een relatie zijn tussen de h/cz en de (feitelijke of potentiële) werksituatie.[41] Interessant is dat de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie deze relatie anders invullen. In de parlementaire geschiedenis

37 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 9.
38 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 24.
39 HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 (Ring) en C-337/11 (Skouboe Werge), *JAR* 2013/142.
40 HvJ EU 11 augustus 2006, C-13/05, *JAR* 2006/191 (Chacon Navas).
41

staat dat het antwoord op de vraag of iemand als gevolg van h/cz belemmeringen ondervindt, afhangt van de context waarbinnen iemand functioneert. Daarmee wordt gerefereerd aan een specifieke, individuele context. Een werknemer in een rolstoel die daarvan geen belemmeringen ondervindt in de context waarin hij functioneert, bijvoorbeeld omdat hij een "bureaubaan" heeft in een rolstoeltoegankelijk gebouw, zou dan bijvoorbeeld geen h/cz hebben in de zin van de WGBH/CZ. Het HvJ EU verwijst daarentegen in meerdere uitspraken naar belemmeringen die een werknemer in het beroepsleven kan ervaren, waarmee wordt gerefereerd naar een meer algemene context. Op basis daarvan zou eerdergenoemde werknemer in een rolstoel, die geen belemmeringen ervaart in een specifieke functie, wél een handicap in de zin van de richtlijn hebben, omdat wel gesteld kan worden dat een rolstoelgebruiker in algemene zin belemmeringen kan ondervinden in het beroepsleven.

Onderscheid dient voorts te worden gemaakt tussen associatieve en vermeende discriminatie. Het Coleman-arrest[42] uit 2008 maakt duidelijk dat ook sprake kan zijn van discriminatie op grond van handicap, als wordt gediscrimineerd vanwege de band met een persoon met een handicap ("associatieve discriminatie"). Van vermeende discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt vanwege het vermoeden dat een (potentiële) werknemer lijdt aan een h/cz of een ziekte ten onrechte wordt vermoed chronisch te zijn. Zie in dat verband bijvoorbeeld een recente uitspraak van het Hof Amsterdam, waarin werd geoordeeld dat het herstel van een hartinfarct (ook niet als dat gepaard gaat met levenslang medicijngebruik) niet kon worden aangemerkt als chronische ziekte. De omstandigheid dat de werkgever echter het tijdelijke contract van de werknemer niet verlengde, vanwege een *vermeende* chronische ziekte, levert echter een vermoeden van onderscheid op, dat valt onder de reikwijdte van de WGBH/CZ.[43]

In het Kaltoft-arrest[44] hanteert het HvJ EU echter een vergelijkbare redenatie, door te stellen dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen in hoeverre bij morbide obesitas (BMI >40) sprake is van een handicap. In Nederland heeft het CRM morbide obesitas reeds aangemerkt als chronische ziekte, zodat iemand die lijdt aan morbide obesitas bescherming van de WGBH/CZ geniet. Als we kijken naar de jurisprudentie tot dusver,

42 HvJ EG 17 juli 2008, C-303/06, *EHRC* 2008/9, nr. 108.
43 Hof Amsterdam 10 november 2015, *JAR* 2015/309.
44 HvJ EU 18 december 2014, C-354/13, *JAR* 2015/37 (Kaltoft).

zijn onder meer de volgende aandoeningen aangemerkt als h/cz: psoriasis[45], bekkenproblemen[46], (morbide) obesitas[47], acute bloedvergiftiging leidend tot chronische gebreken[48], MS[49], fybromyalgie en sarcoidose[50], HIV[51] en chronische rugklachten[52]. Overigens zijn alle voormelde aandoeningen aangemerkt als chronische ziekte en niet als handicap.

6.2.4 Doeltreffende aanpassingen

Als onderscheidsgrond wijkt h/cz op een paar belangrijke punten af van de andere onderscheidsgronden, waarop de gelijke behandelingswetgeving ziet.[53] Andere onderscheidsgronden zijn wat meer gemeengoed: iedereen heeft immers een bepaalde leeftijd, geslacht, huidkleur etc., maar niet iedereen heeft een h/cz. Daarnaast kent onderscheid op grond van h/cz een belangrijke fysieke component: het onderscheid komt niet alleen tot uiting in gedrag en bejegening, maar vooral ook in de fysieke omgeving, zoals bijvoorbeeld in de fysieke drempel om een gebouw binnen te gaan. Bovendien is bij h/cz – in tegenstelling tot de andere discriminatiegronden – onderscheid soms juist wel gewenst. Zo bevat de WGBH/CZ behalve bepalingen omtrent het verbod op onderscheid ook een *gebod* om passende maatregelen te treffen om het onderscheid op te heffen, voor zover dit geen onevenredige belasting is voor degene die de aanpassingen moet verrichten (art. 2 WGBH/CZ). Uitgangspunt daarbij is dat de werknemer, na de gedane aanpassingen, in beginsel geschikt is om de beoogde functie te vervullen.

De Kaderrichtlijn verplicht werkgevers passende maatregelen te treffen om personen met een handicap in staat te stellen toegang tot de arbeid te hebben. Onder het aanpassen van het arbeidsritme kan ook arbeidstijdverkorting als maatregel worden begrepen. De lijst met passende maatregelen

45 CRM 29 mei 2015, Oordeel 2015-63.
46 CRM 13 maart 2015, Oordeel 2015-20.
47 CRM 26 februari 2015, Oordeel 2015-18 (obesitas). Het betrof hier een dame met kledingmaat XL. CRM 11 december 2014, Oordeel 2014-158 (morbide obesitas). In het Kaltoft-arrest is voorts bepaalt dat het aan de nationale rechter is om te bepalen of iemand met een morbide obesitas een handicap heeft.
48 CRM 18 december 2014, Oordeel 2014-162.
49 CRM 11 december 2014, Oordeel 2014-157.
50 CRM 29 januari 2014, Oordeel 2014-7 (fybromyalgie en sarcoidose) en CRM 5 november 2013, Oordeel 2013-139 (fybromyalgie).
51 CRM 31 december 2013, Oordeel 2013-182 en CRM 28 november 2013, Oordeel 2013-153.
52 CRM 10 oktober 2013, Oordeel 2013-127.
53 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 7-8.

in punt 20 van de considerans van de Kaderrichtlijn is overigens niet uitputtend.[54] De vraag of een maatregel passend is, dient steeds te worden beantwoord door de nationale rechter. Het Ring-arrest zag op de Deense wetgeving, waar een kortere opzegtermijn geldt als werknemers in een jaar gedurende 120 dagen afwezig zijn door ziekte. Het HvJ EU oordeelde dat sprake is van strijd met de Kaderrichtlijn als deze kortere opzegtermijn wordt gehanteerd bij afwezigheid wegens een handicap, die wordt veroorzaakt door het verzuim van de werkgever om het werk aan te passen. Tevens kan sprake zijn van een vermoeden van indirecte discriminatie. Vaak zijn werknemers met een handicap immers vaker afwezig wegens ziekte, zodat zij onder de Deense wetgeving een groter risico op ontslag lopen. De aard van de door de werkgever te treffen maatregelen is niet bepalend voor de beoordeling of de gezondheidstoestand valt onder het begrip handicap.

Steeds dient op individueel niveau te worden bepaald wat een passende en noodzakelijke maatregel is. Het betreft hier overigens steeds om maatregelen gerelateerd aan de arbeid en geen maatregelen op het gebied van persoonlijke verzorging. Voorts is de gedachte dat een werkgever niet op onredelijke kosten gejaagd moet worden.[55] Er is weinig jurisprudentie over wat nu precies van werkgevers wordt verwacht. Het zou een redelijke uitleg zijn als van grote werkgevers meer wordt verwacht dan van kleine(re) werkgevers. Van de spreekwoordelijke bakker op de hoek kan wellicht niet worden verwacht dat zij een kostbaar IT-systeem voor een blinde werknemer aanschaft, terwijl van een grote multinational mijns inziens een dergelijke investering wel mag worden verwacht. Dat geldt temeer wanneer zo'n investering, bijvoorbeeld een IT-systeem of een traplift, door meerdere arbeidsgehandicapten gebruikt kunnen worden. De impact van eenzelfde investering is dan kleiner voor een grotere werkgever en er zal dan minder snel sprake zijn van een onevenredige belasting.

54 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, punt 20 van de considerans: "Er moeten passende, dat wil zeggen doeltreffende en praktische maatregelen worden getroffen die gericht zijn op aanpassing van de werkplek aan de behoeften van de werknemer met een handicap, bijvoorbeeld aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, en taakverdeling, of voorzien in opleidings- en integratiemiddelen."

55 Zie hierover ook F. Van Overbeeke, 'Over de aanpassingsverplichting en functiegeschiktheid in de WGBH/CZ', *Arbeidsrecht* 2013/12.

Het nalaten om onvoldoende onderzoek te doen naar aanpassingen aan de werkplek leidt al snel tot het aannemen van ongeoorloofd onderscheid op grond van h/cz. Dat was onder meer het geval in de situatie, waarbij het ging om een werkgever die onvoldoende onderzoek had gedaan naar het aanpassen van een gehuurd monumentaal pand voor een sollicitant die solliciteerde naar een stage van vijf maanden.[56] Doordat de werkgever niet kon aantonen dat de investering een onevenredige belasting zouden vormen, kan zij zich er niet op beroepen dat deze aanpassing in redelijkheid niet van haar gevergd zouden kunnen worden, waardoor zij verboden onderscheid op grond van h/cz heeft gemaakt. In gelijke zin werd een ontslag kennelijk onredelijk geacht, omdat de werkgever onvoldoende onderzoek had gedaan naar het plaatsen van een traplift.[57] Voormelde uitspraak illustreert de aanzienlijke onderzoeksverplichting die op werkgevers rust, waarmee ook duidelijk wordt dat grote(re) investeringen bij een relatief kort dienstverband (of zelfs stageperiode) niet bij voorbaat een onredelijke belasting van de werkgever worden geacht. De verplichting tot het doen van aanpassingen ziet niet alleen op de werkplek, maar ook bijvoorbeeld op het aanpassen van werktijden en werktempo. Deze verplichting gaat echter niet zover dat een werknemer volledige vrijheid zou moeten krijgen in het bepalen van zijn eigen tempo en het werk dat hij kan doen, zoals bijvoorbeeld de groenwerker die (o.a.) verzocht om regelmatig te kunnen zitten (terwijl de functie een lopend karakter heeft), tijdens het werk zijn eigen taken wilde selecteren en zijn werkzaamheden zodanig wilde doseren dat hij zijn belastbaarheid niet zou overschrijden.[58]

6.2.5 H/cz en de Wwz

Daar waar voor inwerkingtreding van de Wwz de werknemer bij een opzegging in strijd met het verbod tot onderscheid zich slechts kon beroepen op vernietigbaarheid van de opzegging, is dat met de inwerkingtreding van de Wwz veranderd. Sinds 1 juli 2015 kan op grond van art. 7:681 lid 1 onder c BW (naast vernietiging van de opzegging) bij een opzegging in strijd met (samengevat) een discriminatieverbod om een billijke vergoeding verzocht

56 CRM 10 december 2014, Oordeel 2014-154.
57 Ktr. 's-Hertogenbosch 22 december 2011, *JAR* 2012/199.
58 Hof Den Bosch 27 januari 2012, *JAR* 2011/107.

worden. Onder c noemt diverse discriminatiegronden expliciet. De discriminatiegrond h/cz staat daar niet bij, maar valt onder "enig ander verbod op onderscheid".[59] In de parlementaire geschiedenis wordt hieromtrent opgemerkt dat de in art. 7:681 BW genoemde situaties kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever.[60] Dat opent de deur naar de billijke vergoeding. Interessant is dan dat art. 7:673 lid 9 BW vermeldt dat een billijke vergoeding kan worden toegekend, als een tijdelijke arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen. In het Jimenez Melgar-arrest[61] is geoordeeld dat niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst vanwege een discriminatiegrond wordt gezien als het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst, waartegen de gelijke behandelingswetgeving bescherming biedt. Toepassing van het Jimenez Melgar-arrest betekent dan dat het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst in strijd met het verbod op onderscheid wordt gezien als een vorm van beëindiging, die in de parlementaire geschiedenis wordt gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen. Dit leidt dit ertoe dat een werknemer alsdan naast de transitievergoeding (als de werknemer twee jaar of langer in dienst is) een billijke vergoeding kan vorderen.

6.2.6 *Vooruitblik*

Het onderwerp h/cz is een onderwerp dat met name de afgelopen jaren volop in beweging is geweest. Gelet op alle initiatieven op het gebied van wetgeving en beleidsvorming zal deze beweging zich de aankomende jaren verder voortzetten. Als gevolg van de Quotumwet zullen de komende jaren naar verwachting vele mensen met een arbeidsbeperking aan het werk worden geholpen. Gelet op het aantal doelgroepmedewerkers die werkgevers aan het werk moeten helpen en de heffingen die werkgevers kunnen verwachten als zij de gestelde quota niet halen, ligt voor de hand dat het voor h/cz'ers die *niet* tot de doelgroep behoren (nog) lastiger wordt om aan het werk te komen. Hoewel het beoogde effect van de maatregelen – inclusie van arbeidsgehandicapten – uiteraard zeer gewenst is, is het te hopen dat dit niet leidt tot verdrukking op de arbeidsmarkt van de categorie h/cz'er die niet tot de doelgroep behoort. Verder weten werknemers(advocaten) de WGBH/CZ steeds beter te gebruiken. Daardoor worden ook werkgevers zich steeds meer bewust, voor zover zij dat nog niet waren, van hun verplichtingen ten aanzien van h/cz'ers.

59 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 116-117.
60 *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, nr. C, p. 111-113.
61 HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99 (Jimenez Melgar).

6.2.7 Conclusie

Het voorgaande illustreert dat er de afgelopen jaren veel in gang is gezet om discriminatie op grond van h/cz vorm te geven. Naar verwachting leidt dit ertoe dat door werknemers (advocaten) vaker een beroep op de WGBH/CZ zal worden gedaan. De WGBH/CZ bevat echter geen verplichting om preventief, los van de behoefte van een persoon in een concrete situatie, voorzieningen te treffen of obstakels te verwijderen.[62] Enerzijds is dat voorstelbaar. Het aanpassen van een werkplek voor een werknemer met auditieve beperkingen is immers een wezenlijk andere aanpassing dan voor bijvoorbeeld een werknemer met een andersoortig fysieke beperking. Toch wringt mogelijk de schoen in geval steeds op individueel niveau aanpassingen moeten worden gedaan op het moment dat een (potentiële) werknemer met een beperking zich meldt. Extra complicatie daarbij is dat het de potentiële werkgever niet makkelijk wordt gemaakt, doordat de Wet op de medische keuringen verbiedt om tijdens de sollicitatie te vragen naar h/cz, laat staan naar de aanpassingen die hieromtrent gedaan dienen te worden.[63] Als werkgevers immers niet op voorhand bereid zijn de nodige aanpassingen te doen voor deze (potentiële) werknemer, ontstaat een situatie waarin iemand uit een relatief kwetsbare groep in de samenleving de handschoen moet oppakken om op individuele basis ten strijde te trekken – in juridische zin – tegen een (potentiële) werkgever. Ook als zo'n beroep pas na indiensttreding wordt gedaan, doet dat er niet aan af dat bij weigering alsnog een juridische strijd gevoerd dient te worden. Dat is niet alleen een probleem dat zich bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst voordoet. En als zo'n beroep op de WGBH/CZ dan slaagt, is het de vraag of dat niet slechts leidt tot een pirus-overwinning. Het aanvangen of verrichten van werkzaamheden na het voeren van juridische procedures leidt immers niet in alle gevallen tot een warme band met de nieuwe werkgever. Het is te hopen dat werknemers met een h/cz zich hierdoor niet te veel laten belemmeren en werkgevers durven aan te spreken op hun verantwoordelijkheid. Andersom is het te hopen dat werkgevers naar vermogen zo veel mogelijk in het werk stellen om medewerkers met een arbeidshandicap een gedegen plek in hun gelederen te bieden en verder te kijken dan naar de beperking alleen. Tenslotte is inclusie de essentie van een duurzame en verantwoorde samenleving.

62 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 992 (R2034), nr. 8, p. 16.

63 K.M.C. Stalenhoef, 'De WGBH/CZ en de spagaat van het sollicitatiegesprek', *ArbeidsRecht* 2009/49.

6.3 Leeftijdsonderscheid: in twintig jaar is veel veranderd, maar stereotypering blijft[64]

6.3.1 Inleiding

Annemarie Gerritsen vroeg zich in 1996 af of de mens van 1996, in het bijzonder uit een oogpunt van omgang met leeftijdsgrenzen in het arbeidsrecht, anders was dan de mens van 1946. In haar artikel ging zij in op vijftig jaar verschil in mensbeeld. Aan de hand daarvan onderzoekt zij het hanteren van leeftijdsgrenzen bij (i) toetreding tot de arbeidsmarkt; (ii) beloning; en (iii) ontslag. Bij de beoordeling van het nut en de noodzaak van de gehanteerde leeftijdsgrenzen stelde Gerritsen voorop dat bescherming de basisreden is voor arbeidsrechtelijke regels. Wat dat laatste betreft is er twintig jaar verder weinig tot niets veranderd. Het arbeidsovereenkomstenrecht beoogt nog steeds de werknemer bescherming te bieden. In de Memorie van Toelichting bij de in 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid (Wwz) overwoog de wetgever uitdrukkelijk dat het arbeidsovereenkomstenrecht – bij mogelijk ontslag – de werknemer beschermt tegen willekeur van de werkgever.[65] Daarnaast merkte de wetgever op dat het arbeidsovereenkomstenrecht tegelijkertijd voor de werkgever een duidelijk kader schept. Zekerheid voor zowel werknemer als werkgever dus. In de totstandkomingsgeschiedenis van het op dit moment bij de Eerste Kamer aanhangige initiatiefwetsvoorstel Wet normalisering rechtspositie ambtenaren wordt ook veel aandacht besteed aan de noodzaak tot bescherming van in dit geval de ambtenaar, met name in verband met het bijzondere gegeven dat in dat geval diens werkgever niet alleen werkgever maar tevens wetgever is.[66] Daartegenover wordt door de indieners van het wetsvoorstel normalisering gesteld dat het arbeidsovereenkomstenrecht en met name het cao-recht, het de werkgever niet mogelijk maakt zich eenzijdig aan afspraken te onttrekken. Ook hier onderstreept de toelichting bij het wetsvoorstel dus de noodzaak tot bescherming en het belang van duidelijke afspraken waaraan

64 Ruben van Arkel is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. advocaten en notarissen te Den Haag.En Monique de Witte-van den Haak is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. advocaten en notarissen te Den Haag. De auteurs danken Claire Huijts voor haar voorbereidende studie ten behoeve van dit artikel.

65 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 2.

66 Zie voor een greep uit de talrijke vindplaatsen waar deze aspecten aan de orde komen: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 550, nr. 3, p. 16, *Handelingen II* 29 maart 2012, 70-11-46: Zie ook t.a.p. 70-11-56 en ten slotte *Handelingen I* 2015/16, 1-7-10. De behandeling van dit wetsvoorstel ligt overigens ten tijde van het schrijven van dit artikel stil.

de (in dat geval ambtelijk) werkgever zich niet eenzijdig kan onttrekken. Voor het verbod op discriminatie op grond van leeftijd is het onderscheid tussen ambtenaar en werknemer op zichzelf niet relevant.[67] De gegeven toelichting onderstreept echter dat het belang van bescherming en duidelijkheid in arbeidsverhoudingen onverminderd relevant is.

Deze twee uitgangspunten (bescherming van de werknemer tegen willekeur en duidelijke kaders voor de werkgever) zijn evenzeer van betekenis voor de – beoordeling van de – regels over gelijke behandeling op grond van leeftijd. Daarbij is van belang in het oog te houden dat het verbod van leeftijdsdiscriminatie zich niet alleen richt tot werkgevers doch tot iedereen die een rol vervult op de arbeidsmarkt zoals uitzendbureaus, intermediairs, vakbonden, werving- en selectiebureaus en pensioenfondsen.[68]

Gerritsen stelde in 1996 de fundamentele vraag of leeftijdsgrenzen met name bij de toegang tot de arbeid en op het punt van de beloning nog gerechtvaardigd konden worden. Zij waagde zich aan een vergelijking tussen de mens van 1946 en die van 1996 en constateerde dat groepskenmerken deels vervaagd waren. Juist dat vervagen van de groepskenmerken zou de vraag naar rechtvaardiging van leeftijdsgrenzen oproepen. Zij gaat er daarmee vanuit dat onderscheid naar leeftijd alleen dan gerechtvaardigd zou kunnen zijn, wanneer er groepskenmerken zijn die aan een bepaalde leeftijd gekoppeld kunnen worden en die beslissend zijn voor het maken van het onderscheid.

Voor jeugdigen vindt Gerritsen die rechtvaardiging helder in de noodzaak kinderen tegen kinderarbeid te beschermen en hen gelegenheid te geven naar school te gaan. Voor het overige is de situatie in haar visie in 1996 diffuus. Zij constateert in elk geval dat in 1996 beloning naar leeftijd feitelijk een belemmering vormt voor toegang tot de arbeid.

Over de noodzaak en zelfs juridische verplichting van het stellen van een leeftijdsgrens om kinderen te beschermen tegen kinderarbeid en hen de gelegenheid te geven onderwijs te genieten zal ook anno 2016 iedereen het eens zijn.[69] Niet voor niets was het Kinderwetje van Van Houten in 1874,

67 Zie art. 3 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

68 Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 19 en College voor de Rechten van de Mens (hierna: CRM) 4 april 2016, Oordeel 2015-36.

69 Zie voor het verbod op kinderarbeid art. 1:2 jo. hoofdstuk 3 Arbeidstijdenwet en de Beleidsregels inzake ontheffing verbod van kinderarbeid 26 maart 2007, nr. AV/IR/2007/9636, *Stcrt.* 2007, 64.

waarin voor de arbeid een leeftijdsgrens van twaalf jaar werd gesteld, de eerste sociale wet die Nederland kende. Deze bescherming werd overigens pas echt effectief toen deze in 1901 werd gekoppeld aan de leerplicht.

Het systeem van ontheffingen van de leeftijdsgrens van twaalf jaar, voor met name artistieke optredens en daaraan verwante zaken, sluit in grote lijnen aan bij de indeling van leeftijdsgrenzen zoals die ook gehanteerd worden in het onderwijssysteem. Juist bij kinderen kan men, gelet op de ontwikkeling die zij in hun groei, uitzonderingen daargelaten, fasegewijs doormaken, nog zeggen dat leeftijdsbepaalde groepskenmerken bepalend kunnen zijn voor de regelgeving.[70] Dat is niet veranderd als we 1996 met 2016 vergelijken. De beleidsregels ten aanzien van jeugdarbeid zijn na 1996 wel versoepeld maar niet om inhoudelijke redenen. Dit gebeurde nadat gebleken was dat een aantal beleidsregels, met name ten aanzien van kinderen die kunstzinnige uitvoeringen verrichten, moeilijk handhaafbaar was of erg ver van de praktijk afstond.[71]

Voor het overige is de gedachte dat de rechtvaardiging van het stellen van leeftijdsgrenzen op het terrein van de arbeid, uitsluitend gezocht zou moeten worden in het bestaan van groepskenmerken, verlaten. Veeleer is het bewustzijn gegroeid dat er bij de totstandkoming, uitvoering en beëindiging van arbeidsverhoudingen geen groepskenmerken op leeftijdsniveau zijn te onderkennen die op zichzelf maatgevend kunnen zijn voor werving en selectie, salarisniveau en beëindiging van een dienstverband. Juist dat is de ratio van het verbod van leeftijdsdiscriminatie. Redenen voor de rechtvaardiging van een eventuele leeftijdsgrens kunnen er echter wel zijn. Die liggen veelal juist niet in leeftijdgerelateerde groepskenmerken maar in een combinatie van factoren, waarbij sociaal beleid (zoals werkgelegenheid, arbeidsmarkt of beroepsopleiding) een belangrijke rol speelt.[72]

Een belangrijk verschil met de situatie in 2016 is dat er in 1996 nog geen specifieke wettelijke regels met betrekking tot onderscheid op grond van leeftijd bestonden. Die regels zijn er nu wel en daarop wordt ook steeds vaker een beroep gedaan. Die regels zien bovendien niet alleen op gevallen

70 In termen van Gerritsen: dat het "sein" het "sollen" bepaalt.

71 Zie het begin van de toelichting op de Beleidsregels inzake ontheffing verbod van kinderarbeid in *Stcrt.* 2007, 64, p. 30. Deze beleidsregel zal per 1 april 2016 ten behoeve van kindacteurs nog iets versoepeld worden. Zie: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/01/25/asscher-meer-mogelijkheden-voor-kunstkinderen.

72 Zie bijv. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM-vliegers), m.nt. M.R. Mok.

waarin een expliciete leeftijdsgrens wordt gesteld maar ook op situaties waarin dat indirect gebeurt, bijvoorbeeld door het werven van "studenten".[73]

Hierna zullen we eerst ingaan op de ontwikkeling in regelgeving die de afgelopen twintig jaar heeft plaatsgevonden (paragraaf 2). Daarna bespreken wij een aantal aspecten van de drie eerder door Gerritsen genoemde situaties waarin sprake kan zijn van leeftijdsonderscheid: toetreding tot de arbeidsmarkt (paragraaf 3), beloning (paragraaf 4) en ontslag (paragraaf 5). We sluiten af met een aantal concluderende opmerkingen en een blik naar de toekomst (paragraaf 6). De ontwikkelingen op het gebied van leeftijdsdiscriminatie in de afgelopen twintig jaar zijn dermate omvangrijk dat wij noodzakelijkerwijs een keuze hebben moeten maken. Zoals elke keuze, is ook onze keuze voor discussie vatbaar. Deze is met name bepaald door de vraag of een ontwikkeling ook anno 2016 nog van betekenis is en beperkt door de aard van deze bijdrage.

6.3.2 Ontwikkelingen regelgeving gelijke behandeling op grond van leeftijd

De Algemene wet gelijke behandeling

De Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) is in werking getreden op 1 september 1994. Gerritsen noemde die wet in zijn artikel in 1996 niet. Dat zou verklaard kunnen worden door het feit dat in de Awgb leeftijd niet is opgenomen als kenmerk op basis waarvan het is verboden onderscheid te maken. Op grond van (het huidige art. 1 van) de Awgb is het verboden om onderscheid te maken op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Tijdens de behandeling van het oorspronkelijke wetvoorstel met betrekking tot de Awgb is door Tweede Kamerfracties de vraag gesteld waarom andere gronden zoals leeftijd (en handicap) niet in het wetsvoorstel waren opgenomen. De regering reageerde daarop door op te merken dat de in het

73 Zie bijv. CRM 7 oktober 2015, Oordeel 2015-110: "Zoals het College reeds eerder heeft geoordeeld, maakt een werkgever die een vacature plaatst waarin naar een student wordt gevraagd indirect onderscheid bij de werving (zie College 3 april 2014, 2014-41, overweging 3.12). Immers, ook al zijn er studenten van alle leeftijden, het overgrote deel van de studenten bestaat uit jonge mensen. Door het hanteren van deze functie-eis worden dus vooral jongeren aangesproken. Ouderen kunnen zich daardoor belemmerd voelen om te solliciteren en worden door deze functie-eis derhalve bijzonder getroffen."

wetsvoorstel opgenomen gronden alle gronden zijn die bij voorbaat als een verdacht criterium van onderscheid kunnen worden aangemerkt. Daarover zei de regering toen het volgende:

> "Leeftijd is niet een bij voorbaat verdacht criterium voor onderscheid. In onze samenleving en in onze wetgeving worden leeftijdscriteria gehanteerd zonder dat dit discriminatie van personen oplevert. Uit een oogpunt van rechtszekerheid kan het leeftijdscriterium in vele gevallen juist een objectief criterium zijn. Voorbeelden in dit verband zijn het hanteren van leeftijd als criterium voor de handelingsbekwaamheid (de minderjarigheidsgrens), of als grens voor de leerplicht maar ook als grens voor bepaalde voorzieningen zoals het algemeen ouderdomspensioen. Daarnaast blijken leeftijdscriteria onderling met elkaar samen te hangen. Zo is de minderjarigheidsgrens direct bepalend voor een aantal andere rechten, zoals het recht om zitting te hebben in een algemeen vertegenwoordigend lichaam. Ook in het kader van het ouderenbeleid is er sprake van differentiatie naar leeftijdsgroepen (55-75 jaar). Het hanteren van een leeftijdscriterium behoeft dan ook nog geen discriminatie op grond van leeftijd op te leveren."[74]

De Kaderrichtlijn

Op 2 december 2000 is Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot het instellen van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (de Kaderrichtlijn) in werking getreden.[75] De Kaderrichtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten

74 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 16-17. De regering kondigt dan een onderzoek naar leeftijdsgrenzen aan: "Wij achten het van belang om eerst een inzicht te krijgen van de situaties waarin leeftijdscriteria worden gehanteerd. Uit onderzoek moet blijken in welke gevallen het hanteren van het leeftijdscriterium een knelpunt kan opleveren, dat door middel van wetgeving moet opgelost. In het kader van de normale werkzaamheden zullen door de ministeries van Binnenlandse Zaken en Justitie in overleg met ieder departement afzonderlijk de voornaamste knelpunten van de onder dat departement ressorterende wet- en regelgeving worden geïnventariseerd en bezien. Uitgangspunt van het onderzoek is dat leeftijd in veel gevallen een objectief en geschikt criterium is dat in het licht van de doelstelling van de betreffende regeling juist de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kan dienen. In het onderzoek zal bijzondere aandacht worden besteed aan leeftijdsgrenzen die voor ouderen van belang zijn. Na de inventarisatie zullen wij de resultaten bezien met het oog op de richting van de te kiezen oplossingen van de knelpunten." Zie ook: *Kamerstukken II* 1999/00, 26 880, nr. 3, p. 2: "In het kader van de voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel is aan alle departementen een inventarisatie voorgelegd van relevante leeftijdsgrenzen in wet- en regelgeving. Bij brief van 7 mei 1999 is de Tweede Kamer terzake geïnformeerd."

75 *Pb*, L 303, p. 16.

het beginsel van gelijke behandeling kan worden toegepast.[76] De Kaderrichtlijn geeft voor rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid drie hoofdcategorieën: (i) publieke belangen (art. 2 lid 5); (ii) een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste (art. 4 lid 1); en (iii) rechtvaardiging in het kader van nationale wetgeving door een legitiem doel (inclusief arbeidsmarktbeleid) op basis van passende en noodzakelijke middelen (art. 6 lid 1).

Deze Europese grondslag van het gelijke behandelingsrecht en het verbod van leeftijdsdiscriminatie wordt versterkt door belangrijke rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).[77] Die rechtspraak is ook maatgevend voor de wijze waarop de nationale rechter[78] en ook het College voor de Rechten van de Mens op Nederlands niveau oordelen.[79] Daarbij heeft onder meer te gelden dat het verbod van leeftijdsdiscriminiatie een algemeen beginsel van Unierecht is en mitsdien hetgeen daarmee in strijd komt door de nationale rechter, onder omstandigheden buiten beschouwing moet worden gelaten, ook in gedingen tussen particulieren.[80]

Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd

Met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (Wgbl) is ten aanzien van de non-discriminatiegrond leeftijd uitvoering gegeven aan de Kaderrichtlijn. De Wgbl is met ingang van 1 mei 2004 in werking getreden.[81]

76 Art. 1 Kaderrichtlijn.

77 Daaronder wordt hierna ook verstaan het Hof van Justitie van de EG. Zie voor een bespreking hiervan naar de stand van 2012, A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese Leeftijdsdiscriminatierecht', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012/4.

78 Zo overwoog de Hoge Raad in het KLM-vliegersarrest expliciet dat de Wgbl, waarbij de Kaderrichtlijn is geïmplementeerd, in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU moet worden uitgelegd, HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM-vliegers), m.nt. M.R. Mok, r.o. 4.4.

79 Zie voor recente voorbeelden van oordelen waarin het CRM verwees naar rechtspraak van het HvJ EU: CRM 11 december 2015, Oordeel 2015-52 en CRM 20 april 2015, Oordeel 2015-37.

80 HvJ EG 19 januari 2010, C-555/07, *JAR* 2010/53 (Kücükdeveci) en HvJEU 22 november 2005, C-144/04, *NJ* 2006/227 (Mangold), m.nt. M.R. Mok. Zie ook: HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM-vliegers), m.nt. M.R. Mok. Zie over de belangrijke betekenis van de directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen voor het nationale recht D.F. Berkhout, 'Arbeidsrechtelijke annotaties 2010', aflevering 2.

81 *Stb.* 2004, 90. De implementatie van de Kaderrichtlijn met betrekking tot de overige non-discriminatiegronden vond plaats in afzonderlijke wetgevingstrajecten, o.a. in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), *Stb.* 2004, 119.

In art. 3 Wgbl is bepaald dat onderscheid verboden is bij:

a. de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking;
b. de arbeidsbemiddeling;
c. het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding;
d. het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar;
e. de arbeidsvoorwaarden;
f. het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding;
g. de bevordering; en
h. de arbeidsomstandigheden.

Er is een belangrijk verschil tussen het verbod van leeftijdsdiscriminatie en het verbod van discriminatie op andere gronden. Direct onderscheid naar leeftijd is niet per definitie verboden. Indien er een goede rechtvaardiging voor is, is ook direct onderscheid naar leeftijd toegestaan.[82] Dit is ook zo geregeld in art. 6 Kaderrichtlijn.

Op grond van art. 1 aanhef en onder a Wgbl wordt onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid verstaan. Van direct onderscheid is sprake indien een persoon op grond van leeftijd op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld.[83] Indirect onderscheid doet zich voor als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde leeftijd in vergelijking met andere personen bijzonder treft.[84] In de Memorie van Toelichting bij de Wgbl werden als voorbeelden van indirect onderscheid genoemd het in een advertentie hanteren van criteria als "pas-afgestudeerd" of "aankomend" of het stellen van de eis van een bepaald aantal jaren werkervaring.[85]

In art. 7 Wgbl zijn uitzonderingen opgenomen ten aanzien van het verbod op leeftijdsonderscheid. Het verbod op het maken van leeftijdsonderscheid geldt volgens de Wgbl niet indien het onderscheid:

82 Art. 7 Wgbl.
83 Art. 1 aanhef en onder b Wgbl.
84 Art. 1 aanhef en onder c Wgbl.
85 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 17.

a. gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;
b. betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd;
c. anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Deze uitzonderingen betekenen al direct dat "groepskenmerken" als zodanig nauwelijks bepalend kunnen zijn voor het maken van leeftijdsonderscheid. Er moet altijd een relatie zijn tot een belang. Met name de rechtvaardigingsgronden onder a en c zien op een nog te maken belangenafweging.

Bij invoering van de Wgbl was in art. 14 bepaald dat de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) kon onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de Wgbl. De in de Awgb genoemde artikelen met betrekking tot de CGB werden van overeenkomstige toepassing verklaard. Per 1 oktober 2012 is het College voor de Rechten van de Mens (CRM) opgericht. De taken van de CGB zijn per die datum overgenomen door het CRM (art. 14 Wgbl). Voor zowel de CGB als het CRM geldt dat diens oordelen noch de kracht van bindend advies noch van een (pseudo)rechterlijke uitspraak hebben. De wet verbindt aan de resultaten van een onderzoek door het CRM geen specifieke rechtsgevolgen. Het zijn het gezag en de deskundigheid van het CRM die bepalend zijn voor wat de rechter, het bestuur, belanghebbenden of betrokkenen met eventuele bevindingen en aanbevelingen doen, zo volgt uit de wetsgeschiedenis met betrekking tot de oprichting van het CRM.[86]

In de Memorie van Toelichting bij de Wgbl is ten aanzien van bijzondere karakter van de non-discriminatiegrond leeftijd en de manier waarop deze grond moet worden getoetst het volgende opgemerkt:

86 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 467, nr. 3, p. 30.

> "Dit sluit ook aan bij de aard van het criterium leeftijd. Al bij de totstandkoming van de Awgb heeft de regering er op gewezen dat, in tegenstelling tot de non-discriminatiegronden die in de Awgb worden genoemd, leeftijd niet bij voorbaat als een verdacht criterium voor onderscheid kan worden aangemerkt. Een leeftijdscriterium kan een objectief element zijn en vanuit het oogpunt van rechtszekerheid ook wenselijk worden geacht. Verder is leeftijd, anders dan ras of geslacht, geen constante eigenschap of persoonlijk kenmerk. Leeftijd is een relatief begrip, iedereen die nu oud is, is daarvoor jong geweest. Bovendien heeft onderscheid naar leeftijd vaak een beschermend karakter. De maatschappelijke opvattingen op dit terrein blijven in ontwikkeling.
>
> De objectieve rechtvaardiging als algemene uitzonderingsgrond biedt de mogelijkheid om rekening te houden met de veranderende opvattingen in de samenleving omtrent het gebruik van leeftijd als onderscheidend criterium. Toetsing door de Commissie gelijke behandeling en door de rechter kan hier nader inhoud aan geven. Dit komt de rechtsontwikkeling ten goede."[87]

De praktijk

In Nederland werd in 2005 in 99% van de cao's leeftijdsonderscheid gemaakt bij aanvang van, gedurende of bij beëindiging van de arbeidsverhouding.[88] Heel bijzonder was dat dus niet. Er is sindsdien hiervoor in toenemende mate aandacht en cao-partijen staan stil bij de vraag of een onderscheid nog gerechtvaardigd is.[89]

In februari 2009 is door de CGB een rapport uitgebracht met daarin de resultaten van de evaluatie van de Wgbl over de jaren 2004-2008.[90] Uit het evaluatierapport blijkt onder andere dat de non-discriminatiegrond leeftijd in die periode de "hofleverancier" was voor de CGB met bijna 1900 informatieve vragen en ruim 750 verzoeken om een oordeel, 320 oordelen en dertien adviezen. Leeftijdszaken maakten daarmee ongeveer 25% tot 30% van de activiteiten van de CGB uit. De afgelopen jaren is het aantal leeftijdszaken wat afgenomen, zo kan uit onderstaande tabel worden afgeleid.

87 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 12.
88 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 170, nr. 40, p. 3. Het onderzoek betrof 122 cao's.
89 Zie bijv.: 'Verder met vernieuwen', Nota arbeidsvoorwaardenbeleid 2016, VNO-NCW/MKB-Nederland/AWVN.
90 www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2009/06/11/wgbl-geen-symbool-wetgeving-evaluatie-van-de-wet-gelijke-behandeling-op-grond-van-leeftijd-bij-de-arbeid-2004-2008.

Aantal vragen, verzoeken om oordelen en oordelen over leeftijd CRM (tot 1 oktober 2012 de CGB)[91]

Jaar	Aantal vragen abs.	Aantal vragen %	Verzoeken om oordeel abs.	Verzoeken om oordeel %	Oordelen abs.	Oordelen %
2012	156	14%	135	21%	34	16%
2013	235	12%	84	17%	32	17%
2014	202	12%	100	22%	31	17%

In de jaren 2012, 2013 en 2014 gingen de meeste oordelen over geslacht. In 2014 betrof dit 24% van de oordelen, terwijl 17% dus betrekking had op leeftijd.[92]

RADAR[93] publiceerde in november 2015, onder verwijzing naar onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau, een factsheet waaruit blijkt dat leeftijdsdiscriminatie de meest ervaren vorm van discriminatie is.[94] Dit is al zo vanaf de leeftijd van 45 jaar. Van de 55-64-jarigen heeft 12% van de ondervraagden in het jaar voorafgaand aan het onderzoek leeftijdsdiscriminatie ervaren. Leeftijd speelt ook een grote rol in de discriminatie-ervaringen van jongeren. In de leeftijdsgroep 15-24 jaar heeft 17% van de ondervraagden ervaring met discriminatie op deze grond.

6.3.3 Toetreding tot de arbeidsmarkt

Bij toetreding tot de arbeidsmarkt zijn twee vormen van leeftijdsdiscriminatie mogelijk: iemand wordt te jong of te oud geacht voor een bepaalde functie. Het laatste komt het meeste voor. Aan de basis daarvan ligt vaak

91 De cijfers volgen uit het Jaarverslag CRM van 2014, www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/35410.

92 Jaarverslag CRM 2014, p. 38, www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/35410.

93 Bureau voor gelijke behandeling en tegen discriminatie werkzaam in de regio's Rotterdam-Rijnmond, Midden- en West-Brabant, Brabant-Noord en Zuid-Holland-Zuid

94 radar.nl/file/2823267/factsheet+leeftijdsdiscriminatie+DEF.pdf.

stereotypering. In 2013 is dat voor meerdere discriminatiegronden, waaronder leeftijd, onderzocht door het CRM.[95] Stereotypering speelt in 2016 nog steeds een belangrijke negatieve rol in wervings- en selectieprocessen. Uit het hierboven genoemde evaluatierapport met betrekking tot de Wgbl blijkt dat in de periode 2005-2008 de meeste leeftijdszaken die de toenmalige CBG beoordeelde, betrekking hadden op advertenties en selectie en afwijzingen van sollicitanten voor een bepaalde functies vanwege leeftijd (tegen de 40%).[96] Deze stereotypering treft vooral ouderen. Zij worden al snel te oud gevonden om bepaalde functies nog met succes te kunnen uitoefenen. Opvallend was dat de meeste klagers mannen waren tussen de 45 en 65 jaar. Ook nadien is het een belangrijke categorie klachten gebleven.

Het CRM heeft op dit punt ten aanzien van de grond leeftijd een uitermate consequente oordelenlijn ontwikkeld. Het zijn met name competenties die beslissend behoren te zijn bij de keuzes die gemaakt worden bij werving en selectie:

> "Daarbij merkt het College ten overvloede op dat selectie voor een functie dient plaats te vinden op basis van competenties van sollicitanten en niet op basis van leeftijd (vergelijk Commissie Gelijke Behandeling, thans College, 11 december 2009, 2009-123, overweging 3.16 en 3.23). De aanname van verweerster, dat het leervermogen van aios ouderengeneeskunde van 50 jaar en ouder, zoals verzoekster, onvoldoende is, is door verweerster ook niet nader onderbouwd en lijkt daarentegen te zijn gebaseerd op vooroordelen (vergelijk onder meer CGB-advies/2005/06, p. 14 en Commissie Gelijke Behandeling, thans College, 4 september 2012, 2012-147, overweging 3.11 en College voor de Rechten van de Mens, 28 maart 2013, 2013-39, overweging 3.17 en College 11 november 2013, 2013-141, overweging 3.11). De gelijke behandelingswetgeving heeft juist tot doel dergelijke op stereotypen gebaseerde aannames tegen te gaan."[97]

95 www.mensenrechten.nl/wat-zijn-mensenrechten/discriminatie#Wat-is-discriminatie: "Onderzoek naar stereotypering bij toegang op de arbeidsmarkt. In 2013 deed het College een literatuuronderzoek naar de achterliggende mechanismen van discriminatie. Het College zette de bevindingen van nationaal en internationaal wetenschappelijk onderzoek naar stereotypen op een rij en paste deze toe op werving- en selectieprocessen. Uit onderzoek blijkt dat, óók bij gelijkwaardige CV's, oudere werkzoekenden (55), mensen van niet-westerse komaf, mensen met een handicap en vrouwen (in sommige banen), minder kans hebben op een baan. Hier speelt discriminatie naar leeftijd, etniciteit, handicap of sekse onmiskenbaar een rol."

96 www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2009/06/11/wgbl-geen-symbool-wetgeving-evaluatie-van-de-wet-gelijke-behandeling-op-grond-van-leeftijd-bij-de-arbeid-2004-2008, p. 52.

97 CRM 20 november 2014, Oordeel 2014-144. Zie bijv. ook: CRM 29 oktober 2015, Oordeel 2015-123.

Jongeren lopen bij hun toegang tot de arbeidsmarkt tegen andere belemmeringen aan dan ouderen. Er is soms simpelweg geen ruimte omdat de te vergeven functies al zijn bezet en de demografische opbouw geen ruimte laat voor uitbreiding. Een krappe arbeidsmarkt kan reden zijn tot leeftijdsspecifieke stimuleringsmaatregelen. Niet zozeer vanwege groepskenmerken doch om redenen van arbeidsmarktbeleid. De leeftijd wordt dan noodzakelijkerwijs wel aangegrepen om de groep waarvoor dit beleid noodzakelijk is te definieren. Puur individueel en per geval kijken is in het kader van dergelijk beleid niet mogelijk.

Arbeidsmarktbeleid dient overigens om onderscheid naar leeftijd te kunnen rechtvaardigen een wettelijke grondslag te hebben. Die kan bijvoorbeeld worden gevonden in de begrotingswetten van het ministerie van SZW.[98]

Zo werd een leeftijdsgrens van dertig jaar in een stimuleringsmaatregel die het intreden van jonge leerkrachten bevorderde, gerechtvaardigd geacht vanwege de omstandigheid dat alleen op die manier voorkomen kon worden dat gedurende acht jaren een hele "verloren" groep van afgestudeerde pabo'ers zou ontstaan.[99] Ook het specifiek werven van jongeren van 18 tot 27 jaar in het kader van het kabinetsbeleid Aanpak Jeugdwerkloosheid is toegestaan.[100] Indien leeftijdsspecifiek wordt geworven moet de reden daarvan ook in de advertentie zijn vermeld.[101]

Van een andere aard is het onderscheid waarvan jongeren last kunnen hebben als zij een (bij)baan bijvoorbeeld in de retailsector of horeca hebben. Op zichzelf is het niet erg moeilijk een dergelijke bijbaan als vakkenvuller, cassière, verkoopmedewerker of ober te bemachtigen. Het grote probleem is deze te houden op het moment dat de flexwetgeving voorschrijft dat een vast dienstverband behoort te worden verleend en bovendien het minimumloon hoger wordt op grond van de regels met betrekking tot het minimumjeugdloon. Dat probleem is lastig op te lossen. In de jaren 2005 en 2006

98 CRM 22 augustus 2014, Oordeel 2014-99: "De voorganger van het College, de Commissie Gelijke Behandeling (CGB), heeft eerder geoordeeld dat werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bestrijding van jeugdwerkloosheid dat is gebaseerd op begrotingswetten van het Ministerie van SZW, kan worden aangemerkt als beleid dat bij of krachtens wet is vastgesteld, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel a, WGBL (vgl. CGB 12 oktober 2006, Oordeel 2006-208, overweging 3.17, en CGB 5 november 2007, Oordeel 2007-191, overweging 3.14)."

99 Art. 7 aanhef en onder a Wgbl en CRM 24 april 2015, Oordelen 2015-47 en 2015-48.

100 CRM 22 augustus 2014, Oordeel 2014-99.

101 Art. 9 Wgbl. Het CRM verklaart herhaaldelijk klachten gegrond op dit punt. Zie bijv. Oordelen 2015-51, 2014-111, 2014-83, 2014-44 en 2014-38.

vroegen de vakbonden hiervoor terecht aandacht.[102] Het CRM wijdde er een onderzoek aan.[103] De minister van Sociale Zaken en Werkgelegheid reageerde daarop en stelde dat ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd bestreden moest worden.[104] Hij zag echter geen aanleiding voor extra maatregelen. De mogelijkheid om te klagen bij een anti-discriminatiebureau[105] en CGB en een civiele procedure te entameren zou voldoende zijn.

Er is in het vervolg hierop een tijdelijke wettelijke maatregel geweest, de Wet tijdelijke verruiming ketenregeling,[106] die voor jongeren tot de 27 jaar vier in plaats van drie tijdelijke contracten achter elkaar toestond. In de ketenregeling van de Wwz is in art. 7:668 lid 11 BW een uitzondering opgenomen voor jongeren die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt, indien de gemiddelde omvang van de door hen verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week bedraagt. De leeftijd van achttien jaar is hier als grens gekozen omdat tot dat moment de leerplicht geldt. Dat betekent in de optiek van de wetgever per definitie dat elke baan van geringe omvang tot de 18-jarige leeftijd van "bijkomende aard" is. Daarmee zou de bescherming van art. 7:668a BW niet noodzakelijk zijn.[107] Houweling roept bij zijn bespreking van dit artikel de vraag op of dit een voldoende rechtvaardiging voor deze bepaling is.[108] Hij geeft echter zelf het antwoord door op te merken dat het Hof Amsterdam in 2014[109] oordeelde dat de regeling van de tijdelijke Wet verruiming ketenregeling tot 27 jaar geen verboden onderscheid op grond van leeftijd maakte, vanwege de ruime "margin of appreciation" die lidstaten toekomt.[110] Verhulp wijst in dit verband ook op het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2006 in de zaak Staat tegen FNV en CNV Jongerenorganisatie met betrekking tot het minimumjeugdloon voor 13- en 14-jarigen.[111] Verhulp merkt op dat uit dit arrest volgt dat de wet- en

102 www.trouw.nl/tr/nl/4324/Nieuws/article/detail/1708968/2005/08/03/Onderzoek-naar-discriminatie-op-leeftijd-in-supermarkten.dhtml.
103 Advies inzake Leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche "TE JONG TE OUD", 2006/02.
104 *Kamerstukken II* 2005/06, 28 170, nr. 46, p. 3
105 Als bedoeld in art. 1 Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen.
106 *Stb.* 2010, 274.
107 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 15 en 42.
108 A.R. Houweling, *Commentaar (Arbeidsrecht Thematisch) bij Burgerlijk Wetboek Boek 7, Artikel 668a*, Den Haag: SDU Uitgevers 2015, aantekening C7, bijgewerkt tot 3 september 2015.
109 Hof Amsterdam 5 augustus 2014, *JAR* 2014/223, m.nt. E.L.J. Bruyninckx.
110 Die "margin of appreciation" volgt volgens het Hof uit het Kücüdeveci-arrest, HvJ EG 19 januari 2010, C-555/07, *JAR* 2010/53.
111 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, *NJ* 2015/447, m.nt. E. Verhulp.

regelgever een zekere mate van beoordelingsvrijheid heeft bij de keuze van de vorm van wet- en regelgeving of de inrichting daarvan, ook als die leeftijdsdiscriminatie met zich brengt, zij het dat de wetgever die keuze dan wel gemotiveerd dient te maken.

6.3.4 Beloning

Gerritsen constateerde in 1996 dat beloning naar leeftijd feitelijk een belemmering vormde voor toegang tot de arbeid. Beloning naar leeftijd is in de twintig jaar daarna in toenemende mate onderwerp van kritiek geworden. Deze vorm van belonen wordt kritisch beoordeeld door het Hof van Justitie.[112] In Nederland kennen we beloning naar leeftijd alleen nog bij het minimumjeugdloon. Voor het overige vindt er veelal beloning naar anciënniteit of ervaring plaats. Indirect heeft dat natuurlijk ook met leeftijd te maken. Gerritsen constateerde in 1996 dat daardoor de invloed van prestatie op de beloning wordt verminderd en dat daarvan een gelijkschakelende werking uitgaat. Hoewel zij onderkent dat een dergelijk systeem beschermt tegen willekeur van de werkgever, schaart zij dit toch onder de categorie "averechtse effecten" en noemt de argumenten voor dit systeem "vaag en weinig overtuigend". Zowel het minimumjeugdloon als de inschaling gaven de afgelopen twintig jaar aanleiding tot debat.

Tot aan de Hoge Raad is geprocedeerd over de vraag of het niet vaststellen van een minimumjeugdloon voor 13- en 14-jarigen in strijd was met het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Voor deze categorie gold immers een uitzondering op het verbod van kinderarbeid doch geen minimumjeugdloon. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat voor dat onderscheid een redelijke en objectieve rechtvaardiging aanwezig is.[113] Vijftien jaar wordt ook in internationaal verband gezien als de leeftijd waarop toetreding tot de arbeidsmarkt aanvaardbaar is.[114] Voor 13- en 14-jarigen is er slechts een

112 HvJ EG 19 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:200, *JAR* 2014/195 (Thomas Specht/Duitsland).

113 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, *NJ* 2015/447, m.nt. E. Verhulp.

114 Richtlijn 94/33/EG van de Raad van 22 juni 1994 betreffende de bescherming van jongeren op het werk, *PbEG* 1994, L 216, en art. 7 lid 1 ESH, waar de minimumleeftijd voor deelname aan het arbeidsproces op 15 jaar wordt gesteld, of de leeftijd waarop de voltijdse leerplicht eindigt en in ieder geval niet lager dan 15 jaar. Zie voor een overzicht van minimumleeftijden over de hele wereld www.loonwijzer.nl/home/arbeidsvoorwaarden/wereldkaart-arbeidsrecht.

beperkte uitzondering op het verbod van kinderarbeid en wel voor niet-zelfstandige hulparbeid en bijzondere werkzaamheden van incidentele aard. Uitgangspunt voor hen behoort te zijn dat zij onderwijs volgen. De onder strikte voorwaarden voor deze kinderen toegestane arbeid behoort daarom ook niet gericht te zijn op het verwerven van inkomen. De Hoge Raad oordeelt dat een minimumjeugdloon nu juist de indruk zou kunnen wekken dat inschakeling van deze kinderen in het gewone arbeidsproces aanvaardbaar zou kunnen zijn. In feite is de groep kinderen van deze leeftijdscategorie daarmee uitgesloten van de bescherming bij de arbeid juist omdat zij niet geacht worden arbeid te verrichten. Dit arrest is door Verhulp geannoteerd.[115] Hij stelt dat de 13- en 14-jarigen andere werkzaamheden verrichten zodat van gelijk werk dat gelijke beloning rechtvaardigt niet zonder meer sprake is.

Recent is in de Tweede Kamer de motie Van Weyenberg aangenomen die de regering verzoekt om met het uitgangspunt "gelijke beloning voor gelijk werk" de minimumjeugdlonen substantieel te verhogen en meer gelijk te trekken met het minimumloon.[116] Verhulp gaat ervan uit dat dit voor de 13- en 14-jarigen geen gevolgen zal hebben.

Vakbond FNV meent dat minimumjeugdlonen niet te rechtvaardigen zijn: "Jongeren mogen als ze 18 zijn stemmen, autorijden, alcohol drinken, trouwen en zorgpremie betalen, maar als ze werken, krijgen ze nog niet eens de helft van een volwassen loon."[117] De cao van de Bijenkorf is de eerste waarin de minimumjeugdlonen stapsgewijs worden afgebouwd. Deze cao maakt duidelijk dat het voor werkgevers ook financierbaar moet blijven. Bij de Bijenkorf is in ruil voor het afbouwen van het minimumloon de zondagstoeslag verlaagd.[118] De combinatie van die twee afspraken maakt duidelijk dat maatschappelijke opvattingen de afgelopen jaren verschoven zijn. Gerritsen constateerde immers nog verzet van werknemers in de detailhandel tegen verruimde openingstijden. Nu is de zondag in die sector een vrij normale werkdag geworden.

115 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216, *NJ* 2015/447, m.nt. E. Verhulp.
116 *Kamerstukken II* 2014/15, 29 544, nr. 647.
117 www.nrcq.nl/2015/04/02/tot-je-23e-krijg-je-minder-geld-voor-hetzelfde-werk-is-dat-eerlijk.
118 www.fnv.nl/sector-en-cao/alle-sectoren/handel/bijenkorf/nieuws/1125319-caoakkoord_de_bijenkorf_incl._tekst_van_het_akkoord. Zie ook: www.awvn.nl/actueel-site/Documents/WG-2015-4/WERKGEVEN-2015-4-BIJENKORF.pdf.

In het in 2015 gesloten akkoord voor de Cao voor de supermarkten is het minimumjeugdloon alleen voor 22-jarigen afgeschaft. Dat is volgens de FNV een lege huls. FNV is daarmee dan ook niet akkoord gegaan.[119] CNV ziet dat echter anders. CNV ziet het als eerste stap en accepteert dus dat de totale afschaffing van het minimumjeugdloon er niet in één keer kan komen.[120] Het toont aan dat de vraag wanneer leeftijdsonderscheid (nog) gerechtvaardigd is nog steeds in redelijkheid verschillend kan worden beoordeeld.

Hoofdregel ten aanzien van beloningsmaatstaven in het algemeen is dat deze transparant moeten zijn.[121] Op zichzelf kunnen stelsels die inschalen op anciënniteit daaraan voldoen. Het probleem uit een oogpunt van discriminatie ten aanzien van dergelijke systemen is niet zozeer leeftijdsdiscriminatie maar indirecte discriminatie naar geslacht.[122]

Onderscheid kan echter ook in andere aspecten dan de directe uitbetaling gelegen zijn. Indien echter bijvoorbeeld voor het achttiende jaar gewerkte tijdvakken bij de inschaling niet worden meegeteld, hetgeen negatief uitwerkt op de beloning, is wel sprake van leeftijdsdiscriminatie.[123]

6.3.5 Ontslag

Gerritsen schreef in 1996 dat de eerder vaste leeftijdsgrens van 65 jaar voor beëindiging van deelname aan het arbeidsproces op dat moment niet meer zo duidelijk als ijkpunt aanwezig was. Als oorzaken noemde zij het gebruik van werkloosheidsregelingen, WAO en "vrijwillig" vervroegde uittreding. Mensen verlieten dus eerder het arbeidsproces. Ten aanzien van de leeftijd waarop mensen het arbeidsproces verlaten kan toch wel worden gezegd dat sprake is van een aardverschuiving. In plaats van dat werknemers in grote getalen uitvloeien voordat zij 65 jaar zijn, is de balans juist naar de andere kant doorgeslagen. De participatie van ouderen op de arbeidsmarkt neemt toe.[124] Steeds meer mensen werken ook na hun 65e jaar door. Zo

119 www.fnv.nl/over-fnv/pers/persberichten/persarchief/2015/december/1153535-caoakkoord_supermarkten_slecht_voor_werknemers.
120 ikwerkindesupermarkt.nl/nieuws/detail/cnv-bereikt-onderhandelingsresultaat-voor-supermarktmedewerkers.
121 HvJ EG 17 oktober 1989, *Jur. 1989*, nr. 109/88, p. 3199 (Danfoss).
122 CRM 15 mei 2006, Oordeel 2006-98 en CGB 21 februari 2011, Oordeel 2011-25
123 HvJ EG 18 juni 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ1506, *RAR* 2009/122 (Hütter), m.nt. M.R. Mok en HvJ EG 28 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:38, *RAR* 2015/49 (Starjakob).
124 www.cbs.nl/NR/rdonlyres/71492987-A413-4053-AFDE-6C7EC4D931C1/0/20131004v4art.pdf.

werkten er in 2006 in de leeftijdscategorie 65 tot 70 jaar nog 67.000 mensen en waren dat er in 2009 al 83.000.[125] In 2013 was dit aantal al opgelopen tot 125.000. De gemiddelde leeftijd waarop werknemers met pensioen gaan is de afgelopen jaren fors opgelopen. In 2006 ging de grootste groep bij 60 jaar met pensioen, met nog een kleine piek bij 65 jaar. Terwijl in 2013 de gemiddelde pensioenleeftijd 63,9 jaar was en de grootste uitstroompiek bij het bereiken van de AOW-leeftijd lag.[126] Gelet op een aantal recente wettelijke maatregelen ligt het voor de hand dat de arbeidsparticipatie onder 65-plussers alleen maar verder zal toenemen.

De belangrijkste wettelijke maatregel in dit verband is de (versnelde) verhoging van de leeftijd waarop recht bestaat op algemeen ouderdomspensioen (de AOW-leeftijd). Op grond van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd is art. 7a Algemene Ouderdomswet (AOW) toegevoegd. Per 1 januari 2013 is de AOW-leeftijd stapsgewijs verhoogd. Tot en met 2015 is de AOW-leeftijd ieder jaar met één maand gestegen. Daarna is sprake van een snellere stijging. In 2021 is de AOW-leeftijd 67 jaar en vanaf 2022 is de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting.[127]

Ook de aanpassing van fiscale regels draagt bij aan langer doorwerken. Zo zijn de (vrijwillige) vervroegde uittredingen per 2005 aan banden gelegd door de pseudo-eindheffing[128] (van maar liefst 52%) voor regelingen voor vervroegde uittreding.[129] Daarnaast is op grond van de Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd in het zogenaamde Witteveenkader de pensioenrichtleeftijd[130] met ingang van 2014 verhoogd van 65 naar 67 jaar.[131] Vanaf 2015 is de pensioenrichtleeftijd net als de AOW-leeftijd gekoppeld

125 statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=71949ned&D1=a&D2=a&D3=(l-11)-l&HD=090206-0932&HDR=T&STB=G1,G2.
126 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 073, nr. 3, p. 5.
127 Art. 7a lid 2 AOW.
128 Art. 32ba (voorheen 32aa) lid 1 Wet op de loonbelasting.
129 Onder een regeling voor vervroegde uittreding (ook wel: RVU) wordt verstaan een regeling die of een gedeelte van een regeling dat uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ten doel heeft voorafgaand aan het ingaan van uitkeringen ingevolge een pensioenregeling of de AOW te voorzien in een of meer uitkeringen of verstrekkingen ter overbrugging van de periode tot het ingaan van het pensioen of de uitkering ingevolge de AOW dan wel tot het aanvullen van uitkeringen ingevolge een pensioenregeling (art. 32ba lid 6 Wet op de loonbelasting).
130 De pensioenrichtleeftijd is de wettelijke leeftijd waarop werknemers zonder nadere fiscale regels met pensioen kunnen gaan.
131 Art. 18a lid 6 Wet op de loonbelasting.

aan de ontwikkeling van de levensverwachting.[132] Tot op heden heeft dat nog niet tot aanpassing van de pensioenrichtleeftijd geleid (die is nog altijd 67 jaar).

Ouderen zullen dus – soms vanuit financieel oogpunt bezien: noodgedwongen – langer doorwerken. Dat dit in 2006 in ieder geval nog niet altijd zo eenvoudig was, blijkt wel uit het in dat jaar op verzoek van het Ministerie van SZW verschenen rapport met de veelzeggende titel: 'U hoeft toch niet meer te werken?', waarin werd geconcludeerd dat betaald werken na 65 jaar nog geen vanzelfsprekendheid was en werkgevers nog niet op grote schaal bereid waren deze groep werknemers aan het werk te houden.[133] Hoewel bij werkgevers nog steeds negatieve ideeën bestaan over ouderen, is dit beeld inmiddels aan het kantelen. Werknemers zijn steeds vaker bereid en in staat om langer door te werken en werkgevers zijn bereid werknemers langer te laten werken.[134] Gelet op dit (kantelende) beeld, voornoemde wettelijke maatregelen en de vergrijzing van de Nederlandse beroepsbevolking is – zoals gezegd – onze verwachting dat een steeds grotere groep 65-plussers zal doorwerken.

Veel werkgevers hechten er evenwel ook aan om een bepaald vast eindmoment te hebben waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Voorheen was die leeftijd – zoals Gerritsen in 1996 al opmerkte – 65 jaar. Niet voor niets blijkt uit in 2010 uitgevoerd onderzoek dat voor 96% van de werknemers geldt dat in de cao's een zogenaamd pensioenontslagbeding is opgenomen, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar.[135] Uit het onderzoek bleek dat het pensioenontslagbeding op verschillende manieren was geformuleerd. Als eindmoment werden genoemd: 65 jaar, de AOW-leeftijd of de pensioengerechtigde leeftijd. Op dat moment was dit vrijwel altijd hetzelfde: namelijk 65 jaar. Met de verhoging van de AOW-leeftijd en de in veel pensioenreglementen – naar aanleiding van de hiervoor genoemde verhoging van de fiscale pensioenrichtleeftijd – verhoogde pensioengerechtigde leeftijd, is 65 jaar niet meer het ijkpunt dat het lang is geweest.

132 Art. 18a lid 11 Wet op de loonbelasting.
133 zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-28170-46-b2.
134 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 073, nr. 3, p. 6.
135 J.P.M. Smits e.a., 'Perspectief op langer doorwerken (2010), Een onderzoek naar cao-afspraken tussen sociale partners met betrekking tot langer doorwerken' *Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*, 2010, p. 35 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 55.

Steeds vaker wordt de AOW-leeftijd als nieuw ijkpunt gebruikt. Met invoering van de Wwz per 1 juli 2015 is het bereiken van de AOW-leeftijd (of een andere voor de werknemer geldende pensioenleeftijd) als bijzondere grond voor opzegging van de arbeidsovereenkomst (zonder toestemming van het UWV) in de wet opgenomen.[136] Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens het bereiken van de AOW-leeftijd levert geen strijd op met de Wgbl. In art. 7 lid 1 aanhef en onder b Wgbl is namelijk een specifieke uitzondering opgenomen op het verbod op leeftijdsonderscheid voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst in verband met het bereiken van de AOW-leeftijd, of een bij of krachtens de wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd.

Er is inmiddels een behoorlijke stroom aan rechtspraak ontstaan over de vraag of het (al dan niet van rechtswege) laten eindigen van een arbeidsovereenkomst bij het bereiken van een bepaalde leeftijd verboden onderscheid op grond van leeftijd oplevert.[137] In algemene zin kan daaruit worden afgeleid dat ontslag wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, toen deze leeftijd tevens de leeftijd was die aanspraak gaf op AOW, in beginsel geen verboden onderscheid op grond van leeftijd opleverde. Ontslag op die leeftijd levert weliswaar onderscheid op grond van leeftijd op, maar wordt objectief gerechtvaardigd. Belangrijke legitieme doelen voor dit onderscheid zijn het creëren van duidelijkheid en doorstroming op de arbeidsmarkt. Daarnaast is van belang dat er op de betreffende leeftijd aanspraak bestaat op een deugdelijk pensioen, zodat het gemaakte onderscheid ook aan de passend- en-noodzakelijkheidstoets voldoet.[138]

Het is de vraag of een pensioenontslag (al dan niet van rechtswege) bij 65 jaar ook in 2016 geen verboden onderscheid op grond van leeftijd oplevert. Nu de AOW-leeftijd inmiddels hoger is dan 65 jaar valt een dergelijk ontslag in ieder geval niet meer onder de uitzondering van art. 7 lid 1 aanhef en onder b Wgbl. Er zal dus voldaan moeten worden aan de eisen van

136 Art. 7:669 lid 4 BW.

137 Voor een uitgebreide analyse van de rechtspraak en verwijzingen naar relevante uitspraken met betrekking tot het pensioenontslag verwijzen wij naar onze bijdrage 'Pensioenontslag: de stand van zaken' in de bundel *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014: bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA*, p. 297-316.

138 Zie ook op dit punt uitgebreider onze bijdrage 'Pensioenontslag: de stand van zaken' in de bundel *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014: bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA*, p. 297-316.

de algemene uitzondering die is opgenomen in art. 7 lid 1 aanhef en onder c Wgbl. Als er op 65 jaar aanspraak bestaat op een redelijk ouderdomspensioen, zou daar naar onze inschatting nog steeds wel aan voldaan kunnen worden, maar er zal dus telkens een individuele toetsing moeten worden uitgevoerd.[139]

In 2012 oordeelde de Hoge Raad in het KLM-vliegersarrest dat een ontslagleeftijd van 56 jaar geen verboden onderscheid op grond van leeftijd opleverde.[140] De verkeersvliegers (van KLM) lijken evenwel een buitencategorie. Wij wijzen op de dure opleiding, het hoge salaris en de mogelijkheid tot volledige pensioenopbouw gedurende de kortere diensttijd. Daarbij komt dat het pensioenontslag was vastgelegd in de van toepassing zijnde cao. Uitgangspunt is dan ook dat een pensioenontslag bij een leeftijd jonger dan 65 jaar vrijwel altijd verboden onderscheid op grond van leeftijd zal opleveren.

Zoals we hiervoor bespraken is de vraag of een ontslag tussen de 65 jaar en de AOW-leeftijd verboden ondescheid oplevert een spannende. Pensioenontslag op de AOW-leeftijd levert geen problemen op. De Wgbl kent immers een specifieke uitzondering in art. 7 lid 1 aanhef en onder b en die uitzondering is naar onze mening in overeenstemming met de Kaderrichtlijn.[141]

Als de arbeidsovereenkomst niet eindigt bij het bereiken van de AOW-leeftijd, maar de werkgever wil de arbeidsovereenkomst na dat moment opzeggen, dan kan dat op grond van art. 7:669 lid 4 BW. Deze bepaling regelt namelijk dat de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd in verband met *of na* het bereiken van de AOW-leeftijd. In dat geval lijkt de uitzondering van art. 7 lid 1 aanhef en onder b Wgbl evenwel niet meer van toepassing, omdat deze bepaling alleen ziet op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst *in verband met* het bereiken van de AOW-leeftijd. Als na de AOW-leeftijd wordt opgezegd zal dat in beginsel niet meer zijn in verband met het bereiken van die leeftijd.[142] Er zal dus moeten worden

139 Zie ook op dit punt uitgebreider onze bijdrage 'Pensioenontslag: de stand van zaken' in de bundel *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014: bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA*, p. 297-316.

140 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3367, *NJ* 2012/547 (KLM-vliegers), m.nt. M.R. Mok.

141 Zie ook op dit punt uitgebreider onze bijdrage 'Pensioenontslag: de stand van zaken' in de bundel *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014: bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA*, p. 297-316.

142 Zie in die zin: Ktr. Bergen op Zoom 3 juli 2013, *JAR* 2013/235, m.nt. mr. P. Hufman.

getoetst aan de algemene rechtvaardigingsnorm uit art. 7 lid 1 aanhef en onder c Wgbl. Aangezien er na het bereiken van de AOW-leeftijd recht bestaat op een AOW-uitkering (en in de meeste gevallen een aanvullende pensioenregeling) menen wij dat iets sneller door de hoepel van de objectieve rechtvaardiging zal worden gesprongen dan bij een ontslag vóór de AOW-leeftijd.[143]

Als de werkgever een arbeidsovereenkomst opzegt in verband met of na het bereiken van de AOW-leeftijd (of een andere leeftijd waarop voor de werknemer recht op pensioen ontstaat) is geen transitievergoeding verschuldigd.[144] Dat lijkt ons ook niet meer dan logisch en geen strijd opleveren met het verbod op leeftijdsonderscheid. Er is op dat moment immers een andere inkomstenbron (AOW en – in veel gevallen – ouderdomspensioen) en transitie naar een nadere baan is vaak niet meer aan de orde. Als je al zou kunnen zeggen dat sprake is van gelijke gevallen, dan is er dus een objectieve rechtvaardiging[145] voor het gemaakte onderscheid.

Er is nog een (leeftijds)groep die geen recht heeft op een transitievergoeding, namelijk werknemers die op de dag van de opzegging van hun arbeidsovereenkomst nog niet de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt en gemiddeld ten hoogste twaalf uur per week werkten. Bij de behandeling van de Wwz heeft de regering twee argumenten genoemd voor toepassing van voornoemd onderscheid.[146] Ten eerste wijst de regering erop dat de betrokken werknemers vanwege hun bijzondere positie geen behoefte hebben aan de door de wettelijke regelingen geboden bescherming (en het is daarom niet nodig om werkgevers met de lasten daarvan te confronteren). Ten tweede stelt de regering dat toepasselijkheid van die regelingen ten koste gaat van de arbeidsmarktpositie van de betrokken werknemers. Verschillende schrijvers hebben de vraag opgeworpen of dit voldoende rechtvaardiging vormt voor het gemaakte onderscheid.[147]

143 Hufman durft in haar noot bij de in de vorige noot genoemde uitspraak daarover nog geen uitspraak te doen.

144 Art. 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW.

145 Art. 7 lid 1 aanhef en onder c Wgbl.

146 Zie met name: *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p. 9.

147 Zie bijv.: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht', *NJB* 2014/1677; E. Verhulp in zijn noot onder HR 10 november 2006, *NJ* 2015/447; E.T. Visser en R.M.R. Ngalle, 'WWZ en gelijke behandeling', *ArbeidsRecht* 2014/61; E.L.J Bruyninckx en P.C. Vas Nunes, 'De WWZ en gelijke behandeling', *TAP* 2015/172.

Per 1 januari 2016 is een nieuwe wet in werking getreden die de arbeidsparticipatie van mensen die recht hebben op een AOW-uitkering verder moet vergroten: de Wet werken na de AOW-gerechtigde leeftijd.[148] Onder andere de volgende punten worden gewijzigd voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt:

- De loondoorbetalingsplicht, de re-integratieverplichtingen van de werkgever en het opzegverbod bij ziekte worden beperkt tot dertien weken.
- De opzegtermijn voor het opzeggen van een arbeidsovereenkomst met een AOW-gerechtigde werknemer wordt beperkt tot één maand.
- De ketenregeling wordt verruimd.

De wet zorgt zodoende voor een lichter arbeidsrechtelijk regime voor personen die de AOW-leeftijd hebben bereikt. In de Memorie van Toelichting is een aparte paragraaf gewijd aan de relatie tot de Wgbl.[149] De regering licht daarin toe waarom zij van oordeel is dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor dit onderscheid. Allereerst wijst de regering erop dat de groep werknemers die de AOW-leeftijd heeft bereikt niet in alle opzichten vergelijkbaar is met de groep werknemers die deze leeftijd nog niet heeft bereikt. Daarnaast stelt de regering dat de doelstelling die ten grondslag ligt aan het onderscheid (faciliteren van werken na de AOW-gerechtigde leeftijd) legitiem is en de maatregel (wegnemen van belemmeringen) passend en noodzakelijk. Wij kunnen die redenering goed volgen, waarbij uiteraard wel geldt dat de praktijk zal moeten uitwijzen of de beoogde doelstelling ook daadwerkelijk wordt behaald en of er nog (onvoorziene) negatieve neveneffecten zijn. Wat dat laatste betreft is in de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk de mogelijkheid aan de orde gesteld dat de wet leidt tot verdringing van personen die nog niet de AOW-leeftijd hebben bereikt. Daarom worden er tegelijkertijd maatregelen genomen om verdringing tegen te gaan:

- De Wet minimumloon wordt ook van toepassing op AOW-gerechtigden.
- De Wet aanpassing arbeidsduur wordt buiten toepassing verklaard voor AOW-gerechtigde werknemers.

148 *Stb.* 2015, 376. Zie over deze wet uitvoerig: D.J.B de Wolff, 'Werken na de AOW-leeftijd', *ArbeidsRecht* 2015/46.

149 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 073, nr. 3, paragraaf 4.

6.3.6 Slotsom

Gerritsen had destijds een periode van vijftig jaar om op terug te kijken. Deze bijdrage overziet "slechts" twintig jaar maar in die twintig jaar tijd is er op het gebied van de regelgeving en rechtspraak met betrekking tot het verbod op leeftijdsonderscheid ongelofelijk veel gebeurd. Twintig jaar terug was er nog niets geregeld. Nu is er ter implementatie van de Europese Kaderrichtlijn een bijzondere wet, de Wgbl, die specifiek ziet op dit onderwerp en is er veel Europese en nationale rechtspraak die de wettelijke regels nader inkleurt.

Leeftijd lijkt zo'n handig en eenduidig criterium om grenzen te markeren. Aan het begin van het leven, ten aanzien van kinderen, accepteren we dat eigenlijk heel eenvoudig. Er wordt niet gekeken naar individueel ontwikkelingsniveau en competenties aan de hand waarvan individueel bepaald wordt of iemand juridisch volwassen is, hoewel de ervaring leert dat er van persoon tot persoon grote verschillen optreden en niet iedereen op zijn achttiende in dezelfde ontwikkelingsfase verkeert. Daar wordt dus genoegen genomen met het stellen van een grens op basis van een grootste gemene deler. Het beschermingskarakter van de grens is hier evident.

Dat doen we ook aan het einde van de loopbaan. In de Wgbl is bepaald dat beëindiging van een dienstverband in verband met het bereiken van de AOW-leeftijd geen verboden onderscheid op grond van leeftijd oplevert. En voor doorwerken na de AOW-leeftijd geldt een lichter arbeidsrechtelijk regime ten aanzien van de beëindiging van het dienstverband en doorbetaling bij ziekte. Dat is functioneel en beschermend, voor zowel de oudere als de andere participanten op de arbeidsmarkt. Ware dat anders dan zou bovendien elke beëindiging van een dienstverband bevochten moeten worden en voor de werknemer vaak neerkomen op het oordeel dat hij niet (meer) voldoende functioneert. Dat is geen wenselijk einde van een loopbaan. Voor de werkgever maakt het de drempel om ouderen in te zetten lager en minder risicovol. Dit alles komt tegemoet aan een werkelijke behoefte.

De regelgeving is in 2016 (zoals dat ook was in 1946 en in 1996) nog steeds gericht op bescherming van werknemers. Meer specifiek van jongeren en ouderen. Het grootste probleem dat wij in Nederland zien is verboden leeftijdsonderscheid bij toetreding tot de arbeidsmarkt.

Het betoog van Gerritsen was in de concluderende paragraaf onder de kop averechtse effecten met name gericht tegen leeftijd als beloningscriterium. Jongeren ondervinden bij hun toegang tot de arbeid en bij het verkrijgen van een vaste aanstelling nog steeds hinder van de minimumjeugdloonregeling. Twintig jaar later zijn op dat vlak echter toch behoorlijk wat stappen gezet en wij verwachten dat dit een ontwikkeling is die zich de komende jaren met kracht zal doorzetten.

Ten aanzien van ouderen geldt dat het belang van het uitbannen van stereotypering onverminderd groot is. Stereotypering komt nog veel voor.[150] Dit is een van de kernthema's in de oordelen van het CRM over leeftijdsonderscheid. Bij lezing van deze oordelen blijkt echter dat dit een hardnekkig verschijnsel is. Werkgevers hebben nog steeds veel koudwatervrees bij het aannemen van oudere werknemers. Dit probleem wordt steeds pregnanter nu de levensverwachting sedert 1996 verder is gestegen.[151] Een aantal wijzigingen in de regelgeving rondom pensioenleeftijd en AOW hangt vanzelfsprekend direct met dit gegeven samen.[152] Gelet op de gewijzigde regelgeving en de vergrijzing is het in toenemende mate noodzakelijk dat ouderen participeren op de arbeidsmarkt.

150 *Kamerstukken II* 2015/16, 29 544, nr. 670, p. 17: "Ook moet er wat gedaan worden aan vooroordelen en leeftijdsdiscriminatie. Die kunnen wij hier weliswaar niet per decreet afschaffen, maar de beelden die werkgevers hebben ten aanzien van het ziek zijn en de loyaliteit van ouderen worden niet gestaafd door de cijfers. Je kunt ouderen er uitstekend bij hebben, maar helaas is de praktijk weerbarstiger. Moeten we naast de specifieke maatregelen in dit actieplan niet veel meer naar dit soort oorzaken gaan kijken?"

151 De meest actuele cijfers laten zien dat voor mannen die geboren zijn in 2014 de leeftijdsverwachting 79,87 is en voor vrouwen geboren in 2014 is de leeftijdsverwachting 83,29. Zie www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bevolking/publicaties/artikelen/archief/2016/levensverwachting-nederlandse-vrouwen-loopt-steeds-meer-achter.htm en http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLNL&PA=37360ned&D1=a&D2=a&D3=0-1,11,21,31,41,51,66&D4=0,10,20,30,40,50,56-l&HD=090710-1550&HDR=G1,T&STB=G2,G3. Er is nog steeds sprake van een toename op dit punt.

152 Er wordt ook internationaal een evidente samenhang tussen pensioenleeftijd en levensverwachting gezien. Zie: Naj Ghosheh, *Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context*, Conditions of Work and Employment Series No. 20, ILO Geneva 2008, p. V. "In recent years, the growth in the numbers and proportion of older people in many countries around the world has lead to growing concerns regarding whether or not existing social policies can still equitably address the needs of all age groups in society. In particular, pressures on social security and retirement pension systems have compelled policy-makers to re-examine how long workers must remain in paid employment before retirement."

Het bestrijden van stereotypering kan echter niet alleen met regelgeving en rechtspraak worden opgelost. De bij werkgevers levende vooroordelen over ouderen zullen, ook door middel van voorlichting en uitwisselen van ervaringen moeten worden weggenomen. Hoe relatief deze percepties zijn blijkt ook uit onderzoek dat in 2013 is uitgevoerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek.[153] De conclusie uit dit onderzoek luidt:

> "Jongere werknemers worden gezien als flexibeler dan oudere werknemers, met een hogere bereidheid tot het volgen van opleidingen en meer competent als het gaat om het invoeren van nieuwe technologieën. Oudere werknemers zouden loyaler zijn, nauwkeuriger en stressbestendiger, maar ook duurder. De perceptie over jongere en oudere werknemers is sterk afhankelijk van de leeftijd van degene die beoordeelt. Jongeren zijn geneigd om positieve eigenschappen toe te schrijven aan jongere werknemers en negatieve eigenschappen aan oudere werknemers. Ouderen doen het tegenovergestelde."

In dat verband is het soms goed iets verder te kijken dan de eigen grenzen en zelfs de Europese context. Er zijn talloze landen op de wereld waar de gemiddelde levensverwachting ruim onder de 65 jaar ligt.[154] Een van de landen met de laagste levensverwachting is Zuid-Afrika. Het is duidelijk dat dergelijke landen te maken hebben met zeer complexe problematiek.[155] Het lezen van rapporten over andere, van ons land verschillende, landen relativeert in veel gevallen de ernst van de vraagstukken waarmee wij ons in Nederland bezighouden. Die problemen strekken veel verder dan leeftijdsdiscriminatie. Maar daarop toegespitst. In 2008 hadden nog maar 50 landen enige vorm van wetgeving op het punt van leeftijdsdiscriminatie, waaronder Nederland.[156] Wij verwachten dan ook dat dit onderwerp de komende

153 www.cbs.nl/NR/rdonlyres/AA69374B-BF74-4E09-B4B7-06CD857051DB/0/2014Oordelenoverjongereenouderewerknemersart.pdf.

154 www.indexmundi.com/map/?v=30&l=nl.

155 Zie bijv.: www.wageindicator.org/documents/publicationslist/publications-2009/An-Overview-of-Womens-Work-and-Employment-in-South-Africa.pdf.

156 Naj Ghosheh, *Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context*, Conditions of Work and Employment Series No. 20, ILO Geneva 2008, p. 24: "For example, member States of the European Union were legally obliged to implement Directive 2000/78/EC establishing age discrimination (among other forms) in European law. However, this has resulted in creative legislative solutions to address the Directive's requirements as countries have limited or no legal history addressing age discrimination in employment. Hence in Denmark, the distinction between indirect and direct age discrimination in employment is replaced by "unequal treatment". The Netherlands does not explicitly use the term "discrimination" for linguistic reasons and has replaced it with the term "unjustified distinction". The unjustified distinction principle in the Dutch ADL delineates the unjustified

jaren zowel in nationaal als in internationaal verband van grote betekenis zal blijven. En dat perspectieven zullen blijven verschuiven. Waar in de jaren negentig vroegpensioen in Nederland een verworverheid was, is het nu een fiscaal bestrafte vorm van beeindigen van een dienstverband. De internationale context laat goed zien dat demografische ontwikkelingen mede bepalend zijn voor het oordeel over leeftijdsgerelateerde regelingen.

Stereotypering is daarbij ook in internationaal verband een sleutelprobleem. In Zuid-Afrika is de levensverwachting relatief laag. Ouder en jonger zijn echter per definitie relatieve begrippen. En de visie op oudere werknemers daar vertoont overeenstemming met de bevindingen van het CBS.

> *"But it still happens?*
>
> Yes. Studies have shown that there are still ageist attitudes among employers, with evidence to show that employers often have negative perceptions about older workers, especially about their ability to adapt to technological and organisational change."[157]

Voor leeftijdsdiscriminatie geldt wat geldt voor het bestrijden van discriminatie op welke grond dan ook: het bestrijden van het vooroordeel is de meest wezenlijke bijdrage die het gelijke behandelingsrecht kan leveren aan de samenleving. Wij hebben niet de illusie dat vooroordelen op het gebied van leeftijd over twintig jaar geheel zullen zijn verdwenen, maar verwachten wel dat dan weer een aantal stappen in de goede richting is gezet.

---

distinction as taking place on the grounds of age or as characteristics or conduct that results in discrimination on the grounds of age. This does not constitute a diminishment of the protection provided, but rather a variation to make it compatible with other Dutch employment laws."

157 www.mywage.co.za/main/decent-work/fair-treatment/discrimination/age-discrimination. Mywage is de internationale organisatie begonnen vanuit loonwijzer.nl.

HOOFDSTUK 7

EUROPEES EN INTERNATIONAAL SOCIAAL RECHT 1996-2016: OVER DE TOP HEEN?[1]

7.1 Inleiding

Teun Jaspers vroeg zich in zijn bijdrage 'Sociaal recht met een Europese opmaat?' in de jubileumbundel *Arbeidsrecht en mensbeeld* uit 1996 af of het sociaal recht aan het einde van de 20e eeuw nog wel voldeed aan de behoeften van de tijd.[2] Veel bijdragen in genoemde bundel noemden in dit verband de mondiger en individualistischer werknemer die minder behoefte aan paternalistische bescherming zou hebben dan voorheen. Hij vroeg zich af welke rol "Brussel" zou kunnen spelen bij de modernisering van het sociaal recht. Jaspers vond de toenemende aandacht voor sociaal beleid in Europa "verheugend en hoopvol".[3] Er waren, onder meer bij het Verdrag van Maastricht, een aantal piketpaaltjes geslagen voor verdere Europese integratie, ook op sociaal gebied. Wegens obstructie van het Verenigd Koninkrijk onder Thatcher, was het echter onzeker wat daar precies van terecht zou komen.

Lammy Betten richtte zich in haar bijdrage aan de jubileumbundel *Flexibilisering versus internationale verplichtingen: Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming in de Geneefse tang?* op de relatie tussen internationaal arbeidsrecht en flexibilisering en deregulering in Nederland.[4] Veel gehoord was destijds het argument dat de toenemende concurrentie op de wereldmarkt dwong

---

1 Beryl ter Haar is universitair docent Europees en internationaal arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, Mijke Houwerzijl is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Tilburg en buitengewoon hoogleraar Europees en vergelijkend arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen, Bas Rombouts is universitair docent (internationaal) arbeidsrecht aan de Universiteit van Tilburg en Willemijn Roozendaal is bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht en UHD arbeidsrecht aan de VU.

2 Zie A.Ph.C.M. Jaspers, 'Sociaal recht met een Europese opmaat?', in: Jansen en Loonstra 1996, p. 280.

3 Jaspers, a.w., p. 283.

4 Zie L. Betten, 'Flexibilisering versus internationale verplichtingen: Nederlandse arbeidsvoorwaardenvorming in de Geneefse tang?', in: Jansen en Loonstra 1996, p. 196.

tot het creëren van een veel grotere mate van flexibiliteit op de arbeidsmarkt. De concurrentiestrijd speelde zich af tussen landen die lage lonen koppelden aan een toenemend gebruik van nieuwe technologische mogelijkheden ("high tech") en de Westerse landen, "kampend met een hoge mate van bescherming van werknemers". Niet alleen de nationale maar ook de internationale "overheid" voelde volgens Betten druk om een stapje terug doen. Daarmee was sprake van een omgekeerde parallel met de situatie aan het einde van de 19e eeuw, toen internationalisering van de handel juist werd gebruikt als argument voor de noodzaak van internationale afspraken met betrekking tot de *verbetering* van de arbeidsvoorwaarden.

Twintig jaar later bezien wij in dit stuk hoe het Europese en internationale sociaal recht zich in de afgelopen periode daadwerkelijk ontwikkeld heeft. We kijken zowel naar "hard law" als naar "soft law", en richten onze blik ook op de grondrechten en fundamentele verdragsnormen.

7.2 Europeanisering van het sociaal recht 1996-2016

Sociaal recht met een Europese opmaat?
Jaspers was niet erg onder de indruk van wat er tot 1996 op het vlak van het Europees sociaal recht was bereikt. Het economische integratiebeleid voerde duidelijk de boventoon in de Gemeenschap. Volgens Jaspers zou "het sociale beleid er wel eens door tussen de wielen van de Europese hoge snelheidstrein kunnen geraken". Tegelijkertijd was hij er optimistisch over dat juist van die toenemende verwevenheid van de Europese economieën als gevolg van de verdere voltooiing van de interne markt, een zekere drang zou uitgaan tot enige samenwerking en afstemming van het sociale beleid binnen de Unie. Een tweede reden voor optimisme zag hij in de doelstellingen neergelegd in het EG-Verdrag zelf: de opdracht tot het voeren van een sociaal beleid in art. 3 en de in art. 2 neergelegde sociale doelstelling om "een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming, een verbetering van de levensstandaard en van de kwaliteit van het bestaan" te bereiken. Op naar meer economische en sociale samenhang dus, "mede als uitdrukking van de solidariteit" tussen de lidstaten.[5]

5 Jaspers, a.w., p. 284.

Jaspers meende dat het Europees sociaal beleid, in het kader van de bestrijding van de (ook toen) omvangrijke langdurige werkloosheid, ook een bijdrage zou moeten leveren aan de betere werking van de arbeidsmarkt: "Het arbeids- en socialezekerheidsrecht 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." Probleem daarbij in Europees verband is dat er geen echte "transnationale Europese arbeidsmarkt bestaat". De grensoverschrijdende arbeidsmobiliteit binnen de Unie was anno 1996 maar erg gering, waarbij de "witte boorden-arbeid" qua mobiliteit de "blauwe boorden-arbeid" overtrof. Meer dan het bestrijden van drempels en belemmeringen voor het vrij verkeer van personen/werknemers en wat flankerend beleid op het gebied van scholing en beroepsopleiding, zat er volgens Jaspers voor Europa dan ook niet in.[6]

Ten slotte maakte Jaspers zich sterk voor een ambitieuzere rol van Europa op het vlak van de sociale grondrechten: "Voor het behoud van het sociale karakter van onze samenleving kan en moet de Gemeenschap" en moeten dus de lidstaten, zich verplichten tot het vastleggen van fundamentele sociale grondrechten in het Verdrag. "Om echt vooruitgang te bereiken" bepleitte Jaspers een in het verdrag op te nemen grondrechtencatalogus.[7]

Hieronder bezien we wat er op het gebied van sociaal beleid in de afgelopen twintig jaar zoal is bereikt, waarbij we ook aandacht besteden aan "tegenkrachten" die het sociaal beleid bemoeilijken. In de eerste plaats gaan we in op het secondaire Europese "harde" arbeidsrecht (paragraaf 7.2.1). Daarbij plaatsen we de bespiegelingen van Jaspers uit 1996 in historische context om de lange lijnen in de (vaak haperende) ontwikkeling duidelijk te maken. Daarna besteden we aandacht aan de "soft law"-component (7.2.2). In de tweede plaats behandelen we de meest opmerkelijke ontwikkelingen op het terrein van het vrij verkeer van arbeid (7.2.3). Ten slotte komt de ontwikkeling van een Europese sociale grondrechtencatalogus aan bod (7.2.4). We sluiten dit onderdeel af met een tussenconclusie (paragraaf 7.2.5).

6 Jaspers, a.w., p. 286-287.
7 Jaspers, a.w., p. 288-290.

7.2.1 *Europees arbeidsrechtelijke "hard law"-normen*

Schets van de historische context

Het oorspronkelijke EEG-Verdrag gaf de Europese wetgever nauwelijks een bevoegdheidsgrondslag om te voorzien in sociaalrechtelijke maatregelen, laat staan afdwingbare rechten voor werknemers. Van prioritair belang was het verwezenlijken van een gemeenschappelijke markt via de instelling van vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen (waaronder het vrije werknemersverkeer, zie hierover paragraaf 7.2.3). Als hoger ideaal hierachter werd aangevoerd dat wederzijdse economische afhankelijkheid de lidstaten minder oorlogszuchtig zou maken.[8] De verwachting was dat economische integratie als vanzelf tot een verbetering van de levensstandaard zou leiden en dat het sociale beleid onder de soevereiniteit van de lidstaten moest blijven vallen.[9] Deze aanname was gebaseerd op twee rapporten uit 1956; het 'Spaak-rapport' van een commissie geïnstalleerd door de lidstaten en het 'Ohlin-rapport' van een commissie van experts in samenwerking met de ILO.[10] Beide adviseerden tot een niet-interventionistische houding wat betreft de sociale effecten van de gemeenschappelijke markt, op een paar maatregelen tegen "unfair competition" (sociale dumping) na. De experts van de ILO wezen erop dat zelfs als het arbeids- en socialezekerheidsrecht geheel geharmoniseerd zouden zijn, de concurrentiekansen nog beïnvloed werden door verschillen in vestigingsvoorwaarden, ondernemersbelastingen en wisselkoersen. Het zou dus misleidend zijn om arbeidskosten geïsoleerd van deze andere factoren te bekijken.[11] Tot begin jaren zeventig correleerde de oorspronkelijke verwachting heel aardig met de werkelijkheid: de economie in de lidstaten floreerde en juist op nationaal niveau werden de arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid van de werknemers sterk uitgebouwd en geconsolideerd.[12]

---

8 Vgl. het motto van de Amerikaanse regering Roosevelt in de jaren '30 van de vorige eeuw: "If goods can't cross borders, soldiers will", geciteerd in D.J.M. Corbey, *Stilstand is vooruitgang. De dialectiek van het Europese integratieproces* (diss. Leiden), Assen: Van Gorcum, 1993, p. 85.

9 C. Barnard, EU Employment Law, OUP 2012, p. 4.

10 Over de inhoud van het Spaak-rapport zie Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen. Na Maastricht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 11-12. Het ILO-rapport is te vinden in: ILO Studien und Berichte, NeueFolge Nr. 46: Soziale Aspekte der europäischen wirtschaftlichen Zusammenarbeit, Genf 1956.

11 G. Schnorr, Arbeits- und sozialrechtliche Fragen der europäischen Integration, De Gruyter Berlin/New York 1974, p. 8.

12 B. Hepple, 'The Crisis in EEC Labour Law', *International Law Journal*, (16) 1987, p. 77-79.

In de jaren zeventig kregen de lidstaten echter te maken met de eerste grote naoorlogse economische crisis. Dit leidde tot een actievere houding van de Europese Commissie op sociaal terrein. De Commissie kwam in 1974 met een Sociaal Actie Programma. Doelstelling was het verbeteren van werkgelegenheid, leef- en arbeidsomstandigheden en zeggenschap van werknemers bij de arbeid.[13] Een aantal richtlijnen werd aangenomen op het gebied van gezondheid en veiligheid[14] en het opvangen van de gevolgen van collectieve ontslagen, overgang van ondernemingen en faillissement van werkgevers.[15] In dezelfde periode maakte het Hof van Justitie van de EG (hierna: Hof of HvJ) duidelijk dat werknemers wel degelijk rechten konden ontlenen aan art. 119 EEG-Verdrag (thans art. 157 VWEU), inzake het recht op gelijk loon voor mannen en vrouwen.[16] In het kielzog daarvan kwamen diverse gelijke behandelingsrichtlijnen tot stand.[17] Voor alle richtlijnen uit deze eerste fase in de ontwikkeling van het Europees sociaal recht was unanieme overeenstemming tussen de lidstaten noodzakelijk. Wellicht was dat ook de reden dat er in de periode tussen 1975-1985 veel minder werd bereikt dan het Sociaal Actie Programma uit 1974 beloofd had. Achteraf worden deze jaren wel als "stagnatie-fase" beschreven, overigens niet alleen op sociaal gebied.[18] Het samenvallen van een conjunctuuromslag en de uitbreiding van de EG in 1973 met het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Denemarken tot een gemeenschap van negen lidstaten, werkte de stagnatie van het integratieproces in de hand. In 1981 trad als tiende lidstaat Griekenland toe. Door deze uitbreidingen nam de heterogeniteit toe en daardoor ook de politieke en economische belangentegenstellingen binnen de gemeenschap.[19]

De stagnatie leidde tot forse kritiek van vooral het (multinationale) bedrijfsleven. De kritiek richtte zich op de slechts gedeeltelijk tot stand gebrachte gemeenschappelijke markt. Openlijk protectionistische regelgeving was weliswaar afgeschaft, maar andere, meer geraffineerde en verkapte belemmeringen bleken aan verdere liberalisering van de handel in de weg te staan.

13 OJ [1974] C13/1. Barnard, a.w. p. 9.
14 Aan de algemene Richtlijn inzake veiligheid en gezondheid 89/391 is een veelvoud aan richtlijnen gericht op specifieke risico's in bepaalde bedrijfstakken vooraf gegaan, beginnend in 1977. Barnard, a.w. p. 503.
15 Richtlijn 75/129, 77/187; 80/987 EEG.
16 HvJ EG 8 april 1976, C 43/75 (Defrenne II).
17 Richtlijn 75/117 (gelijk loon), Richtlijn 76/207 (gelijke behandeling) en Richtlijn 79/7 (gelijke behandeling in de sociale zekerheid).
18 A.T.J.M. Jacobs, 'De ondermijning van het sociaal recht', *SR* 1989/2, p. 36-39; T. van Peijpe, *Conjunctuur van het arbeidsrecht*, Groningen 1990.
19 D. Corbey, a.w., 1993, p. 103.

Op de achtergrond speelde de overgang van industriële naar dienstengeoriënteerde Westerse economieën een belangrijke rol. De Commissie onder voorzitterschap van Delors, reageerde met een gedurfd initiatief voor de voltooiing van de interne markt. Dit leidde tot de Europese Akte op 17 februari 1986, waarin goedkeuring van secundaire wetgeving bij meerderheid op grotere schaal mogelijk werd.[20] De vele richtlijnen die hieruit voortkwamen, zagen vooral op het inperken van nationale bevoegdheden om steun aan het bedrijfsleven te geven. Dit paste goed in de hernieuwde belangstelling voor liberale ideeën omtrent het belang van concurrentie.[21] De theorie van "comparative advantages" van Ricardo kwam opnieuw in zwang. Lagere arbeidskosten werden in dit verband aangeduid als comparatief voordeel van ontwikkelingslanden.[22] De onverwachte val van de Berlijnse muur had voor de Westerse wereld bovendien een belangrijk psychologisch effect. Het leek vanaf 1989 en zeker vanaf december 1991, toen de Sovjet-Unie uit elkaar viel, duidelijk: de liberale democratie en de vrije markteconomie zijn de enige juiste systemen in de wereld.[23]

Terwijl er wel positieve elementen voor sociaal beleid in de Europese Akte waren opgenomen, zoals de nieuwe bevoegdheidsgrondslag (in art. 118A) voor besluiten met gekwalificeerde meerderheid op het terrein van "het arbeidsmilieu", klonk ook de kritiek dat deze punten niet opwogen tegen de negatieve veranderingen.[24] De Commissie Delors lanceerde vervolgens het concept "sociale dimensie". Hiermee werd bedoeld dat een goede werking van de interne markt en een gezonde concurrentie tussen ondernemingen onlosmakelijk verbonden moet zijn met de doelstelling de levens- en arbeidsomstandigheden van de Europese burgers te verbeteren.[25] De contouren van de sociale dimensie van de interne markt zijn aangegeven in

20 De Europese Akte van 17 februari 1986, *Pb* 1987, L 169/7, was de uitkomst van het Witboek 'Voltooiing van de interne markt', COM(85)310 van juni 1985.

21 Zie Philippe A. Naert, *Globalisering, hyperconcurrentie en maatschappij*, oratie Tilburg 18 april 1997, vooral p. 11-22.

22 Zie Michael E. Porter, *The Competitive Advantage of Nations*, London: Macmillan 1990.

23 Zie bijv. F. Fukuayma, *Het einde van de geschiedenis en de laatste mens*, Amsterdam: Contact 1992.

24 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen in rechtsvergelijkend en Europees perspectief*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1986, p. 429.

25 Zie Advies 'Enkele aspecten van de sociale dimensie van Europa 1992', 5 feb. 1991, *StvdA*, nr. 1/9.

het "Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van werkenden" van 9 december 1989. Het Verenigd Koninkrijk weigerde echter de definitieve tekst van het Handvest te ondertekenen.[26]

Daarmee was de toon voor het volgende decennium gezet: dwarsligger Groot-Brittannië zette alles op alles om de beoogde gelijke tred van economische en sociale componenten van de interne markt te frustreren. Niet alleen de Britten ijverden echter voor de afzwakking van alles wat met sociaal beleid op Europees niveau van doen had. Zo signaleerde Mortelmans over een voorstel inzake fondsen voor economisch en technologisch achterblijvende gebieden: "De Europese Commissie had in haar ontwerptekst naast de regionale ontwikkeling ook de verbetering van de arbeidsomstandigheden, arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid benadrukt. De zuidelijke Lid-Staten hebben zich met succes tegen deze ruimere formulering verzet."[27] Na de toetreding van Griekenland (1981), zorgde de uitbreiding van de EEG met Portugal en Spanje in 1986 voor een verder toenemende kloof tussen Noord en Zuid wegens de ongelijkheid in welvaart en economische structuur. In combinatie met "Europa 1992" werden hierdoor de factoren voor een steeds openlijker belangentegenstelling op sociaal vlak geschapen.

In het recht werd getracht deze feitelijke ontwikkeling te (re)pareren. Bij het Verdrag van Maastricht, dat op 1 november 1993 in werking trad, is de doelstelling van de Europese eenwording officieel verbreed van een economische gemeenschap tot een Europese Unie die ook andere doeleinden nastreeft.[28] Het Verenigd Koninkrijk gooide wederom roet in het eten door de sociale paragraaf van het Verdrag van Maastricht niet te ondertekenen.[29] Als oplossing werd gekozen voor een "Sociaal Protocol" dat niet van toepassing was op het Verenigd Koninkrijk, volgens welke besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid mogelijk was over een breder

26 Terwijl dit Handvest al flink was afgezwakt vergeleken bij de ontwerp-versie, zie COM(89)248 def.

27 Aldus Mortelmans, 'De juridische aspecten van de 'economische en sociale samenhang', in: K.J.M. Mortelmans e.a., *De economische en sociale samenhang in de E.G.: de Europese structuurfondsen*, Den Haag: Asser Instituut 1989, p. 8, zie ook p. 21-23.

28 Tegelijkertijd werd in dit verdrag besloten tot de invoering van de economische en monetaire unie (EMU) op 1 januari 1999, voor de lidstaten die dit wilden én bovendien zouden voldoen aan een aantal economische criteria. Dit legde uiteraard opnieuw de nadruk op de economische kant van de Gemeenschap.

29 B. Bercusson, *European labour law* 1996, p. 27-28.

scala van sociale onderwerpen waaronder gelijke behandeling en informatie en consultatie, en unanieme besluitvorming over een aantal onderwerpen zoals sociale zekerheid en ontslag (thans art. 153 VWEU). Deze maatregelen konden bovendien minimumnormen voorschrijven in plaats van alleen op harmonisatie gerichte maatregelen. Nu medewerking van het Verenigd Koninkrijk niet meer nodig was, konden richtlijnen tot stand komen op het gebied van arbeidstijden, zwangere vrouwen en jongeren,[30] de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de arbeidsvoorwaarden,[31] Europese medezeggenschap, ouderschapsverlof, deeltijdwerk en bewijslast bij discriminatie.[32]

Tevens was de consultatie van sociale partners over het te voeren sociaal beleid geformaliseerd; door hen gesloten collectieve overeenkomsten kunnen sindsdien algemene werking krijgen (via een richtlijn) door een besluit van de Commissie (thans art. 154 en 155 VWEU). Het idee achter deze zogenaamde sociale dialoog was dat de belangrijke rol van sociale partners bij de rechtsvorming in het arbeidsrecht (in destijds nog vrijwel alle twaalf lidstaten) ook op Europees niveau weerspiegeld zou worden. De Commissie heeft daarbij de taak de raadpleging van werkgevers en werknemers(organisaties) op EU-niveau te bevorderen en de sociale dialoog te promoten, onder meer door de invoering van een verplichte consultatie met betrekking tot de mogelijke richting van EU-actie op sociaal gebied en de inhoud van voorgenomen voorstellen.[33]

Ontwikkelingen vanaf 1996

Als resultaat van de sociale dialoog zijn onder meer de Richtlijn Ouderschapsverlof[34] en de Deeltijdrichtlijn[35] tot stand gekomen. De betreffende richtlijnen bevatten de door de sociale partners ter zake gesloten "raamovereenkomsten". Daarnaast is onder meer een overeenkomst met betrekking tot telewerk[36] gesloten, die geïmplementeerd is zonder tussenkomst van de Commissie, op de in de lidstaten gebruikelijke wijze. In dezelfde

30 Richtlijn 93/104; 92/85 en 94/33 EEG.
31 Richtlijn 91/533; 96/71 EEG.
32 Richtlijn 94/95, 96/34; 97/81; 97/80 EG.
33 Edith Franssen, *Legal Aspects of the European Social Dialogue*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia 2002, p. 183 e.v.
34 Richtlijn 96/34/EG, *PbEG* 1996, L 145/4.
35 Richtlijn 97/81 EG, *PbEG* 1998, L 014, p. 9-14.
36 Raamovereenkomst tussen Unice, Etuc, Ueapme, Ceep van 16 juli 2002. In Nederland "geïmplementeerd" via de Aanbeveling inzake telewerk, StvdA 11 september 2003.

periode werd ook een richtlijn aangenomen over de arbeidsvoorwaarden van transnationaal gedetacheerde werknemers (zie nader paragraaf 7.2.3).[37] Deze Detacheringsrichtlijn had zijn rechtsgrondslag in het vrij verkeer van diensten, maar was volgens het Verenigd Koninkrijk een "verkapte" sociaalrechtelijke maatregel.[38] Bij de zes jaar durende onderhandelingen over de Detacheringsrichtlijn kwam zowel een Noord-Zuid-tegenstelling als een hoge lonen/lage lonen-belangentegenstelling scherp naar voren. Tekenend is dat pas na de uitbreiding in 1995 van de EU met drie "hoge lonen"-lidstaten een doorbraak in het dossier bereikt kon worden.[39]

In mei 1997 kwam de Labour-partij aan de macht in het Verenigd Koninkrijk, waardoor het zich alsnog voegde bij het Sociaal Protocol. Bij het Verdrag van Amsterdam van 1997 werd het Sociale Protocol vervolgens opgenomen in het Verdrag.[40] Bij het Verdrag van Amsterdam is ook een rechtsbasis voor programma's ter bestrijding van sociale uitsluiting en een rechtsbasis voor maatregelen op het gebied van gelijke behandeling m/v toegevoegd (thans art. 3 VEU en 8 en 9 VWEU). Daarnaast is een verwijzing naar sociale grondrechten opgenomen (thans 151 VWEU), alsmede een non-discriminatiebepaling (thans art. 19 VWEU). Noemenswaardig is voor wat betreft de sociale bepalingen in het primaire Unierecht, een groeiende rol voor grondrechten. Bovendien hebben in het Verdrag van Lissabon van 2009 voor het sociaal recht belangrijke waarden als pluralisme, gelijkheid en solidariteit een prominente plaats gekregen in art. 2 VEU, terwijl in art. 3 VEU een band tussen de economische en sociale doelen van de Unie wordt benadrukt. Wellicht speelde bij deze ruimhartige erkenning een rol dat eindelijk een kentering van het economisch tij gaande was. De in het zogenaamde 'Cecchini Rapport' uit 1988 veronderstelde economische groei

37 Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEG* 1997, L 18.

38 De doelstelling van de Detacheringsrichtlijn is echter niet gelegen in (minimum-) harmonisatie van de arbeidsrechtelijke bescherming van gedetacheerde werknemers, maar in de coördinatie van het toepasselijke dwingend recht in de lidstaat van ontvangst.

39 Zie M.S. Houwerzijl, *De Detacheringsrichtlijn*, Deventer: Kluwer 2005, hoofdstuk 3.

40 Zie Verdrag van Amsterdam, *SEW* 1997/10 met bijdragen van C.W.A. Timmermans, R. Barents, H.C. Posthumus Meyjes en J.P.H. Donner; P.F. van der Heijden en C.M. Sjerps, 'Het Verdrag van Europa en een sociaal Europa', *NJB* 1999, p. 990-998.

als gevolg van de "voltooiing van de interne markt", werd tot 1996 namelijk niet meteen bewaarheid.[41] Pas vanaf 1996 begon de economische opbloei van West-Europa zich geleidelijk aan af te tekenen.

De "soft law"-methode gebruikt voor de uitvoering van het Europese werkgelegenheidsbeleid die sinds het Verdrag van Amsterdam van de grond kwam wordt hierna besproken in paragraaf 7.2.2. Deze methode heeft de wetgevingsactiviteit van de Europese wetgever niet helemaal vervangen, maar de "hard law"-producten van die wetgever zijn sinds de eeuwwisseling wel een stuk minder talrijk. Dat zal zonder twijfel ook samenhangen met de uitbreidingen van de Europese Unie in 2004, en 2007 en 2013 met in totaal dertien nieuwe lidstaten. De hiervoor geschetste tegenstellingen tussen Noord- en Zuid-Europa en tussen landen met hoge en lage lonen werden hierdoor verscherpt. In de periode na 1996 zijn de hiervoor genoemde richtlijnen herzien, waarbij het veelal een codificatie van de inmiddels gewezen rechtspraak van het Hof van Justitie betrof.[42] Noemenswaardig is wel de uitbreiding van discriminatiegronden.[43] Vooral de discriminatiegrond leeftijd zorgt voor relatief veel nieuwe jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin het Hof een minder strenge toets aanlegt dan bij discriminatie op grond van geslacht, en daarbij veel ruimte laat aan sociale partners.[44]

41 Zie Commission of the EC, 'The economics of 1992: An assessment of the potentialeconomiceffects of completing the internal market of the European Community', European Economy, No. 35, March 1988. Volgens dit rapport, opgesteld onder leiding van de oud commissieambtenaar Paolo Cecchini, zou door 'Europa 1992' het bbp met 7% toenemen en zouden er 5 miljoen extra banen komen. Dat hooguit de helft van de oorspronkelijke raming is gerealiseerd, wordt bevestigd door de Commissie: 'Report on the implementation of the Internal Market Strategy', COM (2004)22 final, Brussels 21.1.04. Op p. 3 wordt gesproken van 1,8% economische (extra?) groei dankzij 'Europa 1992' en ca. 2,5 miljoen extra banen.

42 Herschikkingsrichtlijn gelijke behandeling op grond van geslacht 2006/54; Collectief ontslag Richtlijn 98/59, Insolventie Richtlijn 2002/74 en 2008/94; Overgang van onderneming Richtlijn 98/51 en 2001/23; Europese medezeggenschap Richtlijn 2009/38; Arbeidstijden Richtlijn 2003/88; Ouderschapsverlofrichtlijn 2010/18.

43 Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, waarin het verbod van discriminatie op grond van godsdienst, leeftijd, seksuele geaardheid en handicap is opgenomen en Richtlijn 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

44 Zie voor een overzicht A.G. Veldman, 'Contouren van het Europese leeftijdsdiscriminatierecht', *TRA* 2012/4.

Een drietal richtlijnen van na 1996 is opmerkelijk omdat daarin een midden is gezocht tussen flexibiliteit en zekerheid in arbeidsrelaties, namelijk de Richtlijnen voor deeltijdarbeid, contracten voor bepaalde tijd en uitzendarbeid.[45] De eerste twee zijn tot stand gekomen via de sociale dialoog (art. 155 VWEU). De groei van flexibele arbeid in de afgelopen twintig jaar is in Nederland en veel andere lidstaten een zeer opvallende ontwikkeling. Men kan zich afvragen in hoeverre in de genoemde richtlijnen een aanvaardbaar evenwicht is gevonden tussen de behoefte aan flexibiliteit van werkgevers en de behoefte aan zekerheid voor werknemers. De richtlijnen laten vrij veel ruimte aan lidstaten en sociale partners om zelf te bepalen in welke mate zij flexibiliteit in contractsvormen (externe flexibiliteit) willen toestaan, en de toegevoegde waarde voor het recht op gelijke behandeling van individuele werknemers is in dat opzicht in ieder geval beperkt.[46] Ook de flexibiliteit in de vorm van flexibele arbeidstijden (interne flexibiliteit) kent geen strenge beperkingen in de Arbeidstijdenrichtlijn. De zogeheten "opt-out"-mogelijkheid, waarbij een werknemer kan instemmen met het uitsluiten van bepaalde arbeidstijdbegrenzingen, is een doorn in het oog van sommige lidstaten, maar wordt door andere lidstaten juist als een belangrijke vrijheid gezien. De herziening van de richtlijn ligt mede hierdoor al enige jaren stil.[47]

Voor de Nederlandse wetgever is het Europese recht op dit terrein vanaf 1996 soms aanleiding geweest om werknemersrechten naar beneden bij te stellen.[48] Deze ontwikkeling is recentelijk enigszins omgebogen. De herziening van het ontslagrecht in 2015 had mede als doel om de vlucht in flexibele contractvormen enigszins te beperken.[49] Deze doelstelling lijkt gedeeltelijk geïnspireerd te zijn door Europees recht. Zo is met een beperking van de afwijkingsmogelijkheden van de ketenregeling bij cao deels

45 Richtlijn 1997/81, 1999/70 en 2008/104.

46 W.L. Roozendaal, *Werk en Privé*, Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 5.3.4; K.H. Hermans en M.S. Houwerzijl, 'Verbeterde positie uitzendkracht en uitzendarbeid', *TRA* 2009, 6/7, p. 27-29. Zie o.a. HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01; *JAR* 2004/70 (Allonby); HvJ EG 17 september 2002, C-320/00, *JAR* 2002/262 (Lawrence).

47 J. van Drongelen, J. ten Hoor en B. Rombouts. 'An All-European holiday?: De vakantieregeling in de Arbeidstijdenrichtlijn en het Burgerlijk Wetboek', *ArA*, 2015(2), 3-35; Tobias Nowak, 'The Working Time Directive and the European Court of Justice', *Maastricht Journal of European and ComparativeLaw*, Vol. 15, Issue 4 (2008), p. 447-472.

48 W.L. Roozendaal, 'The times they are a-changing. Wijziging van arbeidstijden en het belang van de werknemer', *SMA* 2007, 2, p. 45-58.

49 Voor een overzicht van de wijzigingen in de Wet Werk en Zekerheid: W.H.A.C.M. Bouwens, M. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *Bijlage WWZ bij de Schets van het Nederlands Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

tegemoetgekomen aan kritiek op deze regeling in de literatuur, waarin werd gesteld dat de tot nu toe onbeperkte mogelijkheid in strijd was met Richtlijn 1999/70.[50] Op de uitsluiting van 18-minners van bepaalde onderdelen van de ontslagbescherming is kritiek in de literatuur eveneens onderbouwd met een verwijzing naar Europees recht, namelijk het discriminatieverbod op grond van leeftijd.[51]

Anno 2016 is onbetwist dat het secundaire EU-"hard law" het Nederlandse arbeidsrecht in hoge mate beïnvloedt.[52] Op vele deelterreinen is regelgeving ter implementatie van een EU-norm tot stand gekomen, zoals het arbeidsomstandigheden- en arbeidstijdenrecht; de informatieplicht van de werkgever, gelijke behandeling van mannen en vrouwen, deeltijders en werknemers met een overeenkomst voor bepaalde tijd, bescherming van werknemers bij overgang van onderneming; detachering van werknemers en medezeggenschapsrecht waaronder de Europese ondernemingsraden. Jurisprudentie van het HvJ op basis van dit sociaalrechtelijk "acquis", via de inbreng van nationale rechters, blijft op gezette tijden leiden tot verrassingen voor de Nederlandse rechtspraktijk en noopt soms tot aanpassingen van vertrouwde arbeidsrechtelijke leerstukken.[53]

50 Zie o.a. A.G. Veldman, 'Misbruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd', *SR* 2006/64; C. Rayer, *Wetgeving en beleid voor flexibele arbeid*, diss. UvA 2014, paragraaf 9.4.2.3.

51 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Wet werk en zekerheid, Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht', *NJB* 2014/1677; E.T. Visser en R.M.R. Ngalle, WWZ en gelijke behandeling, *ArbeidsRecht* 2014/61. Gelet op een recent arrest, acht het HvJ acht het onderscheid vermoedelijk deels gerechtvaardigd. HvJ 1 oktober 2015, C-432/14 (O/Bio Philippe Auguste), ECLI:EU:C:2015:643.

52 Zie I.P. Asscher-Vonk, 'De arbeidsovereenkomst en het EG-recht' in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus, *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 429-472; A.P.C.M. Jaspers, 'Het Hof van Justitie van de EG en het arbeidsrecht: Europeanisering van het nationale arbeidsrecht?', *SMA* 2008/1, p. 7-18.

53 Zie voor voorbeelden o.a. S.S.M. Peters, E.J.A. Franssen, 'Vakantierechten van zieke werknemers na Schultz-Hoff: wie betaalt de Europese rekening?', *TRA* 2010/22; K. Boonstra, Bijzondere diensten en de Europese definitie van arbeidstijd, *ArA* 2004 p. 95-110; R. Beltzer en I. Haanappel, 'Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer', *ArA* 2011/1.

7.2.2 *Europees arbeidsrechtelijke "soft law"-normen*

De institutionalisering van beleid in Europees verband
"Soft law", in de zin van Europese initiatieven die juridisch niet bindend zijn maar wel een juridisch bindend resultaat beogen of kunnen hebben,[54] is altijd al onderdeel geweest van het Europese *acquis* op het gebied van arbeidsrecht.[55] Zo zijn de eerste initiatieven voor een Europees sociaal beleid neergelegd in het hierboven al genoemde Sociaal Actieprogramma van 1974. Dit betrof een beleidsagenda voor de Commissie en de lidstaten (vertegenwoordigd in de Raad) om in actie te komen ten aanzien van een aantal arbeidsrechtelijke onderwerpen. Veel van de onderwerpen die in soft law zijn "gegoten", hebben een link met het economische beleid van de EU. Deze link heeft de Europese Commissie in 1993 expliciet kenbaar gemaakt in het Witboek *Groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid*.[56] Dit witboek vormde de opmaat voor de invoering van een Europese werkgelegenheidsstrategie.

Sinds 1997 is er op basis van het Verdrag van Amsterdam sprake van toenemende Europese beïnvloeding van het nationale arbeidsmarktbeleid van de lidstaten. Dat begon met het Europese werkgelegenheidsbeleid waarvoor in de jaren tachtig van de vorige eeuw al vele resoluties en aanbevelingen waren aangenomen met algemene doelstellingen en beleidsrichtsnoeren voor de lidstaten om die doelstellingen te bereiken.[57] Kenmerkend voor deze relatief nieuwe loot aan de boom van Europees bestuur is het niet-afdwingbare karakter en de intergouvernementele vorm met een hoofdrol voor de lidstaten[58] in plaats van de Europese Commissie.[59] In de praktijk speelt het door de Raad ingestelde raadgevend comité voor de werkgelegenheid (de EMCO), waarvoor elke lidstaat en de Commissie twee leden leveren, een belangrijke rol in de vaststelling en evaluatie van het Europese werkgelegenheidsbeleid.[60]

---

54 F. Snijder, 'The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques', *The Modern Law Review*, 1993, p. 19-54.
55 L. Senden, *Soft Law in European Community Law*. Oxford: Hart Publishing 2004.
56 COM(93)700, december 1993.
57 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe* (diss. Leiden), 2012.
58 Vertegenwoordigd in de Raad en de Europese Raad, wat betekent dat de lidstaten dus twee keer vertegenwoordigd zijn.
59 Blijkend uit art. 146 VWEU. Zie S. Klosse, 'Europees werkgelegenheidsbeleid', *SMA* 2000/7, 8, p. 340-345; J. Kenner, 'The EC Employment Title and the "Third Way": Making Soft Law Work', *IJCLLIR* 1999, p. 48.
60 Ingesteld op grond van art. 150 VWEU.

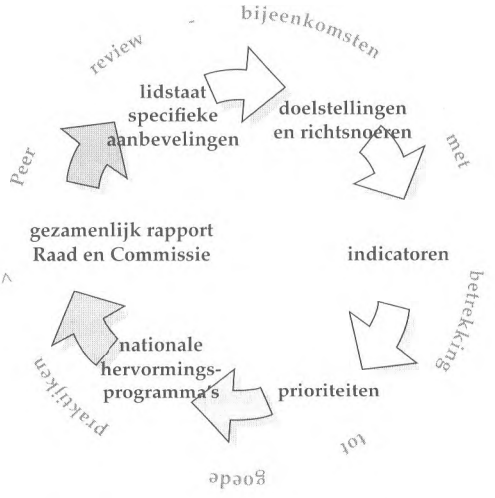
Tijdens de Europese Raad van Lissabon, in maart 2000, stemden de regeringsleiders van de lidstaten in met een gemeenschappelijke sociaaleconomische langetermijnstrategie. In deze zogenaamde Lissabon Strategie stelde de Europese Raad zich ten doel dat Europa vóór 2010 de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie in de wereld zou worden; in staat zou zijn tot duurzame economische groei; en zou zorgen voor meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang.[61] Om dit te bereiken werd de open methode van coördinatie (OMC) geïntroduceerd. Enerzijds diende de OMC de Europese Raad in de gelegenheid te stellen meer sturing te geven aan het bereiken van de strategische doelen. Anderzijds bleek uit paragraaf 37 van de Lissabon Strategie het doel van de OMC om de lidstaten te ondersteunen bij het ontwikkelen van hun nationale beleid ter realisatie van die strategische doelstellingen.

De OMC nader belicht

Hoe werkt de OMC? Op grond van de OMC dienen beleidsrichtsnoeren en indicatoren opgesteld te worden die de voortgang meten. Zowel de EU als de lidstaten stellen vervolgens prioriteiten vast voor de nationale beleidsactiviteiten. De lidstaten rapporteren daarover in nationale actieplannen die vervolgens worden geëvalueerd door de Raad en de Commissie. Op grond van de evaluatie worden de doelstellingen, indicatoren, richtsnoeren en prioriteiten eventueel bijgesteld en begint een nieuwe cyclus (zie figuur 1). Eventueel kan de Raad, op voorstel van de Commissie, specifieke aanbevelingen aannemen, waarmee sturing kan worden gegeven aan de prioriteiten voor het beleid van de lidstaten. De sturing door de Europese Raad is terug te vinden in verschillende onderdelen van de OMC, waaronder het vaststellen van de doelstellingen, richtsnoeren, indicatoren en prioriteiten.

61 Zie de website: www.europarl.europa.eu/summits/lis1_nl.htm.

Figuur 1 Cyclus van de OMC



De OMC is dus bedoeld als een dynamisch instrument om de lidstaten te ondersteunen bij de ontwikkeling van hun nationale beleid ter realisatie van de doelstellingen. Een in het Verdrag geformaliseerde OMC is de werkgelegenheidsstrategie. In de opeenvolgende bepalingen is de cyclus duidelijk zichtbaar. De procedure voor het werkgelegenheidsbeleid is vastgelegd in art. 148 VWEU: elk jaar brengen Raad en Commissie een gezamenlijk verslag uit over de werkgelegenheidssituatie in de EU (art. 148 lid 5 VWEU). De Commissie doet vervolgens een voorstel voor het vaststellen van richtsnoeren voor het (nationale) werkgelegenheidsbeleid, waarover de Raad met gekwalificeerde meerderheid beslist (art. 148 lid 2 VWEU). Dat de lidstaten in hun werkgelegenheidsbeleid rekening houden met de vastgestelde richtsnoeren dient te blijken uit hun nationale actieplannen (NAP), in 2005 omgedoopt tot nationale hervormingsagenda's. De lidstaten doen jaarlijks verslag van de gemaakte vorderingen (art. 148 lid 3 VWEU). Deze verslagen vormen de basis van het onderzoek dat de Raad doet naar de tenuitvoerlegging van de richtsnoeren via de nationale programma's (art. 148 lid 4 VWEU), waarna het jaarlijkse proces weer van voren af aan begint. De Raad kan bij gekwalificeerde meerderheid, op voorstel van de Commissie, naar aanleiding van zijn onderzoek besluiten een aanbeveling aan een lidstaat te doen (art. 148 lid 4 VWEU). Deze aanbeveling is bedoeld als een waarschuwing wanneer een lidstaat zich niet voldoende heeft gehouden aan de richtsnoeren.

Doelstellingen en richtsnoeren worden vrij open en algemeen geformuleerd, bijvoorbeeld dat per 2010 75% van de beroepsbevolking actief moet zijn op de arbeidsmarkt, met als richtsnoer onder andere het ontwikkelen van beleid dat leidt tot een betere afstemming tussen werk en privé. Dit zou het vooral voor vrouwen gemakkelijker moet maken om te participeren op de arbeidsmarkt. Die betere afstemming kan bijvoorbeeld worden bereikt door het gebruik van flexibelere vormen van arbeid, zoals tijdelijke contracten en deeltijd of meer mogelijkheden om thuis te werken, maar ook door te voorzien in (betere) kinderopvang.[62] Of dit voor een lidstaat de gewezen weg is om de doelstelling te bereiken en hoe dat beleid er dan precies uit moet zien is ter bepaling van de lidstaat. Op die manier beoogt de OMC recht te doen aan de verschillen tussen de lidstaten, wat vooral op het gebied van sociale politiek een gevoelig punt is. De toeziende rol van de Raad en de Commissie bestaat er vooral uit om ervoor te zorgen dat de doelstellingen realistisch blijven, dat de richtsnoeren aansluiten bij de doelstellingen en om de lidstaten aanbevelingen te geven voor het stellen van de prioriteiten.

Naast deze vorm van normatieve beleidsconvergentie, draagt de OMC ook bij aan een gemeenschappelijk beleidsjargon. Voorbeelden van termen die uit de Europese werkgelegenheidsstrategie (ook een OMC) komen zijn "actief arbeidsmarkt beleid", "flexicurity", en "een leven lang leren (LLL)". Het achterliggende idee is dat door het doorsijpelen van dergelijke begrippen en de achterliggende ideeën in het nationale debat, er convergentie optreedt in het beleid en (zelfs) de regelgeving van de lidstaten. In deze lijn passen ook de "peer review"-bijeenkomsten waarin een lidstaat een "best practice" (beleid dat bewezen succesvol is in het bereiken van een doelstelling) presenteert aan andere lidstaten die met een vergelijkbaar probleem worstelen. In veel gevallen is de uitkomst dat de praktijk niet een-op-een kan worden overgenomen, maar dat er wel elementen in zitten die interessant zijn. Die krijgen dan in een aangepaste vorm hun weerslag in het nationale beleid of regelgeving van de "lerende" lidstaat.[63]

62 Zie richtsnoeren 2010/707/EU: Besluit van de Raad van 21 oktober 2010 betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, *Pb*, L 308/46.

63 Ch.F. Sabel en J. Zeitlin (red.), *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Binnen de werkgelegenheidsstrategie is dit proces ook wel negatief gewaardeerd met de observatie dat de definitieve aanbeveling vaak slechts een verwaterde versie is van de eerste versie afkomstig van de Commissie.[64]

Als positief uitvloeisel van de OMC, wordt daarentegen wel genoemd dat het feit dat lidstaten enige tijd met elkaar "in gesprek zijn" over een onderwerp, de stap naar Europese wetgeving aanzienlijk verkleint.[65] In de fase dat de OMC officieel nog moest worden gelanceerd, zijn indicaties voor een dergelijke ontwikkeling te vinden in preambules van de richtlijnen over deeltijdarbeid en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Beide verwijzen naar de conclusies van de Europese Raad van Essen[66] en in de richtlijn voor bepaalde tijdcontracten wordt ook gerefereerd aan de werkgelegenheidsrichtsnoeren van 1999. Een expliciete verwijzing naar de Lissabonstrategie is terug te vinden in de Ouderschapsverlofrichtlijn 2010/18/EU. Daarbij worden de algemene doelstellingen ten aanzien van arbeidsparticipatie aangehaald, waarbij specifiek wordt gewezen dat de richtlijn beoogt bij te dragen aan verwezenlijking van beleid om de combinatie van werk, privé- en gezinsleven te verbeteren.[67] De Uitzendrichtlijn 2008/104/EG bevat eveneens verwijzingen naar de Lissabonstrategie en dan met name de werkgelegenheidsrichtsnoeren, met een nadruk op *flexicurity*.[68]

Vooral in het begin van deze eeuw was de OMC een populair instrument dat voor steeds meer onderwerpen werd ingezet, waaronder langdurige zorg, houdbaarheid van de sociale zekerheiden de strijd tegen sociale uitsluiting. In 2006 worden genoemde OMC's samengebracht in de OMC Sociale Bescherming. Ondanks kritische geluiden over de effectiviteit van

64 Rhodes, 'Employment Policy: Between Efficacy and Experimentation', in: Wallace, Wallace en Pollack (red.), *Policy Making in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 298. J. Goetschy, 'A transition year for employment in Europe: EU governance and national diversity under scrutiny', *Industrial Relations Journal* 2002, p. 405-423.

65 Zie o.a.: G. De Burcá and J. Scott (red.), *Law and new governance in the EU and the US*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 6-10.

66 De Europese Raad van Essen was een voorloper van de jaarlijkse voorjaarsbijeenkomsten in het kader van de werkgelegenheidsstrategie.

67 Beleid dat sinds de eerste cyclus is opgenomen in de beleidsrichtsnoeren van de werkgelegenheidsstrategie: zie Resolutie van de Raad betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten voor 1998, *Pb*, C 30/1.

68 Punten 8 en 9 van de preambule. Dat er grote nadruk op flexicurity wordt gelegd is niet verwonderlijk, omdat in de periode van onderhandelingen over deze richtlijn, de werkgelegenheidsstrategie opnieuw is geïntroduceerd met als beleidsfocus *flexicurity*. Zie uitgebreid: C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press (3rd edition), 2006, p. 109-140.

met name de sociale OMC's,[69] besloot de Europese Raad in 2010 om er toch mee door te gaan. Tijdens de Europese Raad van 17 juni 2010 is de "EU 2020-strategie" vastgesteld, gericht op een sterke en duurzame economie met veel werkgelegenheid. Deze strategie moet bevorderen dat de Europese economie zich ontwikkelt tot een zeer concurrerende, sociale en groene markteconomie.

Verknoping van economische en sociale doeleinden

Het doel van Europa 2020 en zijn voorloper de Lissabonstrategie is in de Europese werkgelegenheidsstrategie geconcretiseerd in het stimuleren van meer en betere banen op de nationale arbeidsmarkten van de lidstaten. Daarmee is in het sociaal beleid sprake van een andere prioriteitstelling dan voorheen. Er is meer aandacht voor het creëren van werkgelegenheid in plaats van de traditionele nadruk op werknemersbescherming. Inhoudelijk is er nu sprake van drie doelen, te weten volledige werkgelegenheid, bevordering van kwaliteit en productiviteit op het werk en het verstevigen van de sociale cohesie.[70] Dit is uitgewerkt in richtsnoeren waarin onder meer het bevorderen van de inzetbaarheid van werknemers ("employability") vooropstaat.[71] Bij dit laatste zou een verschuiving van baanzekerheid (via ontslagbescherming) naar werkzekerheid (via actief arbeidsmarktbeleid gericht op re-integratie en scholing) moeten plaatsvinden als onderdeel van de "flexicurity"-benadering.[72] De Europese Commissie heeft eind 2006 in het kader van haar "katalysatorfunctie" ter verwezenlijking van toen nog de Lissabondoelstellingen inzake groei en banen, een zogeheten Groenboek gepubliceerd waarin zij flexicurity propageert,

69 Zie o.a. V. Hatzopoulos, 'Why the Open Method of Coordination Is Bad for You: A letter to the EU', 13:3 *European Law Journal*, 2007, 309-342.

70 In het kader van de Europa 2020-strategie zijn deze geconcretiseerd in drie centrale doelstellingen voor 2020: (i) 75% van de bevolking van 20 tot 64 jaar heeft werk; (ii) minder dan 10% van de leerlingen verlaat school zonder diploma, van de 30- tot 34-jarigen heeft ten minste 40% een hogere opleiding genoten; (iii) ten minste 20 miljoen minder Europeanen die arm en/of maatschappelijk geïsoleerd zijn of dat dreigen te worden.

71 Zie Besluit 2010/707/EU van de Raad van 21 oktober 2010 betreffende de richtsnoeren voor het werkgelegenheidsbeleid van de lidstaten, met name richtsnoer 7 en 8, *PbEU* 2010, L 308/46.

72 Zie N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Kluwer 2014. Specifiek over het Europese flexicurity-beleid S. Bekker, *Flexicurity: The Emergence of a European Concept* (diss. Tilburg), Antwerpen: Intersentia 2012; T. Wilthagen, 'Mapping out flexicurity pathways in the European Union', in: F. Pennings, Y. Konijn en A. Veldman (eds.), *Social responsibility in labour relations, European and comparative perspectives. Liber Amicorum for Teun Jaspers*, Kluwer 2008, p. 251 e.v.

gemotiveerd vanuit de noodzaak tot "verbetering van het reactievermogen van de Europese arbeidsmarkt om de economische activiteit en de productiviteit te kunnen opvoeren".[73]

Het bereiken van de Europese "flexicurity" en werkgelegenheidsdoeleinden is echter sinds 2008 ernstig verstoord door de – niet voorziene – bankencrisis. Vooral sinds in het voorjaar van 2010 ook de staatsschuldencrisis in de Eurozone uitbrak, is de werkloosheid enorm toegenomen. Medio 2015 was in totaal 9,7% van de actieve beroepsbevolking in de EU werkloos.[74] De verschillen tussen de lidstaten in werkloosheidspercentages zijn groot, variërend van laag in Duitsland (4,8%) en in Oostenrijk (5,3%) tot hoog in Griekenland (26%) en Spanje (23,2%).[75] De jeugdwerkloosheid bedraagt gemiddeld 20,7%, maar ligt in Griekenland en Spanje tussen de 40 en 60%.[76]

De specifieke (schulden)problematiek in de Eurozone heeft geleid tot een Europees stabiliteitsmechanisme (ESM) en een gezamenlijk begrotingskader om economisch bestuur en beleidscoördinatie ("governance") in de EU te versterken. In dit kader is ook een permanent financieel noodfonds opgericht dat leningen verstrekt aan lidstaten die in financiële problemen verkeren. Hiertoe is het intergouvernementele Verdrag inzake stabiliteit, coördinatie en bestuur in de economische en monetaire unie (VSCB) gesloten tussen 25 van de 28 EU-lidstaten. Dit "begrotingspact" geldt in ieder geval voor landen van de Eurozone en is op 1 januari 2013 in werking getreden. Vanaf 1 januari 2014 geldt bovendien "the balanced budget rule". Dit betekent dat het structurele begrotingstekort van de lidstaten niet meer mag zijn dan 0,5% van het Bruto Nationaal Product (BNP). Voor de kortere termijn wordt als maximaal begrotingstekort 3% aangehouden.[77] Ter aanvulling van dit "governance-raamwerk" en met name

73 Groenboek *Modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21ste eeuw*, COM(2006)708 def, p. 3.; F. Hendrickx en M. van Putten, 'Verslag van het discussieforum betreffende het Groenboek Modernisering Arbeidsrecht', *Arbeid Integraal* 2007/1, p. 155-172.

74 Cijfers van april 2015. Bron: Eurostat. Dit is het percentage van de 28 EU-lidstaten, de Eurozone had een werkloosheidspercentage van 11,1%.

75 European Commission, *EU Employment and Social Situation*, Brussels, March 2015.

76 Dit is het percentage van de 28-EU-lidstaten, de Eurozone had een jeugdwerkloosheidspercentage van 22,3%. Bron: Eurostat 2015.

77 Zie V. Borger en A. Cuyvers, 'Het Verdrag inzake Stabiliteit, Coördinatie en Bestuur in de Economische en Monetaire Unie: de juridische en constitutionele complicaties van de eurocrisis', *SEW* 2012/10; F. Amtenbrink, 'Naar een effectievere economische governance in de Europese Unie?', *SEW* 2011/11; M. Bos en B. van Riel, 'Naar een nieuw begrotingskader van de EU', *ESB* 2011, p. 538-541.

art. 11 VSCB heeft de Europese Commissie geopperd eurolanden te verplichten tot voorafgaande coördinatie van plannen voor belangrijke economische hervormingen; niet-eurolanden kunnen dan op vrijwillige basis aansluiten. Inhoudelijk zou de *ex ante* coördinatie zich moeten richten op omvangrijke hervormingsplannen op beleidsterreinen als concurrentiekracht, werkgelegenheid, het functioneren van arbeids- en productmarkten, belastingstelsels, netwerkindustrieën, en hervormingen die van invloed zijn op de financiële stabiliteit en de houdbaarheid van de overheidsfinanciën.[78]

De Europese Commissie doet al sinds 2011 in "jaarlijkse groeianalyses" (JGA) aanbevelingen over de belangrijkste sociaaleconomische prioriteiten voor het komende jaar, zoals het stimuleren van groei en werkgelegenheid overeenkomstig de Europa 2020-strategie. De publicatie van de JGA markeert elk jaar het begin van het zogeheten "Europees Semester", een preventief Europees coördinatie- en toezichtsmechanisme inzake het budgettaire en economische beleid van de lidstaten. Het Europese Semester heeft tot doel de evaluatie van de maatregelen van de lidstaten meer dwingend te controleren en bij te sturen. De lidstaten rapporteren in een Nationaal Hervormingsprogramma (NHP) en Stabiliteitsprogramma over het gevoerde beleid. Deze programma's worden door de Commissie en de Europese Raad beoordeeld en vervolgens bekrachtigt de Europese Raad de landenspecifieke aanbevelingen. Hiermee is een directe link tot stand gebracht tussen sociaal beleid, de structurele hervormingen zoals aanbevolen in het kader van het Europees Semester voor begrotingscoördinatie, en het gebruik van EU-fondsen.[79]

Gevolgen verknoping economische en sociale doelen voor het nationaal beleid

Wat heeft dit nu voor gevolgen voor het Europese en nationale beleid op het terrein van het arbeidsrecht en de arbeidsmarkt? In de eerste plaats is het Europese werkgelegenheidsbeleid nu ingebed in een veelomvattender financieel-economisch beleid omdat de overheidsfinanciën nu eenmaal

78 COM(2013)166.

79 S. Bekker, 'The EU's stricter economic governance: a step towards more binding coordination of social policies?', *WZB Discussion Paper*, January 2013, http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2013/iv13-501.pdf; S. Bekker en I. Palinkas, 'The Impact of the Financial Crisis on EU Economic Governance: A Struggle between Hard and Soft Law and Expansion of the EU Competences?', *Tilburg Law Review* (17) 2012, p. 359-365.

voor een groot deel bestaan uit uitgaven op het gebied van werkgelegenheid.[80] Aanbevelingen van de Raad en Commissie op dit onderwerp zijn bindend en het niet opvolgen daarvan kan leiden tot een direct ingrijpen van de EU.[81] Officieel zijn de aanbevelingen op het gebied van het werkgelegenheidsbeleid niet bindend. Lidstaten moeten er in hun rapporten wel op ingaan, maar strikt genomen kan dat ook inhouden dat een lidstaat aangeeft dat (nog) geen specifieke maatregelen zijn getroffen. Omdat een groot deel van de begroting uitgaven betreft die gerelateerd zijn aan het werkgelegenheidsbeleid, wordt in de literatuur echter overwogen dat de werkgelegenheidsaanbevelingen indirect wel bindend zijn, aangezien het niet opvolgen daarvan zou kunnen leiden tot een ongewenst effect op de begroting. Het is zelfs niet uitgesloten dat dit ook het geval gaat zijn voor de meer puur sociale onderwerpen, zoals de bestrijding van armoede en sociale uitsluiting, die sinds 2013 eveneens onderworpen zijn aan de lidstaatspecifieke aanbevelingen.[82]

In de tweede plaats leidt de nadruk die in de afgelopen jaren werd gelegd op bezuinigingen om de overheidsfinanciën te saneren, in de lidstaten tot druk op arbeidskosten en het niveau van de socialezekerheidsstelsels. Naarmate de doelstellingen en aanbevelingen in het kader van de economische beleidscoördinatie indirect de voortzetting van sociale verworvenheden onbetaalbaar maken, wordt dit meer en meer ervaren als inperking van de nationale beleidsautonomie.[83] De EU verwerft immers via "soft law" invloed op beleidsterreinen waar zij nadrukkelijk geen (of slechts bij unanimiteit) competentie tot wetgeving heeft, zoals op het terrein van de sociale zekerheid en beloning (art. 153 VWEU). Ook de arbeidsverhoudingen en collectieve onderhandelingsruimte en -vrijheid van nationale sociale partners ten aanzien van lonen en arbeidsvoorwaarden worden geraakt door de Europese economische "governance". Dit blijkt vooral

80 Uit data van de OESO valt op te maken dat dit voor de lidstaten van de EU al gauw rond de 20-30% van het BNP ligt: www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-factbook_18147364 (government/socialexpenditure).

81 F. Costamagna, 'The European Semester in Action: Strengthening Economic Policy Coordination While Weakening the Social Dimension?', *LPF-WEL Working Paper No. 5*, 2013.

82 Terwijl dit in 2010 bij de introductie van Europa 2020 onder druk van lidstaten nog strikt uitgesloten was: P. Copeland and M. Daly, 'Varieties of poverty reduction: Inserting the poverty and social exclusion target into Europe 2020', 22:3 *Journal of European Social Policy*, 2012, p. 273-287.

83 Zie G.J.J. Heerma van Voss, 'Europese invloed op het sociaal beleid', *TRA* 2011/2, nr. 11.

in lidstaten die een beroep hebben gedaan op de Europese noodfondsen en in dat kader rigoureuze bezuinigingen (moeten) doorvoeren, waarvan Griekenland (met een ternauwernood afgewend GREXIT in de zomer van 2015) het meest vergaande voorbeeld biedt. Betoogd wordt wel dat de opgelegde bezuinigingen op gespannen voet staan met het door het ESH en ILO-verdragen gewaarborgde grondrecht van collectief onderhandelen.[84]

De balans opgemaakt

In positieve zin wordt wel aangevoerd dat Europa 2020 een betere balans tracht te brengen tussen het economische beleid, het werkgelegenheidsbeleid en het sociale beleid.[85] In hoeverre Europa 2020 daadwerkelijk in staat zal zijn om de drie beleidsvelden beter met elkaar in balans te brengen valt nog te bezien. In dat kader wordt wel gewezen op een aantal tekortkomingen in zowel de governance-structuur als de inhoudelijke sturing als het gaat om sociaal beleid.[86] Desalniettemin is OMC niet geheel zonder betekenis.[87] De OMC blijkt te fungeren als een kapstok waar verschillende beleidsinitiatieven en maatregelen aan kunnen worden opgehangen. Dit wordt wel "coördinatie van governance" genoemd. Deze ontwikkeling leidt ertoe dat tussen verschillende onderdelen van sociaal beleid meer coherentie valt waar te nemen. Een voorbeeld hiervan is het Europees Jeugdbeleid. In een raamwerkresolutie van de Raad zijn verschillende doelstellingen geformuleerd om de positie van jongeren binnen Europa te verbeteren.[88] Ter realisatie van die doelstellingen zijn negen actiegebieden ingesteld met subdoelstellingen en verschillende maatregelen ter realisatie van die doelstellingen. Het gevolg hiervan is dat er een beter gecoördineerd en daardoor meer coherent beleid op Europees niveau tot stand komt. Door een combinatie van soft law- en hard law-maatregelen worden lidstaten op verschillende manieren gemotiveerd om het Europese beleid

84 Zie Europese Commissie, rapport 'Industrial relations 2012', Brussel 2013.

85 Costamagna, a.w., 2013. Zie ook: K. Armstrong, 'The Lisbon Agenda and Europe 2020: From the Governance of Coordination to the Coordination of Governance', in: Copeland and Papadimitriou (eds.), *Evaluating the EU's Lisbon Agenda*. Basingstoke: Palgrave Macmillan 2012.

86 P. Copeland and M. Daly, 'Poverty and social policy in Europe 2020: ungovernable and ungoverned', 42:3 *Policy & Politics*, 2014, p. 351-365.

87 P. Copeland and B.P. ter Haar, 'The coordinated governance of EU social security policy – will there ever be enough?', in Pennings and Jaspers (eds.), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar, 2015, p. 201-230.

88 Resolutie van de Raad van 27 november 2009 over een nieuw kader voor Europese samenwerking in jeugdzaken (2010-2018), *Pb*, C 311/1.

om te zetten naar nationaal beleid.[89] Hoewel de meeste instrumenten juridisch niet bindend zijn, lijkt er toch behoorlijk wat druk mee uitgeoefend te worden op de lidstaten om in het kader van de OMC iets te doen in het nationale beleid. In Nederland was bijvoorbeeld de Wet Investeren in Jongeren (WIJ) hiervan het resultaat.[90] Al met al zijn er aanwijzingen dat OMC aanspoort tot een beter doordacht beleid (ook op nationaal niveau) waarbij de samenhang met andere beleidsvelden in het oog wordt gehouden.[91]

Uit het beleidsdiscours in de "soft law"-kant van het Europese sociale model, zoals Europa 2020, de werkgelegenheidsstrategie, het jeugdbeleid van de EU en beleid voor sociale bescherming en sociale insluiting, valt een duidelijk mensbeeld te destilleren, dat nauw overeen lijkt te komen met het mensbeeld uit de in Nederland gelanceerde participatiesamenleving: De "ideale" mens participeert in de samenleving, want dat is goed voor de economie. Passief thuiszitten en genieten van een overheidsuitkering is geen optie. Activering is waar de werkgelegenheidsstrategie voor staat. Actief zijn op de arbeidsmarkt is niet alleen goed voor de economie, maar ook de beste manier om armoede te bestrijden. Dit hoeft de burger niet alleen te doen, het is het waard om in die burger te investeren, want een participerende burger betaalt zich terug in een beter florerende economie. In dit kader wordt aanbevolen jongeren te faciliteren met stageplaatsen en tijdelijke banen om werkervaring op te doen; werkomstandigheden aan te passen zodat ouderen langer kunnen blijven participeren op de arbeidsmarkt; flexibele arbeidsrelaties te stimuleren die het mogelijk maken om arbeid, privéleven en zorgtaken beter te combineren.

Een opmerkelijke parallel met Europees "hard law", is dat in het kader van de OMC puur sociaal getinte beleidsaanbevelingen vrijwel niet te vinden zijn. Ondanks herhaalde inspanningen om een beleidsbalans te creëren tussen het economisch, werkgelegenheids- en sociaal beleid, blijft het puur sociale ondergeschikt aan werkgelegenheidsbeleid dat ten dienste staat van het financieel-economische beleid van de EU.

89 Zie uitgebreid: P. Copeland and B.P. ter Haar, 'The Open Methods of Coordination as Amplifier for EU Soft Law: The case of EU Youth Policy', 56:1 *Acta Juridica Hungarica*, 2015.

90 De regeling had een beperkte looptijd, tot 1 januari 2012 en is daarna niet verlengd.

91 Zie voor een indruk van het complexe regime dat de EU heeft gecreëerd op het gebied van sociale bescherming en sociale insluiting: Copeland and Ter Haar (2015), a.w., p. 209-211.

7.2.3 *Loonconcurrentie als motor van het vrij verkeer*

Net als in 1996 is er ook in 2016 nog altijd geen sprake van een echte "transnationale Europese arbeidsmarkt". Europese beleidsmakers sturen hier echter wel op aan. Zij willen toe naar een "fair and genuine European labour market". In dat kader reppen zij vooral over de noodzaak "to promote labour mobility".[92] Zowel baanmobiliteit – de mate waarin werknemers van baan veranderen – als geografische mobiliteit – de mate waarin werknemers bereid zijn ten behoeve van hun werk te verhuizen (of over langere afstanden te forenzen) – worden van belang geacht voor een gezonde, concurrerende economie.

De rol van de Europese Gemeenschap is echter voor beide vormen van mobiliteit zeer verschillend. Ten aanzien van baanmobiliteit zijn de bevoegdheden van de Unie beperkt: de Commissie kan stimuleringsmaatregelen nemen, onderzoek doen verrichten en via de hierboven besproken OMC trachten het beleid in de lidstaten te beïnvloeden. Veel soft law dus. De grensoverschrijdende geografische mobiliteit van werknemers valt daarentegen bij uitstek binnen de bevoegdheden van de Unie en maakt onderdeel uit van de interne markt. Dit heeft twee gevolgen. Ten eerste hebben de verdragsbepalingen inzake de interne markt directe werking: ze bevatten voorschriften waarop de Unieburger direct een beroep kan doen. De reikwijdte van het vrije verkeer van werknemers wordt in belangrijke mate bepaald door de rechtspraak van het HvJ. Deze rechtspraak geeft in het algemeen een ruime uitleg aan het beginsel van vrij verkeer van personen en werknemers. Beperkingen worden restrictief uitgelegd.[93] Daarnaast heeft de Europese wetgever in het kader van de interne markt de bevoegdheid om hindernissen voor het vrije verkeer weg te nemen door middel van coördinatiemaatregelen en harmonisatie van wetgeving. Dit heeft onder andere geleid tot een coördinatieverordening inzake de sociale zekerheid, een stelsel van erkenning van diploma's, en richtlijnen inzake detachering van werknemers en de internationale overdraagbaarheid van aanvullende pensioenrechten.[94]

92 Zie M.S. Houwerzijl, Naar een 'fair and genuine European labour market?', *TRA* 2013/90.

93 Voor een overzicht: Europese Commissie, 'Het vrije verkeer van werknemers opnieuw garanderen: rechten en belangrijkste ontwikkelingen', COM(2010)373 def.

94 Zie uitgebreid M.S. Houwerzijl, 'Vrij verkeer van werknemers', in: S.S.M. Peters en R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 105 e.v.

Anders dan in 1996, is in 2016 gemeengoed dat intra-Europese arbeidsmobiliteit zowel kan plaatsvinden op grond van het vrij verkeer van werknemers als op grond van het vrij verkeer van diensten. Bij de eerstgenoemde, verdragsrechtelijk verankerde vorm (art. 45 VWEU) staat de sociaalrechtelijke bescherming van migrerende werknemers centraal. Bij de tweede, uit jurisprudentie voortvloeiende en in de Detacheringsrichtlijn nader bepaalde variant, staat juist het bevorderen van de vrijheid van werkgevers voorop om grensoverschrijdend diensten te verrichten (art. 56 VWEU). Dit leidt tot verschillen in arbeidsrechtelijke bescherming waardoor het onderscheid tussen beide vormen van werknemersmobiliteit van cruciaal belang is. In de praktijk blijkt afbakening echter gemakkelijker gezegd dan gedaan.

Het beginsel van gelijke behandeling verbiedt het aanbieden aan of aanvaarden van minder gunstige arbeidsvoorwaarden door werknemers uit andere lidstaten, zo bevestigde het Hof van Justitie van de EG in 1974 in het arrest Franse zeelieden, waarin een verband werd gelegd tussen art. 48 EEG-Verdrag (thans art. 45 VWEU) en art. 117 EEG-Verdrag (thans art. 151 VWEU).[95] Hieruit blijkt dat het discriminatieverbod in het kader van het vrij verkeer van werknemers,[96] dus niet alleen bedoeld is om migrerende werknemers tegen discriminatie te beschermen maar ook om ingezeten werknemers tegen loonconcurrentie door migrerende werknemers te beschermen. Verdringing op de arbeidsmarkt (door migranten in te huren als goedkoop alternatief voor lokaal personeel) wordt met het discriminatieverbod tegengegaan. Deze benadering, waarbij directe loonconcurrentie van migrerende Europese werknemers op de arbeidsmarkt van de lidstaat van bestemming in beginsel is uitgesloten, was in 1996 nog vanzelfsprekend maar staat anno 2016 in toenemende mate onder druk door zowel feitelijke als juridische ontwikkelingen.

95 HvJ EG, nr. 167/73, *Jur.* 1974/359 (arrest Franse zeelieden). In art. 117 (oud) werd gesproken over "de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt".

96 In aansluiting op art. 18 VWEU, waarin een algemeen verbod van discriminatie op grond van nationaliteit is neergelegd, verbiedt het tweede lid van art. 45 VWEU elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers van de lidstaten voor wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Dit beginsel is uitgewerkt in Verordening (EU) nr. 492/2011. Zie M.S. Houwerzijl en M. Kullmann, 'Werknemersmobiliteit binnen de EU', *ArbeidsRecht* 2010/52; F.J.L. Pennings, 'EU-burgerschap en toegang tot sociale voordelen over de grens. Is er verschil tussen marktburgers en sociale burgers?', *ArA* 2012/3.

Feitelijk is het verband tussen migratie en loonconcurrentie actueel sinds de al genoemde uitbreidingen van de Europese Unie in 2004, en 2007 en 2013 met in totaal dertien nieuwe lidstaten. Het merendeel van deze nieuwe toetreders heeft een aanzienlijk lager loonniveau dan de oude lidstaten. Dit levert een behoorlijke prikkel op voor arbeidsmigratie en arbeidsmobiliteit van de nieuwe naar de oude lidstaten, wat tot negatieve druk op de loonniveaus in de landen van ontvangst kan leiden. Het discriminatieverbod biedt daartegen geen soelaas. Uit vrees voor "een vloedgolf aan goedkope arbeid" stelden bijna alle oude lidstaten overgangsregelingen in waardoor het vrij verkeer van werknemers uit de nieuwe lidstaten de afgelopen jaren sterk werd beperkt.[97]

Juridisch is de mogelijkheid tot concurrentie op arbeidskosten stapsgewijs vergroot sinds 1990, zowel via de jurisprudentie van het Hof als via Europese regelgeving (Rome I Verordening, Detacheringsrichtlijn). Deze rechtsontwikkeling heeft de mogelijkheden tot tijdelijke mobiliteit van werknemers en zelfstandigen via het vrije dienstenverkeer (art. 56 VWEU) in de EU gaandeweg sterk verruimd. Ook vrij verkeer van zelfstandigen via de vestigingsvrijheid (art. 49 VWEU) is gemakkelijker geworden.[98] Een Europese dienstverrichter mag op grond van art. 56 VWEU diensten aanbieden in een andere lidstaat dan de staat waarin hij is gevestigd. Tijdens de uitvoering van de aangenomen opdracht in een andere lidstaat mag de dienstverrichter niet alleen zelf in deze andere lidstaat werken en verblijven, maar ook de bij hem in dienst zijnde werknemers voor zover hij deze wenst in te zetten voor het leveren van de grensoverschrijdende dienst. Het hof beschouwt deze tijdelijke mobiliteit van werknemers als onderdeel van het dienstenverkeer omdat de werknemers in dienst blijven bij de buitenlandse dienstverrichter en niet (zelfstandig) de arbeidsmarkt betreden van de ontvangende lidstaat om daar werk te zoeken.[99]

97 M.S. Houwerzijl, 'De deur op een kier of wijd open voor verkeer van (gedetacheerde) werknemers uit de toetredende lidstaten?', *SMA* 2004, p. 176-185; J.S. van den Oosterkamp en A.S.M. Galama, 'De toetreding tot de Europese Unie van Bulgarije en Roemenië', SEW 2007, p. 8-22.

98 Zie M.S. Houwerzijl, 'Grensoverschrijdende arbeid: toepasselijk recht en detachering', in: S.S.M. Peters en R.M. Beltzer (red.), a.w. 2013, p. 137-140; T. van Peijpe, 'EU en de ruimte voor een nationaal werknemersbegrip', *TRA* 2011/34.Ook het vrij verkeer van niet-economisch actieve Europese burgers is in de jaren negentig verruimd. Dit is bekroond met de opname in het verdrag van art. 18 EG (oud) (nu art. 21 VWEU) op grond waarvan Verblijfsrichtlijn 2004/38/EG tot stand is gekomen.

99 HvJ EG 27 maart 1990, C-113/89 (Rush Portuguesa); bevestigd in HvJ EU 10 februari 2011, C-307-C-309/09 (Vicoplus), waarin het Hof bepaalde dat gedetacheerde uitzendkrachten wél de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat betreden.

De lonen en arbeidsvoorwaarden van de tijdelijk uitgezonden werknemers blijven op grond van Rome I in principe gebaseerd op buitenlands recht, maar krachtens de Detacheringsrichtlijn moet wel een dwingendrechtelijk geldende "harde kern" van arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden in het tijdelijke werkland in acht worden genomen. Hoe minder deze "harde kern" aan dwingend arbeidsrecht omvat (en dit verschilt per lidstaat), hoe groter de mogelijkheden zijn voor loonconcurrentie vanuit een lidstaat met een minder hoog loonniveau. Steeds meer buitenlandse ondernemers ontdekken deze mogelijkheden en benutten hun economische vrijheid van dienstverrichting in de EU door te concurreren op arbeidskosten met binnenlandse ondernemers via de detachering van "goedkope arbeid". Een bijkomend probleem is dat de Detacheringsrichtlijn slecht wordt nageleefd en moeilijk handhaafbaar is.[100]

Vakbonden in de lidstaten van ontvangst bestempelen dit met meer of minder felheid als "sociale dumping". Het Hof van de EU heeft in zijn geruchtmakende arresten inzake Viking en Laval, stakingen van nationale vakbonden tegen dienstverlenende ondernemingen opererend vanuit Estland en Letland getoetst aan het VWEU, meer in het bijzonder het vrije vestigingsrecht en het vrij verkeer van diensten, alsmede de Detacheringsrichtlijn. Wanneer het uitoefenen van het (grond)recht om collectieve actie te voeren een beperking op het vrij verrichten van diensten tot gevolg heeft, dient die belemmering gerechtvaardigd te worden door legitieme doelstellingen, aldus het hof. De belemmering is bovendien slechts toelaatbaar wanneer zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verdergaat dan noodzakelijk is.[101] In Scandinavië is het stelsel van cao-onderhandelingen en het stakingsrecht aangetast door deze arresten: zo is in Zweden het gebruik beknot dat bonden met collectieve acties buitenlandse dienstverrichters konden dwingen zich volledig aan de lokale cao's houden.[102] Recentelijk lijkt het HvJ iets terug te komen

100 Zie M. Kullmann, *Enforcement of Labour Law in Cross-Border Situations* (diss. Nijmegen), Kluwer 2015. A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, 2011 via ec.europa.eu/social/posted-workers.

101 HvJ 11 december 2007, C-438/05 (Viking Line ABP) en HvJ 18 december 2007, C-341/05 (LavalunPartneri). Zie A.A.H. van Hoek en M.S. Houwerzijl, 'Loonconcurrentie als motor van de interne markt? Een tweeluik, Deel 1', *NTER* 2008, p. 190 e.v. en daarin genoemde literatuur.

102 K. Boonstra, J.L.A. Helmer en M.S. Houwerzijl, 'Ontwikkelingen na 'Viking/Laval' in het (stakings)recht van de EU, ILO en de Raad van Europa', in: L. Sprengers en G. van der Voet (red.), *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, Deventer: Kluwer 2014, p. 317-349.

van zijn Laval-rechtspraak. In zijn uitspraken Sähköalojen Ammattiliitto Ry en Regiopost gaf het hof ruim baan aan een nationale – in het voorliggende geval brede – invulling van het begrip minimumloon in de Detacheringsrichtlijn en vergrootte het de slagkracht van aanbestedende diensten om (buitenlandse) aannemers die niet van zins zijn het nationaal bepaalde minimumloon te betalen, uit te sluiten van deelname aan aanbestedingsprocedures.[103]

Op 15 mei 2014 is Richtlijn 2014/67 aangenomen inzake de verbetering van de handhaving van de Detacheringsrichtlijn. Deze handhavingsrichtlijn moet de praktische uitvoering, toepassing en handhaving van de richtlijn bevorderen, verbeteren en versterken. Op deze manier wordt getracht de rechten van gedetacheerde werknemers beter te waarborgen. De richtlijn bevat maatregelen die fraude moeten tegengaan, met name in onderaannemingsketens, waar de rechten van gedetacheerde werknemers niet altijd worden geëerbiedigd. Een controversieel onderdeel betreft de introductie van ketenaansprakelijkheid voor lonen. De nieuwe handhavingsrichtlijn moet op 18 juni 2016 geïmplementeerd zijn.[104]

In de zomer van 2013 gaf minister Asscher van SZW een "code oranje" af voor het vrije werkverkeer. Onder verwijzing naar bekende voorbeelden van onderbetaalde Oost-Europeanen in de Eemshaven en uitbuiting van Portugese en Poolse werknemers bij de aanleg van de A2, uitte hij zijn zorgen over de afnemende steun voor het Europese vrij verkeer onder de bevolking. De SER viel hem bij.[105] Een zevental lidstaten met veel inkomende detachering wil nu verdergaande maatregelen tegen de huidige problematiek van oneerlijke concurrentie die gepaard gaat met arbeidsuitbuiting.[106] Op het werkprogramma van de Europese Commissie staat

103 HvJ EU 12 februari 2015, C-396/13; HvJ EU 17 november 2015, C-115/14.

104 F. Van Overbeeke, 'Het toepasselijk recht op gedetacheerde werknemers na de Handhavingsrichtlijn inzake de Detacheringsrichtlijn', *ArbeidsRecht* 2014, p. 1-8; M.S. Houwerzijl, 'Handhavingsrichtlijn ter versterking van de Detacheringsrichtlijn: effectief tegen misstanden en 'sociale dumping'?', *TRA* 2014/70. M. Govaert en A.J.P. van Beers, 'Handhaving detacheringsrichtlijn: hoe te ontkomen aan ketenaansprakelijkheid?', *TRA* 2013/8-9.

105 Brief van Ministers (van sociale zaken en werkgelegenheid) van Oostenrijk, België, Luxemburg, Duitsland, Frankrijk, Zweden en Nederland aan Eurocommissaris Thyssen inzake de Detacheringsrichtlijn (Luxemburg, 18 juni 2015); SER-advies 2014/09 inzake arbeidsmigratie en actieplan 'bevordering eerlijke arbeidsmobiliteit in de EU'.

106 Zie FRA, 'Zero tolerance noodzakelijk voor ernstige vormen van arbeidsuitbuiting', *Rapport* juni 2015.

inmiddels een "gerichte beoordeling" van de Detacheringsrichtlijn. Het huidige Nederlandse voorzitterschap zet daarbij in op "gelijk loon voor gelijk werk op dezelfde locatie", ook voor grensoverschrijdend gedetacheerde werknemers. De beoogde ingreep gaat zelfs verder, met een nadere specificering van de tijdelijkheid van periodes van detachering, alsmede een herziening van de detacheringsbepaling in de zogenaamde coördinatieverordening voor de sociale zekerheid. De ogen zijn nu gericht op het "labour mobility package" waarin de plannen een concrete uitwerking krijgen. Dit pakket was door de Europese Commissie aangekondigd voor begin december 2015,[107] maar begin februari 2016 nog altijd niet verschenen.

7.2.4 Sociale grondrechten in de Europese rechtsorde

Grondrechten zijn na de Tweede Wereldoorlog een steeds vanzelfsprekender onderdeel geworden van het Europese juridische landschap. In de rechtsorde van de Europese Unie sijpelden ze echter een stuk trager door. De werking van grondrechten van werknemers in de Europese rechtsorde is nog volop in ontwikkeling. Achteraf gezien bevonden we ons in 1996 aan het startpunt van het ontstaan van een "Grondrechtencultuur" in de Europese Unie, een ontwikkeling waar Jaspers in zijn bijdrage aan de jubileumbundel voor pleitte. De vraag is echter of deze grondrechten voor werknemers voldoende tegenwicht bieden tegen de gevolgen van de Europese invloed op de bevordering van loonconcurrentie en de beperking van sociale uitgaven zoals besproken in de voorgaande paragrafen.

In het navolgende bespreken wij eerst de grondrechten in de Europese Unie. Daarna komt de ontwikkeling van de werknemersrechten in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Europees Sociaal Handvest (ESH) aan de orde. Ten slotte wordt nog kort iets gezegd over de interactie tussen die drie fora.

Grondrechten in de Europese Unie

In de jaren na de Tweede Wereldoorlog zagen Europese regeringen het belang van samenwerking en het sluiten van verdragen om vijandelijkheden tegen elkaar en tegen burgers in de toekomst te voorkomen. De sluiting van grondrechtelijke verdragen viel min of meer samen met de oprichting

107 FD 7 december 2015: 'Parijs' en Brexit blazen arbeidsmigratie van Europese agenda'.

van de Europese Gemeenschappen.[108] Aangezien de Europese Verdragen in eerste instantie uitsluitend gericht waren op economische samenwerking op enkele deelterreinen, behoeft het niet te verbazen dat in de rechtsorde van de Europese Gemeenschap aanvankelijk weinig plaats was ingeruimd voor grondrechten. Vanaf begin jaren zeventig onderkende het HvJ echter dat "de fundamentele rechten een integrerend deel uit (maken) van de algemene rechtsbeginselen van de Europese Gemeenschap".[109] In de Europese Akte van 1986 werd voor het eerst in een Europees verdrag gerefereerd aan de grondrechten als grondslagen voor een democratisch Europa. Het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden uit 1989 beoogde de sociale dimensie van de Gemeenschap te bevestigen (zie paragraaf 7.2.1). De teksten waren grotendeels ontleend aan het Europees Sociaal Handvest van de Raad van Europa van 1962. Het Gemeenschapshandvest had echter geen formele juridische status; het was een "plechtige verklaring".[110]

In de decennia die volgden is de rol van sociale grondrechten in Europa ontegenzeggelijk gegroeid. Toch zien we ook hier terug dat de EU nog steeds primair economische samenwerking in een liberale markteconomie voorstaat, en dat het sociale gezicht van Europa daar slechts in tweede instantie een zekere correctie op biedt. Grondrechten moeten doorgaans worden afgewogen tegen andere belangen. In het Europese Unierecht moet daarbij voornamelijk opgebokst worden tegen economische rechten en vrijheden, die zwaar wegen in de ogen van het HvJ. Niettemin heeft het Hof in belangrijke mate bijgedragen aan de ontwikkeling van de Europese samenwerking tot "Grondrechtenunie".[111]

108 Voor het sociaal recht belangrijke algemene grondrechtelijke verdragen zijn op initiatief van de Raad van Europa het EVRM, Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154; en het ESH, Verdrag van 18 oktober 1961, *Trb.* 1962, 3; voorts op initiatief van de Verenigde Naties het IVBPR, verdrag van 16 december 1966, *Trb.* 1978, 177 en het IVESCR, verdrag van 16 december 1966, *Trb.* 1969, 100. Het EGKS-Verdrag dateert uit 1951, het EEG-Verdrag (Verdrag van Rome) en het Euratom Verdrag dateren beide uit 1957.

109 HvJ EG 12 november 1969, nr. 29/69 (Stauder); HvJ EG 14 mei 1974, nr. 4/73, r.o. 13 (Nold/Commissie).

110 Zie het voorwoord van Jacques Delors, de toenmalige voorzitter van de Europese Commissie, in de uitgave van het Gemeenschapshandvest van de Commissie (Europese Commissie, Luxemburg: 1990).

111 T. Jaspers en S.S.M. Peters, 'Sociale grondrechten', in: S.S.M. Peters en R.M. Beltzer (red.), *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 46; zie ook G. de Burca, Beyond the Charter: how enlargement has enlarged the human rights policy of the European Union, 27 *FordhamInt'l L.J.* 679 2003-2004.

Op 7 december 2000 is in Nice door het Europees Parlement, de Raad en de Commissie gezamenlijk het Gemeenschapshandvest (de *Community Charter of Fundamental Rights*) afgekondigd. Alle fundamentele rechten in de gemeenschappelijke constitutionele tradities en internationale verplichtingen van de lidstaten, het Verdrag van de Europese Unie en communautaire verdragen, het EVRM en de door de Gemeenschap en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, de jurisprudentie van het HvJ en het EHRM zijn daarin samengebracht. Dit handvest was echter niet bedoeld als bron van nieuwe rechten. Maar gaandeweg kreeg dit handvest toch een zekere juridische betekenis. In het EU-Verdrag van 2002 werd in de preambule verwezen naar het Gemeenschapshandvest, naast een verwijzing naar het vernieuwde ESH. De eerste verwijzing naar het Handvest in de jurisprudentie van het hof dateert van 2006.[112]

In 2004 werd een verdrag getekend krachtens welke een grondrechtenhandvest zou worden opgenomen in een "Europese grondwet". Omdat de Franse en Nederlandse burgers zich in referenda tegen dit verdrag verzetten, is dit verdrag niet geratificeerd. In het Verdrag van Lissabon (in werking getreden op 1 december 2009) is het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (HGEU) ten slotte toch juridisch bindend geworden. Art. 6 lid 1 VEU bepaalt dat het EU-Handvest dezelfde juridische status als de verdragen heeft waarbij uitdrukkelijk is vermeld dat het handvest geen verruiming betekent van de bevoegdheden van de Unie. Daarnaast heeft het Verdrag van Lissabon geleid tot de afspraak dat de Unie zal toetreden tot het EVRM, een mogelijkheid die al decennia lang ter discussie stond.[113]

Het HGEU bevat verschillende grondrechten die tot de kernwaarden behoren van het arbeidsrecht: de vrijheid van vergadering en vereniging (art. 12), het recht op collectieve onderhandelingen en collectieve actie (art. 28), het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen de onderneming (art. 27), bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag (art. 30), het recht op rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en -voorwaarden (art. 31), non-discriminatie (art. 21), de gelijkheid van mannen en vrouwen (art. 23), het recht te werken en de vrijheid van beroep (art. 15). Sommige

112 HvJ EU 27 juni 2006, C-540/03 (Europees Parlement/Raad van de EU).

113 J.P. Jacqué, The accession of the European Union to the European convention on human rights and fundamental freedoms, *Common Market Law Review*, 48: 995-1023, 2011.

van die grondrechten waren tot dan toe nog nauwelijks uitgewerkt in secundair Europees recht, zoals de bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag. Dat kon licht de verwachting wekken dat het Europese recht nu een daadwerkelijke sociale dimensie kon gaan krijgen.

Maar daarvan moeten we ons vooralsnog niet te veel voorstellen.[114] In het Handvest wordt namelijk op verschillende manieren duidelijk gemaakt dat de gevolgen ervan beperkt moeten blijven en dat de rechter niet de vrijheid heeft om de werkingssfeer van het Unierecht op te rekken met een beroep op het Handvest. Zo bepaalt art. 51 lid 1 HGEU dat de bepalingen van dit handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Volgens art. 51 lid 2 schept het Handvest geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Gemeenschap en voor de Unie. Art. 52 lid 5 verzekert dat aan de bepalingen van het Handvest die beginselen bevatten (kortweg: de sociale grondrechten), slechts uitvoering kan worden gegeven door wetgevings- en uitvoeringshandelingen van de instellingen, organen en instanties van de Unie en door handelingen van de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden. De rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van die bepalingen blijft beperkt tot de uitlegging van genoemde handelingen en de toetsing van de wettigheid ervan. Geen afdwingbare sociale bescherming derhalve, geen horizontale werking, en al zeker niet buiten de toepassing van het Unierecht.[115]

Hoewel de toegevoegde waarde van het Handvest daarom in opzet gering leek, werd na inwerkingtreding van art. 6 VEU niettemin gesproken van een stimulans voor de "grondrechtencultuur" binnen de EU.[116] Het hof verwijst in zijn beslissingen steeds vaker naar het Handvest, en ook nationale rechters doen dat steeds vaker onder andere in hun verzoeken om een prejudiciële beslissing.[117] Opmerkelijk is de rechtspraak van het hof op grond

114 A. Jacobs, 'Sociaal recht en sociale politiek na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (2)', *TRA* 2010/86.

115 De eis van toepasselijkheid van Unierecht wordt door het Hof vooralsnog vrij strikt gehandhaafd, zie HvJ EU 26 februari 2013, C 617/10, EU:C:2013:105 (Åkerberg-Fransson) punt 19, met verwijzing naar eerdere jurisprudentie; HvJ EU 5 februari 2015, C-117/14, EHRC 2015/68 (Poclava).

116 Jaspers en Peters, a.w., p. 49. Zie ook T. van Peijpe, 'Toepassing van EU-grondrechten in nationaal arbeidsrecht', *TRA* 2012/76.

117 Zie de jaarverslagen van de Europese Commissie over de toepassing van het EU-Handvest van de grondrechten, o.a. COM(2013)271; COM(2015)191.

waarvan het Handvest mogelijk toch rechtstreekse werking zou kunnen hebben in een geschil tussen particulieren, mits het gaat om een grondrecht dat voldoende nauwkeurig is ofwel als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht kan worden aangemerkt, en bovendien is uitgewerkt in secundair Unierecht.[118]

Om de vraag te beantwoorden welke invloed grondrechten daadwerkelijk hebben in de Europese rechtspraak, moet ook gekeken worden naar de uitkomst van een afweging tussen een grondrechtelijk beschermd belang en een ander belang. Daarbij laat het HvJ in enkele belangwekkende zaken eerder het Unierecht prevaleren, dan het grondrecht. Soms is er een grondrecht dat duidelijk in strijd is met EU-recht. De ruimte om met een beroep op een geratificeerd (ILO-)verdrag positief EU-recht niet toe te passen is vrij klein, zo bleek al in 1993.[119] Bescherming van de grondrechten kan in de optiek van het hof een rechtvaardiging vormen voor een beperking van verplichtingen krachtens het gemeenschapsrecht (en dus niet andersom).[120] Dat is goed te zien aan de al genoemde, spraakmakende zaken Viking en Laval, waar het ging om een botsing tussen het stakingsrecht en het recht op vrije vestiging respectievelijk vrij verkeer van diensten. Hieruit blijkt dat beperking van de economische vrijheden alleen is toegestaan als zij een met het verdrag verenigbaar legitiem doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang.[121] Ook al stelt het hof dat een hiërarchie tussen de fundamentele rechten en de fundamentele vrijheden niet bestaat, toch is aan de vervolgens toegepaste belangenafweging te zien dat de partij die zich op een grondrecht beroept, de bewijslast heeft. In het geval van het stakingsrecht lijkt het hof zelfs een strengere toets aan te leggen dan bij klassieke grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting, aangezien het hof restrictief omschrijft wat het gerechtvaardigde doel van een collectieve actie

118 HvJ 15 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:2, C-176/12, (AMS/Union locale des syndicats CGT en Laboubi), EHRC 2014/70; HvJ EG 19 januari 2010, C-555/07 (SedaKücükdeveci/Swedex GmbH &Co. KG), *JAR* 2010/53. Zie over de betekenis van het AMS-arrest o.a. H.C.F.J.A. de Waele, Horizontale werking van het EU Grondrechtenhandvest: de kogel lijkt door de kerk, *NTER* 2014/05.

119 HvJ EG 2 augustus 1993, C-158/900 (Levy), verbod nachtarbeid zwangere vrouwen in IAO-verdrag 89 in strijd met recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zie Jaspers en Peters, a.w. p. 55.

120 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00 (Schmidberger), r.o. 73 en 74; HvJ EG 13 april 2000, C-292/97 (Kjell Karlsson); HvJ EU 13 juli 1989, nr. 5/88 (Wachauf).

121 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, Viking r.o. 90; HvJ EG 18 december 2007, C 341/05, Laval r.o. 101. Zie voor een overzicht van de reacties in Europa o.a. Boonstra, Helmer, Houwerzijl, a.w. 2014.

mag zijn.[122] Het mag in dat licht opmerkelijk genoemd worden dat in een geval waarin sprake was van een botsing tussen een Unierecht van een werknemer en art. 16 HGEU inzake het grondrecht op vrij ondernemerschap van de werkgever (een recht dat in vrijwel alle grondrechtencatalogi ontbreekt), het hof voorrang gaf aan de laatste.[123]

In het geval van het recht op gelijke behandeling kan het HvJ historisch gezien aangemerkt worden als de belangrijkste motor achter de verwezenlijking van dit beginsel. Gelijke behandeling heeft als algemeen beginsel een zeer zwaar gewicht in de jurisprudentie van het hof.[124] Vergeleken met de vroege, gedurfde rechtspraak over de directe werking van het recht op gelijk loon[125] en over de rechten van zwangere werkneemsters,[126] heeft het hof zich in latere uitspraken echter niet altijd even vooruitstrevend getoond. De zogenaamde materiële gelijkheidsgedachte (het recht op accommodatie van werknemers met bijzondere behoeften) komt behoudens de situatie van zwangerschap bijvoorbeeld nauwelijks van de grond. Dit kan deels worden verklaard doordat het systeem van handhaving middels door werknemers aan te spannen rechtszaken zich daar niet voor leent,[127] maar ook de terughoudende positie van het HvJ draagt daaraan bij.[128] Voorkeursbeleid voor vrouwen bij werving en selectie wordt bijvoorbeeld slechts onder zeer stringente voorwaarden toegestaan.[129] Een uitzondering is de positie van gehandicapten. De verplichting van art. 5

122 V. Velyvyte, The Right to Strike in the European Union after Accession to the European Convention on Human Rights: Identifying Conflict and Achieving Coherence, *Human Rights Law Review* 2015, 15, 73-100; Boonstra, Helmer en Houwerzijl, a.w.

123 HvJ EU 18 juli 2013, EUR C-426/11 (Alemo-Herron/Parkwood Leisure), *NJ* 2013/569, m.nt. Mok; *JAR* 2013/216, m.nt. Beltzer; *JIN* 2013/127, m.nt. Blom; *AR Updates annotaties* 2013/556, m.nt. Beltzer; *TAO* 2013/4, p. 121-123; m.nt. Stege; *TRA* 2013/107, m.nt. Voogsgeerd. Zie ook S.S.M. Peters, 'Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming', *TAO* 2014/2.

124 HvJ EG 19 januari 2010, C-555/07 (SedaKücükdeveci/Swedex GmbH &Co. KG), *JAR* 2010/53; HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, *JAR* 2005/289 (Mangold).

125 HvJ EG 8 april 1976, nr. 43/75, *Jur.* 1976, p. 455, *NJ* 1976/510 (Defrenne II).

126 HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, *NJ* 1992/224 (Dekker).

127 S. Fredman, Making Equality Effective: Proactive Measures and Substantive Equality for Men and Women in the EU, *European Gender Equality Law Review*, nr. 2/2010.

128 W.L. Roozendaal, *Werk en Prive* (diss. RUN), Deventer: Kluwer 2011, paragraaf 5.3.5.

129 O.a. HvJ EG 6 juli 2000, *NJ* 2001/28 (Abrahamsson); HvJ EG 30 september 2004, C-319/03 (Briheche).

Richtlijn 2000/78 om de arbeidsplaats aan te passen aan de behoefte van de gehandicapte is ook door het hof erkend.[130]

Klassieke en sociale grondrechten in de Raad van Europa

In de naoorlogse periode is bij de totstandkoming van grondrechtelijke verdragen een scherp onderscheid gemaakt tussen klassieke grondrechten en sociale grondrechten.[131] De eerste categorie betreft vooral vrijheidsrechten en het recht op maatschappelijke en politieke participatie. Kern van de vrijheidsrechten is een rechtstreeks afdwingbaar recht op staatsonthouding. Deze rechten zijn terug te vinden in het IVBPR en de Europese versie daarvan, het EVRM. De tweede categorie betreft van oudsher vooral inspanningsverplichtingen van de overheid die niet rechtstreeks afdwingbaar zijn door ingezetenen. Deze rechten zijn onder andere terug te vinden in het IVESCR en het ESH. Het verschil is mede terug te vinden in de handhavingsmechanismes. Zoals bekend kunnen particulieren een procedure aanhangig maken tegen een verdragsstaat bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De naleving van het ESH wordt gewaarborgd door toezicht van het Europees Comité voor Sociale Rechten. Particulieren kunnen hier geen rechten aan ontlenen, zeker niet in een conflict met een andere particulier.

In de loop der tijd is dit verschil in rechtskarakter tussen de klassieke en de sociale grondrechten echter steeds meer vervaagd. Dit komt ten eerste door de jurisprudentie van het EVRM. Het leerstuk van positieve verplichtingen brengt mee dat verdragsstaten wel degelijk de verplichting kunnen hebben om zich in te spannen om voorzieningen te treffen teneinde grondrechten te beschermen. Ook kunnen zij verplicht zijn om in horizontale relaties tussenbeide te komen om de grondrechten van partijen te waarborgen.[132] Bovendien spreekt het EHRM zich steeds vaker uit op terreinen

130 HvJ EU 18 december 2014, C-354/13 (Kaltoft). Zie over de plaats van deze verplichting in het recht o.a. L. Waddington en A. Hendricks, 'The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation', *IJCLLIR* 18 (2002) 403.

131 M.C. Burkens en H.R.B.M. Kummeling, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2006, hoofdstuk 6, Grondrechten.

132 R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten, over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 4: Horizontale werking van grondrechten en het EHRM, p. 51-68; L. Verhey, Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Den Haag: Bju 2009, p. 517-536.

waar ook het Comité voor Sociale Rechten van de ESH zich over buigt.[133] Het EHRM heeft in de afgelopen decennia steeds meer grondrechten van werknemers erkend, waarover hieronder meer. Een tweede ontwikkeling waardoor anderzijds het rechtskarakter van de rechten in het ESH aan belang wint, is geweest de toevoeging van een collectieve klachtenprocedure aan de handhavingsmechanismen van het ESH in 1998.[134] Het Europese Comité voor Sociale Rechten kreeg daardoor de bevoegdheid om zich als quasi-rechterlijke instantie te buigen over klachten van sociale partners of non-gouvernementele organisaties, waarbij de staat in de gelegenheid wordt gesteld zich te verweren. Het comité volgde daarbij vaak de redeneringen van het EHRM.[135]

Zoals gezegd is er inmiddels een respectabel aantal uitspraken van het EHRM waarin grondrechten van werknemers aan de orde zijn. Werknemer beschermende grondrechten die aanvankelijk buiten de catalogus van klassieke grondrechten leken te vallen, worden door het hof nu toch erkend, en de werkingssfeer van bestaande rechten wordt uitgebreid. Dat betekent uiteraard niet dat werknemers of uitkeringsgerechtigden altijd succes hebben bij het hof. Ook bij het hof is oog voor de belangen van de werkgever. Het is in het bestek van dit stuk niet mogelijk een compleet overzicht te geven van relevante rechtspraak, maar enige opmerkelijke trends kunnen wel genoemd worden.

Art. 11 lid 1 EVRM stelt buiten twijfel dat eenieder het recht heeft met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen. De vraag of het recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht daar ook onder valt is door het hof echter lang ontkennend beantwoord. Na de eeuwwisseling is dit standpunt herzien. Collectief onderhandelen en het recht te staken

133 In de literatuur wordt deze trend aangeduid als de "integrated human rights approach", dat wil zeggen het integreren van klassieke en sociale rechten; V. Mantouvalou, 'Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation' *Human Rights Law Review* 13 (2013), 529-555

134 Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een systeem voor collectieve klachten CETS 158, aangenomen 9 november 1995, in w.tr. 1 juli 1998.

135 H. Cullen, The Collective Complaints System of the European Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights, *Human Rights Law Review* 9:1(2009), 61-93.

wordt nu gezien als onlosmakelijk verbonden met het recht van vrijheid van vakvereniging.[136] Dit was een opzienbarende ontwikkeling, temeer daar zelfs binnen de ILO de vraag of het recht op collectief onderhandelen ook het recht om te staken omvat, door werkgevers categorisch wordt ontkend.[137]

De bescherming van de vrijheid van meningsuiting heeft een aantal arresten opgeleverd waarin genuanceerde toetsingskaders worden ontwikkeld. Opvallend is het onderscheid dat het hof maakt tussen de uitingsvrijheid als zodanig en de uitingsvrijheid van een klokkenluider. De inbreuk op de uitingsvrijheid in het algemeen moet (zoals gebruikelijk) door de inbreukmakende partij gerechtvaardigd worden.[138] De klokkenluider daarentegen moet zelf aantonen dat het naar buiten brengen van misstanden in het bedrijf kortgezegd een ultimum remedium is.[139] Daarmee ligt de lat voor het naar buiten mogen brengen van misstanden een stuk hoger dan voor bijvoorbeeld het mogen beledigen van de werkgever.

Het recht op privacy van de werknemer betreft in de rechtspraak van het hof geregeld een werknemer die met moderne technologie wordt gecontroleerd, bijvoorbeeld via telefoon, e-mail- en internetcontrole of heimelijk cameratoezicht.[140] Opmerkelijk is voorts dat art. 8 EVRM blijkt te kunnen dienen als grondslag voor uiteenlopende werknemersbescherming. Onder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer valt bijvoorbeeld het recht op veilige arbeidsomstandigheden en een effectief toezicht daarop.[141] De staat kan mitsdien met succes aansprakelijk gesteld worden voor onveilige

136 Zie o.a. EHRM 6 februari 1976, nr. 5589/72 (Schmidt & Dahlström/Zweden); EHRM 10 januari 2002 (ontv.), nr. 53574/99) Unison/VK; Het Hof ging echt "om" in EHRM 12 November 2008 Nr. 34503/97 (Demiren Baykara t. Turkije); EHRM 21 april 2009, nr. 68959/01, EHRC 2009/76, (EnerjiYapiYol Sen/Turkije), m.nt. Dorssemont.

137 V. Velyvyte, a.w., p. 73-100.

138 EHRM 12 september 2011, Application nr. 28955/06, 28957/06, 28959/06 en 28964/06 (Palomo Sanchez e.a./Spanje); zie ook EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015/73 (Rubins/Letland).

139 EHRM 21 juli 2011, EHRC 2011/140 (Heinisch/Duitsland). Zie F. Dorssemont, Vrijheid van meningsuiting op de werkplek in twee maten en gewichten: de werknemer mag blaffen, de 'watchdog' wordt gemuilkorfd, *ArA* 2011/3 en A. Helstone, 'De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht. Tussen loyaliteit en klokkenluiden staan wetten in de weg en praktische bezwaren', *ArA* 2013/2.

140 EHRM 25 juni 1997, ECHR 1997-III, 39, *NJ* 1998/506 (Halford/Verenigd Koninkrijk); EHRM 3 april 2007 EHRC 2007/71 (Copland/Verenigd Koninkrijk); EHRM 5 oktober 2010, EHRC 2011/29 (Kopke).

141 EHRM 5 december 2013, no. 52806/09, 22703/10, EHRC 2014/45 (Vilnese.a.).

arbeidsomstandigheden bij particuliere werkgevers. Het hof staat voorts open voor de toetsing van de onredelijkheid van een ontslag op grond van de gevolgen voor het persoonlijk leven van de ontslagen werknemer (art. 8 EVRM).[142] In de zaak Eweida[143], over geloofsuitingen op het werk, kwam het hof terug van de gedachte in eerdere rechtspraak, dat er geen sprake was van inbreuk op de religieuze uitingsvrijheid op de werkplek, als de klager een mogelijkheid had om ontslag te nemen en elders een baan te aanvaarden. In plaats daarvan kondigde het hof aan de mogelijkheid om ontslag te nemen mee te wegen bij de vraag of de beperking proportioneel was. Opmerkelijk is ook dat typische werknemersrechten zoals een recht op verlof weliswaar niet ontleend kunnen worden aan het verdrag, maar als ze eenmaal voorzien zijn in nationale wetgeving kunnen ze toch ondergebracht worden bij art. 8 EVRM. Dat betekent dat werknemers gelijke aanspraken moeten worden toegekend op verlof op grond van art. 8 jo. art. 14 EVRM,[144] of dat de proportionaliteit van een bezuiniging op de voorziening kan worden getoetst door het hof.[145]

Ten slotte valt nog te vermelden de rechtspraak inzake het recht op sociale verzekeringen en voorzieningen. Het hof is vrij ruimhartig in het erkennen van dergelijke rechten als vallende onder het recht op eigendom. Bij het bezuinigen op sociale verzekeringen en voorzieningen is de lidstaat gehouden een fatsoenlijk overgangsrecht in acht te nemen en een individuele hardheidstoets in te bouwen.[146]

Sociale grondrechten in de toekomstige Europese rechtsorde

Over en weer zullen het EHRM, het Comité voor de Sociale rechten van het ESH en het HvJ nauwlettend elkaars rechtspraak in de gaten houden. Het zal niet verbazen dat deze drie instanties bij leerstukken die bij alle drie voorkomen, zoals gelijke behandeling of de status en reikwijdte van

142 EHRM, 3 oktober 2013, no. 552/10, EHRC 2014/52 (ontslag HIV-besmette werknemer); EHRM 12 juni 2014, no. 56030/07, (FernandezMartinez/Spanje) (ontslag getrouwde priester), m.nt. W.L. Roozendaal in AR 2014-0685; EHRM 9 januari 2013, no. 21722/11, (Volkov/Ukraine) (ontslag rechter).

143 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 en 36516/10 (Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk), m.nt. W.L. Roozendaal in AR 2013-0055.

144 EHRM 22 maart 2012, no. 30078/06 (KonstantinMarkin/Rusland).

145 EVRM 20 mei 2014, EHRC 2014/195 (McDonald/Verenigd Koninkrijk).

146 I. Leijten, 'From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 13:2 (2013), 309-349. Zie ook B. Hofman en F.J.L. Pennings, 'Het beste jongetje van de klas? Nederlandse socialezekerheid en IAO-verdragen', *SR* 2008/5, p. 146-154.

het stakingsrecht, niet altijd tot dezelfde conclusies komen.[147] Vooral het verschil tussen het EHRM en het Comité aan de ene kant, en het HvJ aan de andere kant valt op.

De voorkeur voor economische vrijheden van het HvJ vormt in potentie een verschil met de belangenafweging die het EHRM maakt, waarbij aangetekend moet worden dat de Viking en Laval-uitspraken werden gewezen door het HvJ EU voordat het EHRM het stakingsrecht erkende. De bescherming van economische vrijheden ontbreekt als belangrijk doel in de rechtspraak van het EHRM. Mocht een lidstaat of de EU deze vrijheden inroepen ter rechtvaardiging van een inbreuk op een grondrecht, dan heeft die partij in beginsel de bewijslast dat die inbreuk om die reden gerechtvaardigd is.[148] Op het terrein van de sociale grondrechten zou toetreding van de EU tot het EVRM dus daadwerkelijk effect kunnen sorteren. Wellicht dat het vooral deze verschillen zijn die een rol spelen bij de moeizame onderhandelingen over de toetreding van de EU tot het EVRM.[149] Tot dusver stelt het EHRM zich echter terughoudend op als het gaat om een klacht over schending van grondrechten die hun oorsprong vinden in EU-recht. Het EHRM neemt aan dat binnen de EU een niveau van grondrechtenbescherming wordt geboden dat gelijkwaardig is aan dat van het EVRM, en zal daarom alleen optreden in gevallen waarin de bescherming van EVRM-grondrechten duidelijk tekortschiet.[150] Vermeldenswaardig is bovendien dat er ook voorbeelden zijn waarin de twee

147 V. Velyvyte, a.w.; S. Besson, 'Evolutions in Non-Discrimination Law within the ECHR and the ESC Systems: It Takes Two to Tango in the Council of Europe', 60 *American Journal of Comparative Law*, 147 2012; S. Besson, 'Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?', 8 *Human Rights Law Review* 647 2008.

148 Dezelfde redenering wordt gevolgd door het Comité van deskundigen van het ESH. Zie inzake de Laval-problematiek, K. Lukas, 'The Collective Complaint Procedure of the European Social Charter: Some Lessons for the EU?'. *Legal Issues of Economic Integration* 41, no. 3 (2014): 275-288; Boonstra, Helmer, Houwerzijl, a.w. 2014.

149 Op 18 december 2014 publiceerde het HvJ zijn advies 2/13 over de toetreding van de EU tot het EVRM. Het Hof acht het ontwerpakkoord inzake de toetreding van de EU tot het EVRM onverenigbaar met de bepalingen van het Unierecht, kort gezegd omdat de bevoegdheid van het HvJ om bij uitsluiting over de uitleg van het Unierecht te beslissen, niet wordt gewaarborgd. De Europese Commissie moet terug naar de onderhandelingstafel. Zie ook R.A. Wessel en A. Łazowski, 'Tijd voor externe controle op de mensenrechten binnen de Europese Unie? De (niet-)toetreding van de EU tot het EVRM', *AAe* 2015/09.

150 EHRM 30 juni 2005, nr. 45036/98 (Bosphorus/Ierland), EHRC 2005, 91, m.nt. Bulterman; J.H. Gerards en M. Claes, "Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon, de interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten', het EVRM en de Grondwet', *SEW* 2012/7.

hoven elkaars gezag versterken, zoals in de uitspraak waarin het EHRM het in strijd achtte met het recht op een eerlijk proces om geen prejudiciële vraag aan het HvJ te stellen.[151]

Aan de "concurrentie" tussen EHRM, HvJ en Comité voor de Sociale Rechten zitten ook voordelen. Hun meningsverschillen kunnen bijdragen aan een zinvol juridisch debat over de afweging tussen grondrechten en andere belangen. In het sociale domein moet steeds opnieuw, onder wisselende omstandigheden een afweging gemaakt worden tussen belangen van individuele werkenden en de economische belangen van organisaties en landen. Het maken van deze afweging in termen van grondrechten kan een positieve bijdrage leveren aan de acceptatie ervan binnen de sociale rechtsstaat. Het dwingt overheden – en de Europese wetgever – om zich rekenschap te geven van de gevolgen van beleid voor individuen of minderheden.

7.2.5 Tussenconclusie

Geplaatst in zijn historische context, gaven we hierboven een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen die het Europees sociaal recht in de afgelopen twintig jaar heeft doorgemaakt. De voorspelling waarmee Jaspers zijn stuk in 1996 afsloot, namelijk dat voor sociaal rechtsgeleerden met belangstelling voor de Europese dimensie boeiende tijden zouden aanbreken, is zeker uitgekomen.

Als het gaat om de in 1996 nog kersverse opdracht voor de "Gemeenschap" tot het voeren van een sociaal beleid, werd meteen in de eerste jaren nadien heel wat bereikt op het terrein van "hard law". Al sinds de eeuwwisseling trad echter de stagnatie in, mede onder invloed van toenemende belangentegenstellingen tussen de lidstaten in de gestaag uitbreidende EU alsmede tussen de Europese sociale partners. Waar het er in eerste instantie op leek dat "soft law", in de vorm van de OMC, de Europeaniserende rol van "hard law" op bepaalde sociaalrechtelijke terreinen zou kunnen overnemen, kreeg dit nieuwe instrument in de afgelopen jaren een harder gezicht door de koppeling met economische doeleinden in het kader van de monetaire unie en een gecoördineerde inzet van verschillende (soft law-)instrumenten op bepaalde beleidsgebieden.

151 EHRM 8 april 2014, 17120/09, EHRC 2014/152; EHRM 21juli2015, 38369/09, EHRC 2015/203.

De intra-EU-arbeidsmobiliteit heeft – vooral in de afgelopen tien jaar – een janushoofd gekregen. Enerzijds gaat het om, qua omvang zeer beperkt vrij verkeer van werknemers op basis van gelijke behandeling, in "witte boorden"-sectoren. Ten opzichte van 1996 was geen sprake van opmerkenswaardige vooruitgang bij het wegnemen van belemmeringen voor bijvoorbeeld grensarbeid. Anderzijds betreft het vrij verkeer van – veelal – gedetacheerde werknemers, waarbij loonconcurrentie mogelijk is. Dit heeft een grote vlucht genomen in "blauwe boorden"-sectoren, zoals de landbouw, de bouwsector, het wegtransport en de vleesverwerkende industrie. De "oude" lidstaten klagen steeds luider over de nadelen van intra-EU-migratie, waaronder sociale dumping en uitbuiting van de betrokken werknemers.

Een socialer gezicht toont de Unie op het terrein van de grondrechten. De EU heeft sinds 2009 een bindend grondrechtenhandvest, iets wat anno 1996 nauwelijks voorstelbaar leek. Toch legt deze catalogus vanuit praktisch oogpunt niet zoveel gewicht in de schaal. Het hof heeft er vooralsnog slechts in een handjevol arresten enige (directe) betekenis aan toegekend. Maar, wat niet is kan komen. De grote vraag voor de nabije toekomst zal zijn, of de Europese grondrechten kunnen (blijven) bijdragen aan de oplossing van wezenlijke problemen die samenhangen met de open inrichting van onze samenleving en de mogelijkheid van loonconcurrentie op de vrije markt. Voorbeelden zijn aloude vraagstukken zoals de toegang tot de arbeidsmarkt van minderheden, ouderen en migranten en de handhaving van inkomenswaarborgen voor de onderkant. Ook bij nieuwere vraagstukken als loonmatiging aan de bovenkant, de flexibilisering van contractsvormen en de wellicht daarmee samenhangende tanende onderhandelingsmacht van vakbonden kunnen grondrechten een rol gaan spelen.

Al met al bevindt de EU zich anno 2016 – mede – op sociaalrechtelijk terrein in een gevaarlijke fase: de zo gewenste "solidariteit tussen de lidstaten" is aan alle kanten onder druk komen te staan. Door de economische crisis met daar bovenop een schuldencrisis in de Eurozone, die culmineerde in een ternauwernood afgewend "Grexit", is de economische en sociale samenhang in veel lidstaten ernstig verstoord en zijn anti-EU-partijen aan een opmars begonnen, zelfs in het Europese parlement. Sinds de zomer van 2015 is daar een vluchtelingencrisis bijgekomen en ten tijde van het afsluiten van deze bijdrage is nog onduidelijk of en hoe Nederland als kersverse EU-voorzitter voor de eerste helft van 2016, aan de vele uitdagingen het hoofd kan bieden.

7.3 Internationaal sociaalrecht van 1996-2016

7.3.1 Fundamentele arbeidsrechten in de internationale context

Richten wij ons nu op een andere dimensie van onze meerlagige rechtsorde:[152] het internationale arbeidsrecht. In het voorwoord van de jubileumbundel *Arbeidsrecht en Mensbeeld* beschreef Van den Heuvel de toenemende internationalisering van het recht anno 1996.[153] Zoals gememoreerd in paragraaf 1, wees Betten in haar bijdrage aan *Arbeidsrecht en Mensbeeld* op de uitdagingen voor het internationale arbeidsrecht om de flexibilisering- en dereguleringstrend te adresseren in het licht van de globalisering.[154] Betten benadrukte dat een goed sociaal beleid geen hindernis, maar juist een bouwsteen voor economische welvaart is en waarschuwde dat deze complementariteit van werknemersbelangen en economische vooruitgang niet uit het oog mag worden verloren.[155]

In het internationaal sociaal recht is ook na 1996 globalisering een hoofdthema gebleven, zeker binnen de ILO. Terwijl globalisering – een lastig te definiëren concept – een groot aantal voordelen met zich brengt, zoals groeiende welvaart en werkgelegenheid, toenemende internationale handel, snelle technologische vooruitgang en innovatie op tal van gebieden en een ongekende snelheid waarmee ideeën, producten en personen zich kunnen verspreiden en verplaatsen, heeft het ook een keerzijde. Inkomensongelijkheid groeit wereldwijd, zowel tussen landen als binnen landen, armoede en werkloosheid blijven wijdverbreid, nationale markten zijn kwetsbaar voor externe factoren, natuurlijke hulpbronnen worden steeds sneller en efficiënter uitgeput en multinationals kunnen in een schaars gereguleerde internationale omgeving druk uitoefenen op staten om elkaar te beconcurreren op – onder meer[156] – het gebied van arbeidsvoorwaarden (de zogenaamde "race to the bottom").[157] Juist met deze nadelige effecten van globalisering houdt de ILO zich de afgelopen twintig jaar in toenemende mate bezig.

152 Zie hierover o.a. C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, Kluwer 2013.
153 Jansen en Loonstra, a.w. 1996, p. ix.
154 Betten, a.w., p. 195-196.
155 Betten, a.w., p. 208.
156 Zo voert de OESA al jaren strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie tussen landen. Zie o.a. diens 'BEPS'-actieplan 2015 tegen belastingontwijking.
157 Zie ook: ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation, 2008, preambule.

De ILO is al bijna een eeuw verantwoordelijk voor het tot stand brengen van internationale sociaalrechtelijke normen op minimumniveau. Om zo lang een rol van betekenis te kunnen spelen binnen het internationaal recht en beleid, moet een organisatie flexibel zijn en zich aanpassen aan sociaaleconomische ontwikkelingen. De volgende paragrafen beschrijven op hoofdlijnen een aantal ingrijpende koerscorrecties van de ILO in de afgelopen twee decennia.

De plaats van de organisatie in de internationale juridische en politieke arena is tevens aan verandering onderhevig. In het tijdperk na de Koude Oorlog is het instrumentarium van de ILO steeds meer "één van de" bronnen van het internationaal arbeidsrecht geworden, te midden van een aantal andere publieke, private, bindende en vrijwillige instrumenten. Dit heeft ook een duidelijk effect gehad op de instrumenten en strategie die de ILO vanaf 1998 heeft ingezet. Naast de ontwikkeling van juridisch bindende normen, komt de nadruk steeds meer te liggen op "soft law"-instrumenten die weliswaar minder afdwingbaar zijn, maar wel een bredere toepassing kennen. Deze strategie loopt parallel aan wat er in de context van het – bredere – internationaal publiekrecht gaande is, met name in het kader van VN-normen die zich toespitsen op de verantwoordelijkheden van bedrijven met betrekking tot internationaal erkende mensenrechten. Ook private internationale instrumenten, zoals gedragscodes van ondernemingen, "International Framework Agreements" (IFAs) en diverse certificeringssystemen zijn in dit opzicht van belang.

Hieronder geven we in de eerste plaats een beknopt overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen in het kader van de ILO in de afgelopen twintig jaar (paragraaf 7.3.2). Achtereenvolgens zullen de "1998 Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", het idee van "decent work" en de verwante beleidsagenda en de "ILO Declaration on Social Justicefor a Fair Globalisation" uit 2008 onder de loep worden genomen. Daarna wordt bezien hoe deze rechten en beginselen terugkomen in een aantal publieke instrumenten buiten de ILO, in het bijzonder waar het gaat om de verantwoordelijkheden van bedrijven (paragraaf 7.3.3). In deze context worden ook de al genoemde private initiatieven, zoals gedragscodes (codes of conduct) en IFAs onderzocht. Er wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 7.3.4).

7.3.2 *Ontwikkelingen binnen de ILO*

De Verklaring van 1998: fundamentele beginselen en rechten
Een belangrijke stap in de richting van een ruimere toepasbaarheid van sociaalrechtelijke minimumnormen gebaseerd op beginselen en fundamentele rechten, werd gezet in 1998 met het aannemen van de "Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work" door de International Labour Conference, het "parlement" van de ILO. Deze verklaring identificeert acht Conventies van de ILO als "fundamenteel", de zogenaamde kernverdragen. De werking van deze kernverdragen is krachtens de verklaring anders dan voor de ongeveer 180 specifieke technische Conventies. De technische Conventies hebben slechts rechtskracht wanneer zij door lidstaten worden geratificeerd. Bij de kernverdragen is ratificatie ook het hoofddoel, maar de *beginselen* uit deze instrumenten dienen door alle lidstaten gerespecteerd te worden.

Volgens de Verklaring uit 1998 vloeit deze plicht voort uit het lidmaatschap van de ILO aangezien alle leden ten tijde van het zich aansluiten vrijelijk de beginselen en rechten uit de Constitutie en de Verklaring van Philadelphia hebben geaccepteerd.[158] De Constitutie, die bij het Vredesverdrag van Versailles van 1919 werd gevoegd, geeft onder andere aan dat sociale rechtvaardigheid de enige weg naar duurzame vrede kan zijn.[159] Bij het naderen van het einde van de Tweede Wereldoorlog werd in de Verklaring van Philadelphia in 1944 nog eens benadrukt dat arbeid geen handelswaar is en dat "poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere".[160] De Verklaring uit 1998 kan gezien worden als een derde belangrijke bevestiging van de waarden en grondslagen van de ILO. De acht kernverdragen die hierin zijn aangewezen hebben betrekking op een viertal fundamentele onderwerpen: (i) Vakbondsvrijheid en het recht op collectief onderhandelen; (ii) de uitbanning van alle vormen van dwangarbeid; (iii) de afschaffing van kinderarbeid; en (iv) gelijke behandeling en het verbod op discriminatie.[161] Deze catalogus van normen vormt

158 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 1998, paragraaf 1 en 2.
159 Hoofdstuk XIII van de Vredesverdrag van Versailles, 1919.
160 Declaration concerning the aims and purposes of the ILO, 1944.
161 ILO Declaration 1998, paragraaf 3.

het absolute minimum aan sociale rechten dat door iedere lidstaat in acht moet worden genomen.[162]

Een speciaal "follow-up"-mechanisme, gebaseerd op art. 19 Constitutie, moet daarom ook de universele ratificatie van deze fundamentele Conventies bevorderen. Lidstaten dienen ingevolge dit mechanisme jaarlijks bij het zogenaamde Comité van experts aan te geven welke stappen zij hebben genomen om ratificatie van de kern-conventies mogelijk te maken.[163]

"Decent work for all"

Direct in de periode na de Verklaring uit 1998 werd onder invloed van de Chileense Directeur-Generaal Juan Somavia het concept "decent work" een belangrijkere grondslag voor het handelen van de ILO. Dit concept is tweeledig en heeft enerzijds een materiële component terwijl het anderzijds een meer formeel beleidskader schept in de zogenaamde "Decent Work Agenda".

"Decent work" wordt in Nederland veelal vertaald als "fatsoenlijk werk". Het concept is echter veelomvattender dan we vanuit Nederlands perspectief geneigd zijn te denken. Het omvat niet alleen de behoefte aan fatsoenlijk werk voor werknemers in de formele sector maar ook die in de informele sector, familieleden van werknemers en mensen die onvrijwillig buiten het arbeidsproces terecht zijn gekomen. Amartya Sen beschrijft in zijn "Work and Rights" dat "decent work" en de Verklaring uit 1998 een stap zijn in de richting van universele minimumwaarden die voor iedereen gelden. Het gaat dus niet alleen over de bescherming van werknemers met een arbeidsovereenkomst, maar ook over thuiswerkers, zzp'ers en werkenden in de informele sector.[164] Met dit concept beweegt de ILO zich steeds meer in de richting van het mensenrechtendiscours dat ook universaliteit als uitgangspunt kent.

162 Volgens velen horen ook veilige en gezonde arbeidsomstandigheden (occupational health and safety) tot de belangrijkste minimumnormen, hierover heeft de ILO tot op heden echter geen algemene Conventie aangenomen. Arbeidsomstandigheden vindt men versnipperd over verschillende technische Conventies terug.

163 Momenteel is ongeveer 85% van het totaal aantal mogelijke ratificaties van kern-conventies gerealiseerd.

164 Amartya Sen, 'Work and Rights', *International Labour Review*, Vol. 139 (2000), No. 2, p. 120.

Materieel gezien wordt "decent work" wellicht het beste omschreven door het Comité inzake Sociale, Economische en Culturele Rechten (CSECR), dat toezicht houdt op het IVESCR uit 1966. In een "General Comment" uit 2006 over art. 6 IVESCR, over "het recht op arbeid", beschrijft het Comité een aantal elementen van "decent work". Het Comité legt uit dat "decent work" betrekking heeft op werk dat de fundamentele mensenrechten respecteert alsmede de rechten van werknemers op een veilige baan met een adequate vergoeding. Belangrijk is dat werknemers zichzelf en hun familieleden kunnen onderhouden met het inkomen en dat hun mentale en fysieke integriteit gerespecteerd wordt tijdens de uitoefening van hun functie.[165]

Formeel gezien omvat de "Decent Work Agenda" (DWA), een viertal pijlers waarop al het beleid van de ILO terug te voeren is. Deze vier gebieden zijn (i) bevordering van werkgelegenheid; (ii) bevordering van de sociale dialoog; (iii) bevordering van adequate sociale zekerheid; en ten slotte (iv) het respecteren van fundamentele arbeidsrechten. Deze vier beleidsdoeleinden zijn alle vier even belangrijk en kunnen slechts samen worden geïmplementeerd. In 2008 werd de DWA geïnstitutionaliseerd in de "ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation".

Sociale rechtvaardigheid en globalisering
Volgens toenmalig Director-General Juan Somavia is het belang van de Verklaring uit 2008 erin gelegen dat deze de universaliteit van de DWA formaliseert. Bovengenoemde vier strategische doeleinden zijn van groot belang om de problemen gerelateerd aan de toenemende globalisering het hoofd te kunnen bieden. De Verklaring uit 2008 biedt hierbij ook richtlijnen voor de implementatie van de DWA waarbij aan staten echter een ruime beleidsvrijheid wordt toegekend om zodoende de nationale sociaaleconomische situatie in acht kunnen te nemen.

Een tweede noemenswaardig element uit de Verklaring 2008 is het aanwijzen van een volgende groep speciale Conventies die als "Governance"- of "Priority"-Conventies worden aangeduid. Het gaat dan om een viertal instrumenten, te weten Conventie 81 en 129 aangaande de arbeidsinspectie,

165 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, 6 February 2006, E/C.12/GC/18, paragraaf 7.

Conventie 122 over sociaal en werkgelegenheidsbeleid en Conventie 144 aangaande tripartiet overleg.[166] De reden hiervoor is dat de ILO erkent dat duurzame bevordering van "decent work" slechts mogelijk is wanneer er op nationaal niveau voldoende institutionele capaciteit is om werkgelegenheid en sociale rechten te bewerkstelligen.[167] Hiervoor zijn met name arbeidsinspectie en een solide sociale dialoog van belang. Het doel is daarom om de ratificatie van deze vier "Governance"-Conventies een prioriteit te maken om zodoende een sterk nationaal sociaalrechtelijk beleidskader te creëren. Een ander hulpmiddel hierbij zijn de "Decent Work Country Programmes" waarmee de ILO maatwerkondersteuning biedt om de DWA op nationaal niveau te implementeren.

Met het aannemen van de "Social Justice Declaration" wordt de DWA de centrale beleidsagenda die de ILO hanteert bij het nastreven van haar constitutionele doeleinden in de 21e eeuw. Een sterk nationaal beleidskader gebaseerd op tripartiet overleg, werkgelegenheidsbeleid en inspectie moeten het bereiken hiervan verder faciliteren.

7.3.3 "Soft law" en zelfregulering in het internationale arbeidsrecht

Fundamentele arbeidsrechten en multinationals

Een ander belangrijk aandachtspunt van de afgelopen decennia, gerelateerd aan de nadelige effecten van economische globalisering, is de rol die multinationals (MNEs) in de wereldeconomie spelen. Het gaat dan vooral over de vraag in hoeverre bedrijven verantwoordelijkheden hebben met betrekking tot het respecteren van mensenrechten in het algemeen, en fundamentele arbeidsrechten in het bijzonder. Terwijl mensenrechten in beginsel gelden tussen de staat en het individu, groeit de overtuiging dat MNEs zich, gezien hun machtspositie en invloed, ook actief moeten inzetten om schendingen te voorkomen.

166 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, adopted by the International Labour Conference at its Ninety-Seventh Session, Geneva, 10 June 2008, paragraaf II.B.iii.

167 Zie: Towards Widespread Ratification and Effective Implementation of the Governance Conventions, Plan of Action 2010-2016, Adopted by the Governing Body of the International Labour Organisation at its 306th Session, ILO 2009.

De belangrijkste internationale ontwikkeling op dit gebied is zonder meer het aannemen van de "UN Guiding Principles on Business and Human Rights" in 2011.[168] In dit document wordt het door Speciaal Gezant John Ruggie ontwikkelde "Protect, Respect, Remedy"-kader toegelicht. Dat kader houdt in dat staten ervoor verantwoordelijk zijn dat mensen beschermd worden tegen inbreuken op hun mensenrechten door derden, waaronder bedrijven (duty to protect).[169] Daarbij wordt beschreven dat bedrijven de verantwoordelijkheid hebben mensenrechten te respecteren (duty to respect). Tot slot zijn staten en ondernemingen gezamenlijk ervoor verantwoordelijk dat slachtoffers van mensenrechtenschendingen door ondernemingen beschikken over een effectief rechtsmiddel of een klachtmechanisme kunnen gebruiken (access to remedy).

De kern van de verantwoordelijkheid voor bedrijven is het respecteren van de mensenrechten. Dat moeten bedrijven toetsen door een zogenaamde "human rights due diligence" uit te voeren. Kort samengevat houdt dit in dat bedrijven (i) de huidige en potentiële effecten van hun handelen op mensenrechten moeten onderzoeken; (ii) actie moeten ondernemen, en het effect van hun actie moeten meten; en (iii) transparant moeten zijn over hun aanpak, oftewel naar buiten brengen wat ze gedaan hebben. Dit geldt voor de eigen bedrijfsvoering, maar ook voor de handelsketen van het bedrijf, dus voor de verschillende onderaannemers waarmee het in zee gaat.

Nederland heef hiervoor het Nationaal Actieplan Bedrijfsleven en Mensenrechten opgesteld in 2014. Met dit plan committeert Nederland zich, op verzoek van de EU, aan de UN Guiding Principles. Hierin wordt bovendien benadrukt dat bedrijven in het buitenland dezelfde mensenrechtennormen als in Nederland moeten hanteren.

Bijzonder aan de UN Guiding Principles is dat de fundamentele beginselen en rechten uit de ILO Verklaring van 1998 in één adem met de zogeheten "International Bill of Rights" genoemd worden; een harde kern van

168 UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect, Remedy' Framework, endorsed by the Human Rights Council in Resolution 17/4, 16 June 2011.

169 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze typologie van mensenrechtelijke verplichtingen voor de overheid: F.M.C. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten; Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: BJu 2002.

internationaal erkende mensenrechten.[170] Deze internationale mensenrechtencatalogus bestaat uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het IVBPR en het IVESCR. Samen met de beginselen en rechten uit de acht kernverdragen van de ILO is dit het absolute minimum dat in acht dient te worden genomen door bedrijven.

Inmiddels zijn de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen, die al in 1976 werden ontwikkeld en aangenomen, zo aangepast dat ze het systeem van de UN Guiding Principles incorporeren. In een nieuw hoofdstuk over de mensenrechten is het "Protect, Respect and Remedy framework" opgenomen en wordt de basis voor een adequate "due diligence" uitgelegd. Ook verwijst deze nieuwste versie van de OESO Richtlijnen naar de fundamentele beginselen en rechten van de ILO.[171] De Richtlijnen van de ILO zelf, besloten in de zogenaamde "Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Entreprises and Social Policy" uit 1977, verwijzen nog niet naar de UN Guiding Principles, maar wel op verschillende plaatsen naar de noodzaak voor bedrijven om de fundamentele beginselen en rechten van de ILO te respecteren.[172]

In andere publieke "governance-initiatieven" op internationaal niveau zijn de normen uit genoemde kernverdragen eveneens terug te vinden. Bijvoorbeeld in Performance Standard 2 van de International Finance Corporation. Deze aan de Wereldbank gelieerde organisatie stelt fondsen beschikbaar voor projecten in ontwikkelingslanden. De zogenaamde Performance Standards worden vaak gehanteerd als de belangrijkste maatstaf voor publieke investeringsbanken – zoals FMO in ons land – bij het al dan niet toekennen van gelden.[173] Ook het UN Global Compact uit 2000 verwijst naar de fundamentele beginselen en rechten. Het Global Compact is een initiatief van toenmalig secretaris-generaal Kofi Annan waarbij een tiental beginselen is geformuleerd die de ongeveer 8.500 aangesloten

170 Zie: UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Foundational Principle 12.

171 OECD (2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en, Chapter IV, p. 31 ff.

172 Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, International Labour Office, Geneva, 1977, last update, 2006.

173 Zie IFC Performance Standard 2, Labor and Working Conditions, January 1, 2012. Paragraaf 2 stelt: "The requirements set out in this Performance Standard have been in part guided by a number of international conventions and instruments, including those of the International Labour Organization (ILO) and the United Nations (UN)." Tevens worden de acht kernverdragen genoemd.

bedrijven hanteren bij het maatschappelijk verantwoord ondernemen. Maar liefst vier van de tien beginselen hebben betrekking op de normen uit de fundamentele Conventies van de ILO.[174] Ook in de recent aangenomen UN Sustainable Development Goals, de zeventien "opvolgers" van de Millenium Development Goals, zijn de beginselen van de ILO waaronder "decent work for all" opgenomen.[175]

Private internationale initiatieven

De fragmentatie of diversificatie van de bronnen van het internationaal arbeidsrecht – met behoud van een gemeenschappelijke kern – is zeker niet alleen in publieke initiatieven terug te vinden. Uitgangspunten voor sociaaleconomische rechten zijn te vinden in een groot aantal private initiatieven. Deze private kant van het internationaal arbeidsrecht, waaronder gedragscodes (codes of conduct), zogenaamde "International Framework Agreements" en certificatiesystemen vallen, worden vaak onder de noemer Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO) geschaard.

Het idee van MVO bestaat al langere tijd en is niet specifiek voor de laatste twee decennia. Toch vinden we er nog maar weinig over in de jubileumbundel *Arbeidsrecht en mensbeeld*. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat deze initiatieven juridisch niet afdwingbaar zijn en daardoor vrij onzichtbaar voor de jurist. De waardering voor juridisch niet-bindende initiatieven is bij beleidsmakers gestegen, daar waar ze voorzien in een behoefte om het gedrag van multinationals te reguleren, nu publieke instanties (nationaal en internationaal) dat zelf niet kunnen. Nationale wetgeving is territoriaal beperkt, terwijl het internationale recht, zoals de Conventies van de ILO, alleen aan staten iets kan opleggen. Dit is een probleem dat ook niet met de regels van het internationaal privaatrecht kan worden opgelost.[176] Hieronder gaan we nader in op de verschillende private initiatieven en de wijze waarop zij het publieke initiatieven lijken aan te vullen.

Er zijn vele soorten van private initiatieven waarin MVO wordt vormgegeven. Zo zijn er gedragscodes die unilateraal door een multinational zijn opgesteld, maar er zijn ook niet door hen zelf opgestelde gedragscodes waar bedrijven zich vrijwillig bij aansluiten. Een voorbeeld hiervan

174 UN Global Compact, Principle 3, 4, 5 en 6.

175 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, opgenomen in paragraaf 51 van UN Resolution A/RES/70/1, 25 september 2015.

176 A. van Hoek en F. Hendrickx, 'International private law aspects of dispute settlement related to transnational company agreements: final report. Rapport voor de Europese Commissie 2009'.

is de Ethical Trading Initiative (ETI) – een alliantie van ondernemingen, vakbonden en vrijwillige organisaties die samenwerken om de arbeidsomstandigheden van laaggeschoolde en kwetsbare arbeiders te verbeteren. Ondernemingen die hier aan willen meedoen moeten zich committeren aan de ETI-basisgedragscode.[177] Vergelijkbaar met de ETI zijn de gedragscodes van non-gouvernementele organisaties (NGOs). Een bekend voorbeeld daarvan in Nederland is ISO 26.000.[178] Volgens de website van MVO Nederland geeft ISO 26.000 "bedrijven een normatief kader om hun maatschappelijke verantwoordelijkheid zelf te bepalen" en bevat het "adviezen over het structureel invoeren van MVO".

Andere NGOs werken via een systeem van certificaten. Dit houdt kort gezegd in dat als een onderneming voldoet aan de normen die de NGO stelt, zij een certificaat mag voeren ter bewijs daarvan. Het voordeel van zo'n certificaat is dat daarmee voor buitenstaanders snel en gemakkelijk herkenbaar is wat op het gebied van MVO mag worden verwacht van de onderneming. Sommige certificaten, zoals SA8.000 richten zich op onderaannemer of toeleverancier (die een dergelijk certificaat heeft) en de opdrachtgever, de multinational met de grote merknaam. Multinationals die zich hierbij aansloten zijn onder andere HP, Chiquita, Gucci en Walt Disney Company. Daarmee geven deze MNEs aan alleen nog zaken te doen met onderaannemers en toeleveranciers die voldoen aan de eisen van de SA8000-normen.[179] Er zijn ook certificaten die zich richten op de consument. In Nederland bekende certificaten zijn onder andere Max Havelaar, Milieukeur, UTZ, FSC, Follow the frog. Draagt een product bijvoorbeeld het keurmerk Max Havelaar, dan is dit een signaal naar de consument dat het product aan bepaalde voorwaarden voldoet, zoals dat er bij het oogsten van de koffiebonen geen kinderarbeid heeft plaatsgevonden en dat boeren een eerlijke prijs krijgen voor hun bonen.[180] Hoewel de monitoring van de naleving van sociale normen in internationale productieketens in het algemeen problematisch is, is dit in het bijzonder het geval bij certificatiesystemen. Het blijkt in de praktijk erg lastig om erachter te komen wat daadwerkelijk gaande is, met name als de monitoring

177 Zie uitgebreider over ETI op: www.ethicaltrade.org/.
178 www.iso.org/iso/home/about.htm en in het Nederlands over ISO26.000: mvonederland.nl/iso-26000/wat-is-iso-26000. Zie ook: L. Moratis en T. Cochius, *ISO 26.000. Handleiding voor MVO*, Koninklijke van Gorcum, 2010.
179 Zie hierover op: www.sa-intl.org/.
180 maxhavelaar.nl/kinderarbeid.

plaatsvindt via invullijsten (ticking boxes). Bedrijven zijn daar heel vaardig in en weten op slimme wijze de waarheid te verdraaien waardoor alles op orde lijkt te zijn terwijl dit niet zo is. Daarnaast spelen er vele andere problemen die het monitoren uitdagend maakt, zoals de omvang van de productieketens (soms wel meer dan 10.000 toeleveranciers), dubbele boekhoudingen, het gebruik van modelfabrieken, etc.[181]

Naast deze eenzijdig opgestelde initiatieven waar bedrijven zich vrijwillig bij kunnen aansluiten, bestaan er ook private initiatieven die tot stand zijn gekomen na onderhandelingen tussen enerzijds het management van een MNE en anderzijds werknemersvertegenwoordigers, zoals Global Union Federations (GUFs), World Workers Organisations (WWO), vakbonden die zich op Europees niveau hebben georganiseerd, of Europese Ondernemingsraden (EOR). De uitkomst van deze onderhandelingen worden met verschillende benamingen aangeduid. Is het een resultaat dat tot stand is gekomen met een GUF, dan heten ze doorgaans International Framework Agreements (IFAs), zijn het met name Europese werknemersvertegenwoordigers, dan worden de resultaten aangeduid met termen als European Framework Agreement (EFA) of Transnational Company Agreement (TCA).[182]

Het merendeel van deze initiatieven verwijst naar de normen van de ILO, soms indirect via de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen of "UN Global Compact", maar vaak ook direct met verwijzing naar de ILO Verklaring uit 1998 of een verwijzing naar de afzonderlijke ILO-Conventies.[183] Initiatieven met een voornamelijk Europese dimensie, zoals Transnational Company Agreements, onderscheiden zich omdat ze doorgaans meer onderwerpen bestrijken.[184] Wat ze verder gemeen hebben is dat werknemers erbij betrokken zijn in een vorm van representatie, een

181 M.A. García-Muñoz Alhambra, B. ter Haar en A. Kun, 'Independent Monitoring of Private Transnational Regulation of Labour Standards: a Proposal for a "Transnational Labour Inspectorate" System', in: E. Ales en I. Senatori (Eds.), *The transnational dimension of labour relations: a new order in the making?* Torino: Giappichelli, 2013, p. 254-290.

182 Zie ook: K. Papedakis (ed.), *Shaping Global Industrial Relations. The Impact of International Framework Agreements*, ILO/Palgrave Macmillan UK, 2011.

183 Zie B.P. ter Haar, 'Love, Flirt or Repel?: Hybrid global governance of the ILO core labour standards', *European Journal of Social Law, 2013*, p. 68-102 (ihb 88-99).

184 Schömann et al, *Transnational collective bargaining at company level. A new component of European industrial relations?* Brussels: ETUI 2012.

ontwikkeling die vanuit arbeidsrechtelijk perspectief als zeer positief wordt bestempeld.[185] Het idee is dat werknemers, via hun vertegenwoordigers, invloed hebben op welke arbeidsrechten onderdeel uitmaken van de bedrijfscultuur en ethiek van een MNE. In veel gevallen is het betrokken zijn van bijvoorbeeld een GUF het begin van een sociale dialoog binnen de productieketen van een MNE. Werknemers kunnen zodoende betrokken raken bij de monitoring van de naleving van de normen die zijn neergelegd in de overeenkomst. Dit laatste draagt ook bij aan de geloofwaardigheid van het MVO-beleid van de MNE. Immers een bedrijf dat zichzelf controleert kan sjoemelen met de uitkomsten van de controle, maar zijn daar werknemers of zelfs onafhankelijke derden bij betrokken,[186] dan wordt dit een stuk lastiger.[187]

Hybride transnationale initiatieven

Een volgende stap in deze ontwikkelingen is het creëren van verbanden tussen de internationale private initiatieven en nationaal (soft-)recht. Een uniek voorbeeld hiervan speelde in de kledingindustrie in Bangladesh. Bij de instorting in april 2013 van het gebouw Rana Plaza waar meerdere naaifabrieken waren gevestigd, vielen 1.000 doden en 2.000 gewonden. In reactie hierop zijn twee transnationale initiatieven tot stand gekomen tussen aan de ene kant een groot aantal MNEs en aan de andere kant verschillende werknemersorganisaties en NGOs. Het ene initiatief, Alliance for Bangladesh Worker Safety, is een Amerikaans initiatief waar vooral MNEs gevestigd in de V.S. bij zijn aangesloten,[188] terwijl bij het andere initiatief, Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, vooral in Europa gevestigde MNEs zijn aangesloten.[189] Het Europese initiatief, dat het eerst tot stand is gekomen, bevat een arbitrageclausule om bepaalde verplichtingen uit het akkoord af te dwingen, vooral de financiële bijdrage die MNEs worden geacht te investeren in de fabrieken in Bangladesh. Bij deze zogenaamde "Bangladesh-akkoorden" zijn ook publieke (internationale) actoren betrokken, waaronder de ILO en de regering van Bangladesh. Alle partijen werkten nauw samen bij het ontwikkelen van de inspectiestandaarden voor brand- en bouwveiligheid van de textielfabrieken.

185 M.P. Thomas, 'Global Industrial Relations? Framework Agreements and the Regulation of International Labor Standards', *Labor Studies Journal* 2011, p. 269.

186 Voorbeelden: Fair Wear Foundation (www.fairwear.org/) en Fair Labor Association (www.fairlabor.org/).

187 M.A. García-MuñozAlhambra, B. ter Haar en A. Kun, a.w., 2013.

188 www.bangladeshworkersafety.org/who-we-are/about-the-alliance

189 www.schonekleren.nl/nieuws/2013/het-bangladesh-veiligheidsakkoord-een-baanbrekend-initiatief-voor-veilige-fabrieken

In de literatuur wordt wel betoogd dat dergelijke publiek-private initiatieven dé manier zijn om de gevolgen van de globalisering, met name de *race to the bottom*, het hoofd te bieden.[190] Hoewel dit qua betrokken partijen voor de Bangladesh-akkoorden zeker geldt, stelt de inhoud teleur. Beide akkoorden beperken zich tot de bouw- en brandveiligheid van de fabrieken. Uiteraard zeer belangrijk, maar er zijn veel meer misstanden waar MNEs toe worden verleid – gewoon omdat de globalisering dit mogelijk maakt. De kernverdragen van de ILO, laat staan de bredere agenda's voor *decent work* en *global justice*, komen niet aan bod. Een ander heikel punt bij deze akkoorden is dat ze een looptijd hebben van vijf jaar. Dit werpt de vraag op: wat daarna? Uiteraard zal er iets van spill-over plaatsvinden; als men met elkaar in gesprek is kunnen andere (prangende) onderwerpen, zoals de hoogte van het loon, arbeidstijden, bredere vakbondsrechten, op tafel komen. Daardoor zullen de productiekosten stijgen. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is dit wenselijk, maar vanuit een economisch oogpunt niet. Wat weerhoudt MNEs dan om na die vijf jaar de productie te verplaatsen naar een ander land?[191] Er worden al verplaatsingen waargenomen van Bangladesh naar Ethiopië.[192]

Bij een ander voorbeeld is Nederland "gidsland". Binnen de SER is in 2008 een Commissie ingesteld ter bevordering van internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (iMVO).[193] Het gaat daarbij om de erkenning dat zakendoen met respect voor mensenrechten onder andere betekent dat een bedrijf passende maatregelen neemt ter voorkoming van kinderarbeid, onveilige fabrieken en beperkingen van vakbondsrechten in de toeleverancierssketen. Om hier vorm aan te geven sluit de Commissie iMVO aan bij UN Global Compact en de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen en met name bij het beginsel van *due dilligence*. Om handen en voeten te geven aan dit beginsel, heeft de Commissie iMVO dit uitgewerkt in een vorm van risicomanagement in zes stappen.[194] MVO

190 Bijv.: U. Mückenberger, 'Hybrid Global Labour Law', in: Blanpain en Hendrickx (eds.), *Labour law between change and Tradition – Liber Amicorum Antoine Jacobs*. Wolters Kluwer 2011, p. 99-116; M. Weiss, 'Re-inventing Labour Law?', in: Davidov and Langille (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford: OUP, 2011, p. 43-56.

191 Zie B. ter Haar en M. Keune (2014), 'One step forward or more window-dressing? A legal analysis of the recent CSR Initiatives in the Garment Industry in Bangladesh', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 30 (1), p. 5-25.

192 http://textile-future.com/textile-manufacturing.php?read_article=2306

193 www.ser.nl/nl/themas/imvo.aspx

194 www.ser.nl/nl/themas/imvo/mvo-risicomanagement/mvo-risicomanagement-in-6-stappen.aspx

Nederland sluit hierbij aan en promoot deze benadering onder haar leden. Daarbij wordt een verband gelegd tussen het stappenplan van de SER en het hierboven al genoemde ISO 26.000, dat op zijn beurt weer verwijst naar UN Global Compact, de OESO Richtlijnen en de ILO-verdragen.[195] Al deze initiatieven promoten ook weer het gebruik van IFAs als een manier om werknemers te betrekken en herkenbaar te maken wat op het gebied van internationaal verantwoord ondernemen van het bedrijf mag worden verwacht.

7.3.4 Tussenconclusie

De ILO was de eerste organisatie die zich op internationaal niveau ontfermde over de noodzaak van werknemersbescherming, maar allang niet meer de enige. In de afgelopen twintig jaar is zowel in toenemende mate sprake van diversificatie van internationale sociaalrechtelijke rechtsbronnen als van zogenaamde "soft law"-instrumenten.[196] De fundamentele arbeidsrechten en beginselen uit de verschillende verklaringen en kernverdragen van de ILO worden veelvuldig aangehaald in deze nieuwere private en publieke internationale instrumenten. Het "ILO-acquis" vervult aldus een gezaghebbend referentiekader van minimumnormen. In veel instrumenten is de nadruk steeds meer komen te liggen op universele normen, die niet slechts relevant zijn voor werkenden met een arbeidsovereenkomst. De afgelopen periode binnen het internationaal arbeidsrecht kenmerkt zich dus niet alleen door diversificatie en een "softe" aanpak, maar ook door inclusiviteit.

Deze trend, die zich kenmerkt door verdergaande samenwerking op internationaal en transnationaal terrein, lijkt voornamelijk positief. Desalniettemin moet ervoor gewaakt worden dat de kernnormen en beginselen gelijkwaardig vertegenwoordigd zijn binnen de verschillende instrumenten. Een selectie van kernnormen is begrijpelijk en weerspiegelt de belangrijkste beginselen die de ILO reeds sinds 1919 hoog in het vaandel draagt. Maar het is belangrijk om ook normen die niet in deze kernverdragen staan te blijven promoten. Zo is "Occupational Health and Safety" één van

195 mvonederland.nl/iso-26000/wat-is-iso-26000

196 K. Boonstra (red.), *Negentig jaar Internationale Arbeidsorganisatie*, Deventer: Kluwer 2010, p. 17 e.v. constateert eveneens de verschuiving naar codes en contractuele relaties.

de meest relevante deelgebieden van het internationaal arbeidsrecht. Hier is tot op heden geen allesomvattende Conventie voor aangenomen, waardoor dit onderwerp verspreid over verschillende technische Conventies geregeld blijft. Overigens is het ook zaak de naleving van het gehele "ILO-acquis" (mits geratificeerd) in moderne industriële landen met een ontwikkelde sociale wetgeving, zoals de lidstaten van de EU, niet uit het oog te verliezen. Onder invloed van strenge bezuinigingen staan in een aantal landen van de Eurozone de arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid zodanig onder druk, dat de ILO-(kern)normen ook voor landen dichter bij huis praktisch nut krijgen.[197]

De ILO zal de komende jaren blijven zoeken naar haar plaats binnen een wereld waarin vele bronnen en actoren een rol spelen bij het beschermen van economische en sociale rechten. Een voortzetting van de strategie waarin exporteerbare kernbeginselen en rechten een belangrijke rol spelen ligt voor de hand.[198] Guy Ryder, de huidige Director-General van de ILO, schetst in zijn rapportages over de "Future of Work" een stappenplan richting het 100-jarig bestaan van de organisatie in 2019. Het aannemen van een zogenaamde "Centenary Declaration" is hierbinnen een belangrijk doel. Het lijkt verstandig dat een dergelijke verklaring aansluiting blijft zoeken bij andere globale initiatieven, zoals de UN Sustainable Development Goals en de UN Guiding Principles for Business and Human Rights. Hopelijk lukt het de tripartiete vertegenwoordigers bij de ILO – werkgevers, werknemers en overheden – in de komende periode hiervoor de neuzen enigszins in dezelfde richting te krijgen. Daarvoor dient wel de strijdbijl begraven te worden die de werkgevers momenteel hebben gericht op de toezichtsmechanismen van de organisatie. Het stakingsrecht, dat door de experts en het comité over vakbondsvrijheid wordt ingelezen in de Conventies, fungeert momenteel als mikpunt van

197 Zie P. Burger, 'Langer werken', *TRA* 2012/94; tevens M. Korda, The Role of International Social Security Standards: An in-depth study through the case of Greece, Antwerpen: Intersentia 2013; U. Becker, F. Pennings en T. Dijkhoff (red.), International standard-Setting and Innovations in Social Security, Antwerpen: Intersentia 2013.

198 Toch zijn er ook kritische geluiden over deze koers. Philip Alston betoogt bijv., dat door een systeem gebaseerd op beginselen het internationaal arbeidsrecht mogelijk erodeert. Zie: Philip Alston, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime, European Journal of International Law, 2004.

de kritiek op de interpretatiebevoegdheid van de verschillende comités. Alhoewel binnen internationale organisaties dit soort toezichtsmechanismen – die niet-bindende uitspraken over de interpretatie van verdragen doen – helemaal geen vreemde figuur zijn, hebben de tripartite vertegenwoordigers er bij de ILO nu al geruime tijd een verschil van mening over. Dit komt de effectiviteit van de ILO niet ten goede.[199]

De talloze private en hybride initiatieven lijken een positieve aanvullende rol te kunnen vervullen bij de naleving van de ILO-(kern)normen. Deels omdat ze simpelweg hierop voortbouwen, maar vooral omdat ze zich richten op de implementatie van deze normen in de bedrijfsvoering en het creëren van oplossingen en voorwaarden om schendingen van de norm te stoppen dan wel, proactief, mogelijk toekomstige schendingen te voorkomen.[200] Door een toenemende samenhang en samenwerking tussen de verschillende instrumenten, zowel hard law als soft law, publiek als privaat, en internationaal, transnationaal en nationaal, neemt de druk op MNEs toe. Op deze manier kunnen juridisch niet-bindende instrumenten toch normatieve kracht inboezemen. Zo rapporteert MVO Nederland als opkomende trend dat "niet-iMVO niet meer van deze tijd is". Externe factoren zoals grondstoffenschaarste, roep om transparantie, machtsverschuivingen en groeiende weerstand tegen slechte arbeidsomstandigheden versterken daarbij het interne besef binnen ondernemingen dat iMVO noodzakelijk is om hun toekomst veilig te stellen.[201]

199 Zie ook P.F. van der Heijden, 'Internationaal stakingsrecht onder spanning', *NJB* 2013/1492, p. 1638-1643.

200 Zie M.P. Cottrell en D.M. Trubek (2012), 'Law as Problem Solving: Standards, Networks, Experimentation, and Deliberation in Global Space', 21 *Transnational Law & Contemporary Problems*, p. 359-393; en voor een meer toegespitste toepassing in het internationale arbeidsrecht: B.P. ter Haar (2013), 'Love, Flirt or Repel?: Hybrid global governance of the ILO core labour standards', *European Journal of Social Law*, 2013 (2), p. 68-102.

201 mvonederland.nl/trendrapport-2015/revolutie-de-handelsketen. Zie over het bevorderen van iMVO in de dagelijkse arbeidsverhoudingen tussen werknemers, OR en bestuurders bij Nederlandse multinationals I.P. Asscher-Vonk, *Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie*, Thijmgenootschap 2010, p. 105 e.v.

7.4 Tot besluit

In het Europese en het internationale sociaal recht hebben zich een aantal gelijksoortige ontwikkelingen voorgedaan:

- Op beide niveaus is er in de afgelopen twintig jaar een "soft law-track" bijgekomen, in het internationale recht meer dan in het Europese recht aangevuld met een waaier aan zelfreguleringsmechanismen. Op beide niveaus lijkt een zekere "verharding" van soft law gaande, vooral door het coördineren van verschillende initiatieven ter promotie en handhaving van eenzelfde norm of beleid. Binnen de EU is dit vooral zichtbaar in de Eurozone, waar sociaal beleid sterk verknoopt is geraakt met het strengere financieel-economische reguleringsregime.
- De wedijver tussen de grondrechtenautoriteiten in Europese context, weerspiegelt zich op internationaal verdragsniveau in een bredere normenconcurrentie tussen ILO-normen en normen afkomstig uit verdragen onder algemene VN-vlag of onder auspiciën van een van de zusterorganisaties van de ILO. Dat dit hand in hand kan gaan met samenwerking blijkt uit de trend om steeds meer te verwijzen naar elkaars normen.
- Ook signaleren we dat zowel het Europese als het internationale sociaal recht qua normvorming over de top heen is. In plaats van de ontwikkeling van nieuwe, beschermende normen ligt de nadruk meer op implementatie en handhaving ervan.

De oorzaken van deze gelijksoortige trends liggen zeker gedeeltelijk in de globalisering. Fragmentatie en transnationalisering van het productieproces gaan gepaard met neerwaartse druk op werknemersbescherming. In de afgelopen twintig jaar is deze "race to the bottom" dichterbij huis gekomen. Ging het in Europa en Nederland anno 1996 nog vooral om een externe uitdaging, in de vorm van relocatie van bedrijven buiten de EG, inmiddels vindt concurrentie op arbeidskosten ook plaats op onze eigen arbeidsmarkt. Om op Europees en mondiaal niveau desondanks fatsoenlijke werkgelegenheid en sociale cohesie te bevorderen, is in de afgelopen twintig jaar een wildgroei aan bindende en niet-bindende instrumenten ontstaan. De sociaalrechtelijke normering lijkt als het ware mee te fragmenteren en transnationaliseren met het productieproces. Of daarbij sprake is van een zwaktebod of van een effectieve strategie, zal in de komende twintig jaar blijken.

HOOFDSTUK 8

DE INVLOED VAN DE WETGEVER EN DE SOCIALE PARTNERS OP HET ARBEIDSRECHT[1]

8.1 Inleiding

Anno 1996 werd uitgegaan van de mondige, geëmancipeerde werknemer, vertegenwoordigd door vakorganisaties en ondernemingsraad. De wetgever zag voor zichzelf een meer teruggetrokken rol: deregulering en maatwerk op bedrijfstak- en ondernemingsniveau. Regulering werd toevertrouwd aan sociale partners, aan werkgevers met hun medezeggenschapsorganen of aan de individuele werkgever met zijn werknemer(s). Op het gebied van de sociale zekerheid was een verschuiving waar te nemen om de positie van de arbeidsongeschikte werknemer binnen de kaders van de arbeidsrelatie te reguleren met een doorbetalingsverplichting voor het loon door de werkgever gecombineerd met re-integratieverplichtingen. Op het terrein van arbeidsomstandigheden werd eenzelfde lijn gevolgd: regulering door partijen op bedrijfstak- of ondernemingsniveau.

Anno 2016 is de wetgever actiever en sturender. De wens tot het aanpakken van de doorgeschoten flex, misbruik van schijnconstructies, reguleren van de topbeloningen in de publieke sector, het wettelijk regelen van de transitievergoeding heeft geleid tot nieuwe wetten, zoals de Wet werk en zekerheid (Wwz), de Wet normering topinkomens (Wnt) en de Wet aanpak schijnconstructies (WAS). Deels gebaseerd op een met de sociale partners afgesloten Sociaal Akkoord. Hiermee wenst de wetgever het arbeidsrecht te hervormen en de gegroeide praktijk bij te sturen.

In welke mate zal de wetgever erin slagen de praktijk bij te sturen? Is er sprake van een re-regulering met een grotere rol voor de wetgever onder gelijktijdige reducering van de rol van sociale partners? Wat is de betekenis

1 Verslag van gespreksbijeenkomst 1 VvA door Marloes Diepenbach. Deelnemers: Chris M. Aarts, Joris Backer, Klara Boonstra, Marloes Diepenbach, Rogier Duk, Anita van Empel, Martijn de Heer, Guus Heerma van Voss, Teun Jaspers (gespreksleider), Maarten Keune, Frans Pennings, Willemijn Roozendaal, Marjan Ruizenveld, Pauline Sick, Loe Sprengers (gespreksleider), Rudi van der Stege, Monetta Ulrici, Marco Veenstra, Evert Verhulp.

van de wijzigingen in het arbeidsrecht en de daarmee beoogde maatschappelijke veranderingen voor de praktijk? Hoe gaan de beoefenaren van het arbeidsrecht, in wetenschap, advocatuur, binnen ondernemingen en in de rechtspraak hiermee om?

Worden bedrijven aangesproken op het handelen niet alleen naar de letter maar ook naar de geest van de wetgeving (en het Sociaal Akkoord) of zal de aandacht gericht zijn op het zoeken naar de grenzen en de mazen van de wet? Is de wetgever in staat om de maatschappelijke ontwikkelingen (bij) te sturen of dient hij dit over te laten aan de praktijk, aan sociale partners en/of aan werkgever/werknemer op individueel niveau? Is de rol van de wetgever koersbepalend of verstorend voor de richting waar het arbeidsrecht in de komende jaren naartoe zal gaan? Welke verantwoordelijkheid rust op de schouders van de beoefenaren van het arbeidsrecht bij deze ontwikkelingen?

Het gaat uiteindelijk om de vraag van rechtsvorming: aan wie wordt de rechtsvorming op het gebied van het sociaal recht toebedeeld of overgelaten? Houdt dat ook in dat de rol van de rechtspraak mee verandert of zou moeten veranderen?

Op deze vragen is ingegaan in het gesprek over het thema invloed van de wetgever en sociale partners op het arbeidsrecht.

8.2 Deelonderwerpen en stellingen

Het thema is opgesplitst in vier deelonderwerpen. In de volgende paragrafen worden per deelonderwerp de stellingen weergegeven, de schriftelijk bijdrage van de sprekers alsmede een weergave van de hoofdonderwerpen die in de plenaire discussie aan de orde zijn gekomen.

8.2.1 Arbeidsongeschikte werknemer en arbeidsomstandigheden

Stelling 1: Door verantwoordelijkheid voor voorzieningen en kosten opvang arbeidsongeschikte werknemers bij werkgevers en werknemers neer te leggen, wordt beheersing van kosten gerealiseerd.

Stelling 2: Karakter sociale voorzieningen vergt regelgeving door wetgever, boven dit minimum is ruimte voor regeling door sociale partners; bij arbeidsomstandigheden is dit andersom: eerste verantwoordelijkheid voor werkgevers en werknemers met de overheid als stok achter de deur indien er geen goede regeling tot stand komt.

Bijdrage Frans Pennings[2]
Stelling 1: Ten aanzien van de kosten: er zijn misschien veel voordelen verbonden aan het leggen van de verantwoordelijkheid voor inkomen en voorzieningen bij de werkgever, maar één nadeel is dat het niet eenvoudig is een algemeen beeld van de effecten of goede cijfers te krijgen.

Er zijn natuurlijk wel enige evaluaties, waaruit blijkt dat het geregistreerde arbeidsongeschiktheidsverzuim aanmerkelijk is gedaald. Er zijn allerlei kanttekeningen te plaatsen bij de cijfers, zoals de invloed van conjuncturele ontwikkelingen en de mogelijkheid van verschuivingen naar andere regelingen. Ook van de WIA zijn nog weinig grondige evaluaties, omdat de effecten van deze wet pas op langere termijn zichtbaar worden.

Ten aanzien van de vraag of de wetgever of de sociale partners regelingen treffen: we kunnen bij de ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregelingen niet zeggen dat de verantwoordelijkheid voor inkomen en re-integratie bij de sociale partners is neergelegd. De parlementaire enquête voor de sociale zekerheid bracht met zich mee dat er groot wantrouwen – terecht of onterecht – was ontstaan ten aanzien van de sociale partners en zij zijn juist verwijderd uit het bestuur van de bedrijfsverenigingen.

Bij ziekte is wel de *financiële* verantwoordelijkheid bij de individuele werkgever neergelegd, maar deze is wel uitdrukkelijk wettelijk geregeld. In cao's zijn hier en daar wel maatregelen getroffen ter aanvulling van de wettelijke verplichting, maar dan vooral voor wat betreft aanvulling van het loon, er is maar weinig of geen nadere uitwerking van de re-integratie, zoals uitwerking van het tweede spoor. Uitzondering is hier en daar een opzegverbod voor de 35-minners.

Het mensbeeld dat hieraan ten grondslag ligt is eerder van financiële aard: mensen komen vooral op voor hun eigen belang en moeten daartoe geprikkeld worden.

2 Frans Pennings is hoogleraar Sociaal recht aan de Universiteit van Utrecht.

De loondoorbetalingsregeling heeft wel geleid tot gedragsveranderingen, naar mijn indruk. Dat is overigens nog niet eens het gevolg van loondoorbetaling van ziekte (de financiële prikkels), maar van de verplichtingen die volgen uit Poortwachter, en met name de mogelijkheid van een loonsanctie te beoordelen en op te leggen door het UWV. Dat is natuurlijk ook een financiële maatregel, maar het inhoudelijke kader is sterk ingevuld door de overheid.

Wel zijn er protocollen gemaakt bij met name grotere bedrijven over hoe te handelen bij arbeidsongeschiktheid. Daarbij zal, vermoed ik, vooral bij bepaalde situaties opgetreden worden, zoals bij arbeidsconflicten, situatieve arbeidsongeschiktheid, of oneigenlijk verzuim, zoals in verband met vakantie. Of er op andere terreinen heel veel gebeurt is niet zo duidelijk. Dat geldt ook voor verzekeringsmaatschappijen, deze lijken eerder een beleid op premies te voeren dan op re-integratiemaatregelen.

Zie ook de dissertatie van Betsy van Oortmarssen,[3] die vond, na twee jaar case study-onderzoek in ziekenhuizen, dat de reactie van leidinggevenden en artsen bij rugklachten van verpleegsters vooral was om deze een tijd rust te gunnen. Daarna werden ze weer in het oude werk teruggeplaatst. Hoe dat verder afloopt weten we niet, maar erg duurzaam klinkt het niet.

Dus hoe sterk en algemeen de gedragsveranderingen zijn is onduidelijk en de gedragsveranderingen, als ze er zijn, lijken toch meer door de overheid teweeggebracht dan door de sociale partners.

Ofschoon de financiële verantwoordelijkheid dus bij de werkgever ligt, zijn de regelingen die gedrag veranderen dus nog steeds van de overheid afkomstig. De regeling en de gedragsveranderingen zullen wel hebben geleid tot minder claims op publieke regelingen. De regelingen hebben ook neveneffecten, die hebben geleid tot voorstellen tot aanpassingen van de regelingen voor kleine werkgevers.

Bij arbeidsongeschiktheid ligt de verantwoordelijkheid primair bij de overheid, al is wel de mogelijkheid tot eigen risico dragen aanwezig.

3 B. van Oortmarssen, *Reïntegratie bij langer durend ziekteverzuim, Een longitudinaal onderzoek naar (inter)acties van werknemer, leidinggevende en bedrijfsarts* (diss. UU) 2014, http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/293067/oortmarssen.pdf?sequence=2.

Mij zijn weinig of geen regelingen van sociale partners bekend om dit nader te regelen. De eigenrisicodragerregelingen leiden wel tot minder kosten voor het publieke bestel, met weinig afschuifmogelijkheden, maar ook niet – zo lijkt het – tot daadwerkelijke gedragsveranderingen.

De regelingen hebben wel geleid tot veel ingewikkelde regels en jurisprudentie die erop gericht is om ontwijken van de regels te voorkomen.

Stelling 2: De Arbowet en het Arbobesluit kennen een aantal concrete doelstellingen die uitgewerkt worden door werkgevers en werknemers binnen de onderneming en ze kunnen middels een arbocatalogus maatwerk leveren, waarin is neergelegd op welke manier en met welke middelen bedrijven de doelvoorschriften kunnen halen. De naleving van de regeling kan overigens door de overheid worden getoetst, door de arbeidsinspectie.

Vertrekpunt vormen echter de bepalingen van de Arbowet, zodat de overheid, en met name de EU-richtlijn, wel de dwingende ondergrens vormen. Ook hier is het lastig om een beeld te hebben over alle catalogi, maar mijn indruk is dat in het geheel de normen van de overheid nog steeds een grote rol vervullen en dat het in veel gevallen niet zou werken als we de regeling van het arbobeleid geheel aan de ondernemingen zouden overlaten.

Wat er in de praktijk gebeurt als een regeling niet goed is, is niet erg duidelijk. Gelet op de capaciteit van de arbeidsinspectie en wellicht ook het politieke klimaat vermoed ik dat er niet veel gebeurt. Ik zou dan ook zeggen dat ook op dit terrein de overheid een grote rol heeft.

Op beide terreinen bestaat echter wel de visie dat werkgever en werknemer zaken moeten regelen en dat heeft geleid tot complexe regelingen.

Conclusie: Bij arbeidsongeschiktheid zijn het eerder de economische prikkels die zijn ingezet, die iets zeggen over het mensbeeld in het arbeidsrecht dan dat sociale partners op dit terrein veel hebben gedaan door het maken van regelingen. Bij arbobeleid is die ruimte er wel, maar lijkt er niet zoveel gebruik van te worden gemaakt. Bovendien is er nog een duister gebied op het terrein van de zzp'ers. Ofschoon er wel een aantal wettelijke regels is dat zowel voor werknemers als zzp'ers geldt is dit een weinig overzichtelijk terrein, in ieder geval wat handhaving betreft. Er ligt dus wel degelijk een rol voor de overheid.

Bijdrage Willemijn Roozendaal[4]

Graag verwijs ik naar de (economische) studie van Rommelse[5] die onderzoek heeft gedaan naar de belangrijke wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel die zich tussen 1980 en 2010 hebben voorgedaan en de effecten van deze wijzigingen. Economen zijn in ieder geval laaiend enthousiast over dit stelsel; dit stelsel heeft geleid tot significant minder WIA/WAO-instroom en minder kosten. Juristen zijn daarentegen vaak wat minder enthousiast, want die zien niet alleen voor- maar ook allerlei nadelen.

Hoe staan sociale partners nu in dit stelsel? Inhoudelijk is er weinig geregeld door de sociale partners. Daar is de wetgever denk ik wel blij mee. Met de eerste wijzigingen eind jaren tachtig (stelselwijziging) werd geprobeerd om de kosten naar beneden te brengen door de uitkeringen te verlagen. Daar kwam echter niets van terecht, omdat dit keer op keer geheel werd gerepareerd in cao's. Mede daarom werd naar andere mogelijkheden gezocht, zoals de privatisering van de Ziektewet door de Wet TZ en de Wet Wulbz. Maar de resultaten zijn vooral bereikt met de Wet Pemba.

Interessant is het om na te gaan of dit stelsel ook daadwerkelijk heeft geleid tot een gedragsverandering van werkgevers. Het gewenste gedrag was dat de werkgever zich meer over zijn werknemers zou ontfermen (en niet dat werkgevers in andere rechtsvormen zouden vluchten). Dat is echter moeilijk boven water te krijgen. Besparing is wellicht ook bereikt doordat minder mensen werknemer zijn.

Wat voor mensbeeld ligt hieraan ten grondslag? De wetgever spreekt over rationele actoren die op deze markt een rol spelen. Maar intussen wordt van de werkgever verwacht dat hij zich ontfermt over zijn werknemer. Zie in dit kader het artikel 'De zorgende werkgever'.[6] De werkgever moet zich eigenlijk als een soort vader om zijn kinderen bekommeren en met zijn werknemers meedenken om te zorgen dat ze niet ziek worden.

Met betrekking tot de arbeidsomstandigheden rijst eveneens de vraag welk mensbeeld aan de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet ten grondslag ligt. Hier ligt eigenlijk een heel optimistisch mensbeeld aan ten grondslag; te weten de mondige burger.

4 Willemijn Roozendaal is bijzonder hoogleraar socialezekerheidsrecht aan UHD arbeidsrecht aan de VU.

5 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering: tussen publiek en privaat* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014.

6 W.L. Roozendaal, 'De zorgende werkgever', *Arbeid Integraal* 2005, p. 23-36.

Wat is er nu terechtgekomen van de verruiming van normen in de Arbeidstijdenwet? Uit evaluaties blijkt dat sociale partners weinig gebruikmaken van de verruimingsmogelijkheden; ze houden zich vaak aan de standaardnormen in de wet. Wel schiet Nederland op het gebied van de handhaving van arbeidsomstandigheden tekort; Nederland voldoet eigenlijk niet aan de normen die hieraan in internationaal verband worden gesteld.

Verslag van de plenaire discussie
De plenaire discussie spitst zich toe op de loondoorbetalingsverplichting van de arbeidsongeschikte werknemer. Twintig jaar geleden trok de wetgever zich in vergelijking met de periode daarvoor op het gebied van de sociale zekerheid aanmerkelijk terug. De wetgever koos er op dit terrein bewust voor om meer bevoegdheden/verantwoordelijkheden bij de sociale partners en werkgever neer te leggen. Hoe is de situatie nu – twintig jaar later?

Het was de bedoeling van de wetgever dat de werkgever meer verantwoordelijkheid zou nemen voor zijn arbeidsongeschikte werknemers. De achterliggende gedachte was dat de werkgever beter op het ziekteverzuim van zijn werknemers zou gaan letten indien hij het loon tijdens arbeidsongeschiktheid zou moeten doorbetalen. Dit lijkt te zijn gelukt; het ziekteverzuim is in ieder geval gedaald.

Opgemerkt wordt of hier wel over een al dan niet "grotere" rol van de wetgever moet worden gesproken. Is het niet zo dat eigenlijk meer naar een soort balans is gezocht: welke balans moet de wetgever aanbrengen zodat partijen het goed doen? Wellicht is de balans in het geval van doorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid ook wel weer te ver doorgeslagen waardoor werkgevers nu vluchten in andere rechtsvormen.

Ten slotte richt de discussie zich op de vraag wie nu gedrag stuurt. Rekenen we erop dat de wetgever zodanige prikkels geeft dat hij hiermee het gedrag van de werkgever en werknemer daadwerkelijk stuurt? Of laten we dit over aan de sociale partners? Of aan de rechter in individuele gevallen? Opgemerkt wordt dat werkgevers erg naar elkaar kijken, bijvoorbeeld bij de loondoorbetalingsverplichting gedurende het tweede ziektejaar. Veel werkgevers betalen ook tijdens het tweede ziektejaar het volledige loon door. Hier is als het ware sprake van horizontale regulering. Als voorbeeld van daadwerkelijke sturing van de wetgever wordt de loondoorbetaling tijdens ziekte van de AOW-gerechtigde besproken. De werkgever

behoeft in dat geval slechts een aantal weken loon door te betalen – in plaats van twee jaar – en daarnaast zijn de re-integratieverplichtingen voor de werkgever beperkt, waardoor het voor de werkgever aantrekkelijker moet worden om AOW-gerechtigden in dienst te nemen. Ook met de Wet Poortwachter treedt de wetgever (zeer) sturend op. Opgemerkt wordt dat de gedetailleerdheid van de voorwaarden neergelegd in deze wet enorm op de werkgever drukken.

Geconcludeerd wordt dat de wetgever op het gebied van de arbeidsongeschikte werknemer, vooral met de Wet Poortwachter, sturend optreedt, maar de kosten elders – bij de werkgever – neerlegt.

8.2.2 Ontslagvergoeding en salarisplafonds

Stelling 1: Het wettelijk regelen van de hoogte van ontslagvergoedingen doet tekort aan de rol die sociale partners op collectief niveau en rechterlijke macht op individueel niveau zouden moeten kunnen spelen in het kader van het ontslagrecht; dat geldt niet voor het vaststellen van salarisplafonds in de publieke en semipublieke sector.

Stelling 2: Het gebruikmaken van de mogelijkheid om van dwingend arbeidsrecht af te wijken bij cao (driekwartdwingend recht) is het ideale model om een goed evenwicht te creëren tussen de rol van de wetgever enerzijds en sociale partners anderzijds in het arbeidsrecht.

Bijdrage Monetta Ulrici[7]
Stelling 1: Ik zal mij beperken tot de rol van de rechter in het individuele geval. Die is ontegenzeggelijk beperkt door de Wwz. Ook overigens door de Wnt. Niet zozeer door de WAS, al heeft die wet bitter weinig te maken met het aanpakken van schijnconstructies, maar meer met de (vroegere) Wet Ketenaansprakelijkheid. In de praktijk zal de WAS trouwens niet bijster veel voor zzp'ers of schijnzelfstandigen opleveren, is mijn overtuiging.

Door de Wwz is de rechter voor een aanzienlijk deel de mogelijkheid ontnomen om maatwerk te leveren. Het is een beetje alles of niets geworden. Dat geldt niet alleen voor het ontslagrecht "sec", ook aan de poort wordt het spel harder gespeeld. Het arbeidsrecht van titel 10 Boek 7 BW geldt immers alleen voor de werknemer werkzaam op basis van een "echte" arbeidsovereenkomst. Hoe zwaarder de arbeidsovereenkomst van art. 7:610 BW wordt

7 Monetta Ulrici is kantonrechter in de Rb. Amsterdam.

belast met allerlei bijkomende sociaal verzekeringsrechtelijke componenten (vooral voelbaar bij arbeidsongeschiktheid, maar ook bij de transitievergoeding), des temeer een werkgever zal trachten een andere oplossing te vinden voor de arbeidsrelatie, die hij met de werknemer wil sluiten. De recente uitspraken van PostNL wijzen dat weer eens uit.[8] Men vlucht in andere vormen van arbeidsrelaties.

Het is daarom jammer dat het Sociaal Akkoord slechts redeneert vanuit de arbeidsovereenkomst, al dan niet voor bepaalde of onbepaalde tijd. Door het opheffen van het BBA is het kleine beetje bescherming dat de echte schijnzelfstandigen hadden, weggevallen. Het is daarbij een illusie om te denken dat, indien een bedrijf wordt aangespoord om te handelen "in de geest van de wet", men dat dan ook stante pede zal doen. Als zelfs de overheid ('s lands grootste payroll-werkgever) en de rechterlijke macht met name aan de onderkant nog slechts medewerkers voor twee jaar max in dienst willen nemen en die er daarna subiet uitgooien, wat kan en mag men dan van commerciële, op winst gerichte, werkgevers verlangen? Een contract van meer dan twee jaar zit er binnen bepaalde groepen (binnen de rechterlijk macht en helaas ook bijna overal elders) op dit moment niet of nauwelijks in. Met name niet voor de lager betaalde functies. Het is voor werkgevers onevenredig duur en zwaar om iemand in vaste dienst te nemen en dat zien wij – de rechterlijk macht – terug.

Tegen de achtergrond van dat feit zouden de sociale partners hun prioriteit elders moeten beleggen, dan nu het geval is. Nu richt men zich met name op (behoud van) het vaste dienstverband en niet op (behoud van) werkzaamheden voor medewerkers van allerlei soort.

Stelling 2: Mijn vorige argumentatie werkt hier door. Op zich is de afwijking van driekwartdwingend recht een prachtig instrument om maatwerk op bedrijfstakniveau te realiseren. Maar alleen als er wordt voldaan aan de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en evenredigheid.

8 Ktr. Alkmaar 15 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:526; Ktr. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:152; Ktr. Amsterdam 14 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:153; Ktr. 's-Hertogenbosch 12 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:83; Ktr. Amersfoort 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85; Ktr. Amersfoort 6 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:85; Ktr. Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11226; Ktr. Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11232; Ktr. Haarlem 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11230.

Want laten we niet vergeten dat een flink aantal bepalingen uit de Wwz tot stand is gekomen omdat de vakverenigingen de flex hadden laten doorschieten. Oneindige arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn een duidelijk voorbeeld. Ja dus, graag het maatwerk van driekwart dwingend recht, maar dan wel met een vakvereniging, die kwalitatief hoogwaardig is en zich richt op de belangen van werknemers van allerlei soort.

Voor een goed functionerende arbeidsmarkt is een sterke vakvereniging belangrijk. Een sterke, kwalitatief hoogwaardige vakvereniging. Zowel de representativiteit als de vakinhoudelijkheid lijkt op dit moment niet het eerste belang van de vakverenigingen. We zien afkalvende ledenaantallen en verlies aan inhoud op collectief en individueel niveau. Dat zien wij – de rechterlijk macht – terug en dat is spijtig.

Bijdrage Pauline Sick[9]

Ontegenzeggelijk is het zo, dat de wetgever aanzienlijk sturender ingrijpt op de arbeidsmarkt dan twintig jaar geleden. Recente wetten als de Wwz, de WAS en de Wnt zijn daar pregnante voorbeelden van. Ik beschouw dat als een niet-wenselijke ontwikkeling. Dat houdt niet zozeer verband met de gedachte dat het vergaand reguleren van de arbeidsmarkt (waaronder het ontslagrecht) door de wetgever tekort zou doen aan de rol van de sociale partners en rechterlijke macht, zoals betoogd wordt in de eerste stelling. Mijn benadering wordt ingegeven door mijn opvatting dat het een vruchteloze strategie is om ontwikkelingen die zich op de arbeidsmarkt voordoen, tegen te gaan of de kop in te drukken, zoals vooral de huidige inzet van in elk geval de wetgever én de sociale partners (FNV voorop) lijkt te zijn. Wanneer we bezien welke onderwerpen ons arbeidsjuristen de afgelopen jaren vooral hebben beziggehouden, dan zijn dat allemaal thema's die worden bepaald door de manier waarop de arbeidsmarkt zich in brede zin ontwikkelt binnen de context van een veranderende wereld. In de gehele westerse wereld is immers sprake van individualisering, flexibilisering, digitalisering en internationalisering (zie ook het artikel 'Het mensbeeld in het arbeidsrecht' van Cees Loonstra en Corjo Jansen, hoofdstuk 2 in deze bundel). De huidige benadering van de wetgever en van de sociale partners van deze algemene ontwikkelingen, en de manier waarop die zich ook op de arbeidsmarkt manifesteren, is naar mijn beoordeling veel te beperkt. Die benadering lijkt er vooral op gericht te zijn om alle vormen waarin werk wordt verricht met man en macht in de ouderwetse mal van de "echte arbeidsovereenkomst" te willen duwen, waarbij dan de leidende gedachte is dat

9 Pauline Sick is advocaat/partner bij Boontje Advocaten.

uiteindelijk het vaste contract het voor allen ideale eindpunt zou moeten zijn. Dat leidt – bijvoorbeeld – tot moeizame pogingen om een onderscheid te kunnen maken tussen zelfstandigen en "schijnzelfstandigen" (denk aan remplaçanten, pakketbezorgers), zorgelijke discussies over de rechtsbescherming van zzp'ers, een rapport van FNV over het fenomeen "contracting", dat kennelijk als een duivels verschijnsel wordt gezien, het inperken van payrolling in de nieuwe Ontslagregeling (zie ook de door Ronald Beltzer genoemde voorbeelden in zijn bijdrage 'Arbeidsmarktrevolutie?'(zie paragraaf 10.5). In al deze voorbeelden lijkt het uitgangspunt te zijn dat de toename van de flexibilisering op de arbeidsmarkt een groot kwaad is, en dat alles wat weg beweegt van het vaste arbeidscontract als een "schijnconstructie" moet worden beschouwd, dat met alle mogelijke middelen moet worden bestreden.

Mij lijkt verstandiger de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt in hun bredere sociale context te aanvaarden als een gegeven, op de wijze zoals Loonstra en Jansen in hun juist genoemde artikel bespreken, en zoals ook Ronald Beltzer in zijn bijdrage verdedigt (opgenomen in paragraaf 10.5). Als je dat doet, kun je vervolgens bezien of, en zo ja waar, zich echte "uitwassen" voordoen, die strijdig zijn met algemene, gezamenlijk te formuleren uitgangspunten – zoals het uitgangspunt van solidariteit en de gedachte, dat de zwakkeren meer bescherming verdienen dan de sterkeren. Op die manier wordt het ook mogelijk maatwerk te leveren waar dat nodig is. Niet alle flexwerkers zijn zo bezien zwak, en niet alle werknemers met een vast contract zijn zo bezien sterk. Niet voor iedere werker in de publieke sector geldt dat een salaris- of ontslagvergoedingsplafond recht doet aan diens individuele positie, zoals tegelijkertijd ook niet voor iedereen geldt dat die überhaupt een ontslagvergoeding nodig heeft bij het einde van zijn arbeidsovereenkomst. Niet voor elke werker geldt dat die het meest gebaat is bij de driekwartdwingende afwijking op het wettelijk stelsel die – al dan niet namens hem – door een vakbond is uitonderhandeld.

En zo kom ik op een reactie op de beide stellingen vanuit mijn perspectief als advocaat. Als advocaat is het mijn taak om de belangen te behartigen van de individuele cliënt die ik bijsta. Die is enerzijds gebaat bij min of meer algemene handvatten of richtlijnen, omdat die een algemene ordening geven op de arbeidsmarkt waar ook de individu bij gebaat is, en die hem bovendien houvast geven bij het kunnen bepalen van zijn rechtspositie. Vanuit dat perspectief is op zichzelf wenselijk, dat er bepaalde, algemene

normen en criteria worden geformuleerd met betrekking tot – bijvoorbeeld – een ontslagvergoeding (stelling 1), of andere aspecten van arbeidsrechtelijke voorwaarden (stelling 2). Het volledig ontbreken van die criteria leidt immers tot ongewenste rechtsonzekerheid (zoals wij ons nog goed kunnen herinneren uit de tijd voor de introductie van de kantonrechtersformule). Die criteria zouden moeten zijn ingegeven door de algemeen aanvaarde uitgangspunten zoals net aangegeven. Of het wenselijk is dat deze algemene normering in wetten gebeurt, of door bemoeienis van sociale partners, bijvoorbeeld leidend tot driekwartdwingend recht, zou vooral moeten worden bepaald door de vraag of voldoende ruimte overblijft om aan het individuele geval "recht" te doen. Het gaat erom dat maatwerk mogelijk blijft, en noch door de wetgever, noch door sociale partners regels worden ontworpen die dat maatwerk onmogelijk maken. Het "evenwicht" waarover in stelling 2 wordt gesproken zit hem dus niet zozeer in de verhouding tussen wetgever enerzijds en sociale partners anderzijds, maar veel meer tussen de algemene normerende criteria enerzijds en de ruimte voor individueel maatwerk, waarmee daadwerkelijk recht kan worden gedaan, anderzijds.

Bijdrage Evert Verhulp[10]

De ontbindingspraktijk van voor de Wwz leidde tot een wat ik eerder noemde "waardeloos" ontslagstelsel. Waardeloos, omdat een deel van de normen die de werknemer tegen een onrechtvaardig ontslag moesten beschermen uiteindelijk konden worden afgekocht met een ontbindingsvergoeding. Over de prijs van de ontslagbescherming vond nauwelijks meer discussie plaats na de invoering van de aanbeveling van de kring van kantonrechters. Daarmee werd de ontslagbescherming een te begroten kostenpost, en lag een noodzaak tot wijziging voor.

Waar het ontslagrecht juist bedoeld is om een onrechtvaardige beëindiging van de arbeidsovereenkomst te voorkomen, is het huidige systeem beter. De rechter heeft de belangrijke taak te toetsen of de werkgever heeft voldaan aan de aan hem bij het ontslag te stellen eisen, en als dat niet het geval is, kan de rechter daarvoor geen afkoop bepalen, maar slechts de werkgever verplichten zijn werk alsnog en nu wel goed te doen door het verzoek af te wijzen. Aan die verplichting valt geen bedrag te verbinden, omdat in het geval de werkgever onvoldoende redelijke grond heeft om

10 Evert Verhulp is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en Plaatsvervangend kroonlid SER.

naar beëindiging te streven, dat streven ook niet dient te worden gehonoreerd. Voor zover de werkgever dat desalniettemin wenst, dient hij te overleggen met de werknemer en geldt geen plafond op grond van de Wwz.

Daarnaast kent de huidige wet wel de billijke vergoeding. Kort samengevat kent die twee verschijningsvormen, te weten:

1. de vergoeding in het geval de arbeidsovereenkomst ten onrechte is beëindigd;
2. de vergoeding in het geval de werkgever bij de beëindiging een ernstig verwijt te maken valt.

De berekening van de eerste vergoeding is weinig spannend, maar de tweede wel. De vergoeding als bedoeld onder 1 is meer een vorm van schadevergoeding, en hangt eerder samen met de "waarde" van de arbeidsovereenkomst en kan op die voet behoorlijk worden berekend. Een analyse van de huidige rechtspraak leidt mij tot de conclusie dat rechters nog te veel op het spoor van de billijke vergoeding zitten en zich onvoldoende realiseren dat hier sprake is van een vergoeding voor "ernstig verwijtbaar handelen". De omstandigheden van het geval dienen wel heel bijzonder te zijn wil dat een vergoeding van € 2.000 rechtvaardigen. Nu het verwijt dat de werkgever hier gemaakt wordt altijd ernstig is, ligt een aanzienlijke vergoeding, die niet gerelateerd is aan de schade van de werknemer, voor de hand. het is ook onwenselijk om deze vergoeding te normeren. De Kring van Kantonrechters moet het worden ontraden om hiervoor normen te stellen.

De bevoegdheid van de rechter betreft de kwalificatie van de normen en niet de waardering (in geld) van het recht, dus voor zover de discretionaire ruimte van de rechter wordt beperkt door niet langer het recht in geld te kunnen waarderen, juich ik dat toe.

Ik vind de stelling dat de ruimte van de rechter wordt beperkt overigens onjuist: de rechter heeft nu meer dan ooit de taak om te beoordelen of sprake is van een redelijke grond en dat is een veel belangrijker taak dan te beoordelen wat het niet voldoen aan de wettelijke normen "waard" is.

Verslag van de plenaire discussie

Met betrekking tot de invoering van de Wwz rijst als belangrijkste vraag: wil je een billijk systeem of een duidelijk systeem? De moeilijkheid is dat die twee niet samengaan. Het verdient natuurlijk de voorkeur dat de wetgever iets bepaalt, maar die wetgever moet dan wel ruimte laten voor maatwerk in een individueel geval. Deze ruimte is er in de Wwz te weinig.

Naarmate een arbeidsrelatie langer duurt, krijgt de werknemer meer zekerheid over zijn rechtspositie en neemt de verantwoordelijkheid van de werkgever ten opzichte van de werknemer toe. Daar zit een mensbeeld achter. Welk mensbeeld ligt aan de Wwz ten grondslag? Hierover zijn de meningen verdeeld. Enerzijds wordt opgemerkt dat er geen echt mensbeeld aan de Wwz ten grondslag ligt, maar slechts bezuinigingsdoelstellingen die fraai worden verpakt. Anderzijds wordt opgemerkt dat er wel degelijk een mensbeeld aan de Wwz ten grondslag ligt, te weten een duurzame relatie tussen werkgever en werknemer gericht op samenwerking die niet zomaar mag worden beëindigd.

Met de Wwz heeft de wetgever voor een systeem gekozen dat helderheid zou brengen door invoering van limitatieve ontslaggronden (geïnspireerd op het ILO-verdrag – om een arbeidsovereenkomst te beëindigen is een goede grond vereist). Maar dat blijkt in de praktijk niet zo te werken. Er doen zich situaties voor dat de "liefde" tussen werkgever en werknemer gewoon over is. Er ligt dan in voorkomende gevallen geen (gedegen) dossier aan de zaak ten grondslag. Voor de inwerkingtreding van de Wwz kon de kantonrechter in zo'n geval de arbeidsovereenkomst ontbinden. Nu, na invoering van de Wwz, kan de kantonrechter – zonder gedegen dossier – niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan. Immers, het verzoek van een werkgever om de arbeidsovereenkomst met een werknemer te ontbinden moet worden afgewezen indien de werkgever geen van de wettelijk vastgelegde redelijke grond afdoende kan onderbouwen. Dit betekent dat in dergelijke zaken door het weghalen van de flexibiliteit die art. 7:685 BW (oud) bood, de arbeidsovereenkomst nu "noodgedwongen" moet worden voortgezet, terwijl dit eigenlijk door beide partijen niet wordt gewenst. Hier ontbreekt het aan maatwerk.

Opgemerkt wordt dat iedere wet een reactie is op de vorige situatie. De gedachte was dat kantonrechters onder het oude recht wel heel veel vrijheid hadden; zowel ten aanzien van de grond (ontbinding als er onvoldoende grond is) als ten aanzien van de hoogte van de vergoeding. Door de limitatieve ontslaggronden, is er geen flexibiliteit meer. Schiet de wetgever hier niet een beetje door? Uiteindelijk zal de gewenste flexibiliteit er in de praktijk wel komen, maar dat is niet de koninklijke weg. De flexibiliteit zou eigenlijk wettelijk geregeld moeten zijn.

De praktijk laat zien dat partijen geneigd zijn om alles zo veel mogelijk bij het oude te laten als nieuwe regelgeving wordt ingevoerd. Gekeken moet worden hoe de stand van zaken over een paar jaar is. De Wwz dwingt de werkgever om zorgvuldig met zijn werknemers om te gaan. De wetgever heeft ervoor gekozen om dit zo veel mogelijk te normeren; partijen kunnen dit zelf blijkbaar niet.

Wat is het effect van de doelstelling van de Wwz? Werkt dit nu ook? In ons arbeidsrecht heeft de werkgever op een aantal terreinen een onderzoeksplicht. Wij vinden het ook volstrekt normaal dat je niet willekeurig kunt zeggen: nu gaan we dit doen en straks dat. Ook internationaal is dit vrij goed ingebed; in bijna alle rechtstelsels vind je zoiets. Met de verplichting een gedegen dossier op te bouwen stuurt de wetgever het gedrag van de werkgever en beoogt de wetgever dat de werkgever een beter personeelsbeleid gaat voeren. De praktijk moet nu eerst de tijd worden gegeven. De vraag is hoeveel zaken nu zonder conflict worden opgelost? Dat weten wij niet. Als dit empirisch zou worden onderzocht in het kader van het preventieve ontslagbeleid, dan zou het zo kunnen zijn dan het beeld een beetje gaat kantelen.

Het onderwerp zorgt voor discussie maar alle deelnemers zijn het met elkaar eens dat door de invoering van de limitatieve ontslaggronden er minder flexibiliteit is waardoor er te weinig ruimte voor maatwerk is. Uiteindelijk zal de praktijk (en rechtspraak) de gewenste flexibiliteit opzoeken en vinden.

8.2.3 Collectief actierecht

Stelling: Dit rechtsgebied maakt duidelijk dat internationaalrechterlijke normen met rechterlijke toetsing voldoende houvast kunnen bieden voor rechtsontwikkeling op dit rechtsterrein of wordt daardoor te veel vrijheid aan de rechter gegeven?

Bijdrage Rudi van der Stege[11]
Ik meen dat de normen, in het bijzonder vormgegeven in het ESH, de rechter geen houvast kunnen bieden, maar houvast bieden en dat er weliswaar een vrijheid aan de rechter wordt gegeven, doch dat deze niet te groot is, nu deze vrijheid bestaat binnen de bandbreedtes die het ESH biedt.

11 Rudi van der Stege is advocaat bij Sprengers Advocaten.

Zoal bekend, heeft de Hoge Raad in de afgelopen periode in een tweetal arresten (Enerco en Amsta)[12] het collectieve actierecht behoorlijk opgeschud. Ging het bij Enerco onder meer om de vraag of een collectieve actie die bij een derde partij ("besmet werk") werd uitgeroepen door de vakbonden door de juridische beugel kon, wat leidde tot de overweging van de Hoge Raad dat het een vakbond bij collectief optreden in beginsel vrijstaat de middelen te kiezen om haar doel te bereiken. Of (nog) sprake is van een collectieve actie in de zin van art. 6 ESH, wordt vooral bepaald door het antwoord op de vraag of de actie redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. In het Amsta-arrest komt de Hoge Raad terug op de eerdere zienswijze, dan wel nuanceert deze en gooit het ultimum remedium en het aanzeggingsvereiste overboord, in die zin dat deze aspecten geen zelfstandige maatstaf meer zijn bij de vraag of een collectieve actie als rechtmatig dient te worden beschouwd. Voortaan zijn deze twee componenten "gezichtspunten" die, naast andere gezichtspunten, een rol zullen spelen bij de vraag of er zich een beperkingsgrond voordoet op basis van art. G ESH, waarin de beperkingsgronden voor het voeren van collectieve actie staan opgenomen.

Er is geen stakingswet in Nederland. We hebben het met het ESH te doen. Geratificeerd in 1980 en van toepassing geacht in het NS-arrest van 1986. Wellicht mede "geschrokken" door de inhoud en gevolgen van het Panhonlibco-arrest, waarin een puur civielrechtelijke benadering van het collectieve actierecht aan de orde was en de onduidelijkheid van de positie van ambtenaren waar het collectieve actierecht betrof, werd de roep om een stakingswet groter. Deze verstomde in de tachtiger jaren van de vorige eeuw. Na ratificatie van het ESH, het NS-arrest en de daarop volgende arresten van de Hoge Raad (Haven/Sara Lee/Streekvervoer) kom je in de literatuur vrij zelden nog een pleidooi tegen voor een stakingswet. De wetgever laat zich op dit terrein niet meer horen sinds 1980.

Kennelijk kunnen we overweg met de internationaalrechtelijk geformuleerde normen in art. 6 lid 4 en G ESH en de uitleg hiervan door het Europees Comité van Sociale Rechten (Comité van Deskundigen). De norm dat de uitoefening van het recht op collectief onderhandelen gewaarborgd dient te zijn en in dit verband het recht van werknemers en werkgevers op

12 HR 31 oktober 2014, *JAR* 2014/298 (Enerco) en HR 19 juni 2015, *JAR* 2015/188 (Amsta).

collectief optreden in gevallen van belangengeschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten cao, wordt erkend.

De Nederlandse rechtspraak heeft zich in de afgelopen decennia bewogen binnen de bandbreedte van het ESH en de uitleg hiervan door het Comité. De Nederlandse rechter heeft wat gestoeid met de spelregels van ultimum remedium en de aanzeggingsregel. In het bijzonder met betrekking tot de eerste heeft het Comité herhaaldelijk in haar Conclusions geoordeeld dat de Nederlandse rechtspraak niet in overeenstemming is met het ESH. Dit lijkt nu te zijn hersteld met het Amsta-arrest.

Gesteld kan worden dat het ESH de rechter voldoende houvast heeft geboden voor de beoordeling van voorgelegde zaken op het terrein van collectieve actie. Gezien de tekst van het ESH en de strekking hiervan is dat ook goed begrijpelijk. Op basis hiervan zal een collectieve actie normaal gesproken rechtmatig zijn. In dit verband lijkt er weinig speelruimte te zijn voor de wetgever, behoudens de mogelijkheid om de in art. G genoemde mogelijkheid om beperkingen op te nemen in de wet. In Nederland is een dergelijke beperking alleen aan de orde voor de militairen opgenomen in de Militaire Ambtenarenwet. Zij mogen niet staken.

Ik meen dat een stakingswet geen meerwaarde zal opleveren. Enerzijds zal een dergelijke wet mogelijke vage normen in zich kunnen hebben, die vermoedelijk geen ander kader zouden opleveren dan het "ESH-kader". Verregaande detaillering in een wet zou mogelijk tot een niet gewenst statisch kader kunnen leiden. De in essentie niet al te ingewikkelde internationaalrechtelijke normen bieden de Nederlandse rechter voldoende houvast voor het vormgeven van de rechtsontwikkeling op dit terrein, zo moge onder meer blijken uit de Enerco en Amsta-arresten. Ook in de lagere rechtspraak valt op te maken dat de kortgedingrechters een hun voorgelegd geschil op dit terrein langs "de lat" van het ESH leggen en hiermee voldoende aanknopingspunten hebben voor het beoordelen van de hen voorgelegde kwestie.

Verslag van de plenaire discussie
Algemeen wordt onderschreven dat de internationaalrechtelijke normen ten aanzien van rechterlijke toetsing (vooralsnog) voldoende houvast bieden voor de rechtsontwikkeling op het gebied van het stakingsrecht. Ook vinden de deelnemers eensgezind dat een Nederlandse stakingswet (nu) geen meerwaarde zou hebben. Er wordt in Nederland – in vergelijking met

andere Europese landen – weinig gestaakt en partijen lijken met de normen van het ESH aardig uit de voeten te kunnen. Het algemene beeld is dat de lagere rechtspraak behoorlijk in overeenstemming is met art. 6 lid 4 en art. G ESH.

Naar aanleiding van de recente arresten van de Hoge Raad, Enerco en Amsta, wordt opgemerkt dat de Hoge Raad geen verantwoording aflegt voor de in deze arresten uitgezette nieuwe lijnen voor het stakingsrecht in Nederland. In het NS-arrest verwees de Hoge Raad nog naar de conclusies van het Europees Comité van Sociale Rechten (ECSR). Opgemerkt wordt dat deze conclusies een smalle rechtsbasis hebben. Vooral als je weet dat in het Franse en het Duitse recht de staking nogal verschillend wordt behandeld. Het probleem met het ESH is dat je geen kader hebt waarbinnen prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.

De vraag kan gesteld worden of hier gezien de vrij ruime interpretatie van internationale normen de wetgever paal en perk zal stellen aan de rechterlijke vrijheid. Zal de wetgever hier ingrijpen? Deze kans wordt nihil geacht. Deze rechtspraak ligt er nu en zal net zoals destijds het NS-arrest ook worden aanvaard.

Daarnaast is het zo dat we ook nog te maken hebben gekregen met andere internationale jurisprudentie op het gebied van het stakingsrecht; te weten Viking/Laval[13]. Hoewel de directe relevantie van deze arresten voor het Nederlandse stakingsrecht zeer gering is, kan de uitoefening van het stakingsrecht in Viking/Laval-achtige situaties onder bijvoorbeeld Brits recht enorme financiële gevolgen voor de vakbonden hebben (dit heeft te maken met aansprakelijkheid in geval van een staking). Dit speelt niet in Nederland.

De status van de conclusies van het ECSR komen vervolgens aan de orde. Opgemerkt wordt dat de opvatting van het Comité kan afhangen van de samenstelling van het Comité. Door de uitbreiding van het aantal leden van het Comité, wordt het steeds lastiger om tot overeenstemming te komen. Dat tast het gezag van het ECSR aan. Daartegenover staat dat het gezag van het ECSR toeneemt en de conclusies steeds meer een bron van recht worden. Niet alleen doordat het Straatsburgse hof geneigd is naar

13 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05, *JAR* 2008/20 (Viking) en HvJ EG 18 december 2007, C-341/05, *JAR* 2008/21 (Laval).

het ECSR te gaan verwijzen, maar ook door de in 1995 ingevoerde collectieve klachtenprocedure van het ECSR (voor het eerst een procedure op tegenspraak). Een conclusie op basis van een *complaint* (bijvoorbeeld de uitspraak van het ECSR op een klacht van de Zweedse vakbond in de Viking-zaak) heeft veel meer gezag dan een conclusie op grond van een landenrapport.

Tot slot wordt opgemerkt dat nu er weinig in Nederland wordt gestaakt, er geen sprake is van een urgent probleem op dit gebied. Wellicht wordt dit anders indien in Nederland veel meer naar het stakingswapen zou gaan worden gegrepen. Het kan zo zijn dat er dan wel degelijk behoefte ontstaat aan een wettelijke regeling, denk bijvoorbeeld aan een regeling die de voortgang van "essentiële diensten" tijdens een staking moet verzekeren.

8.2.4 Toekomst

Stelling 1: Het arbeidsrecht is gediend met een duidelijkere taakafbakening van rol wetgever, sociale partners en rechter dan nu het geval is. Dat verschilt per onderdeel/deelonderwerp van het arbeidsrecht.

Stelling 2: Zijn er lijnen te trekken uit de ontwikkelingen op de verschillende deelgebieden van het arbeidsrecht over de verdeling van onderwerpen en de voortrekkersrol van de verschillende spelers bij de vorming van het arbeidsrecht?

Bijdrage Maarten Keune[14]
In de jaren negentig werd het poldermodel gezien als een "mirakel", vanwege het feit dat Nederland het wat betreft economische groei en vooral het creëren van werkgelegenheid beduidend beter deed dan de rest van West-Europa. Sinds 2000 is de rek er echter uit en valt een aantal problemen op. Allereerst, Nederland presteert nog goed, maar niet meer uitzonderlijk, op het gebied van de werkgelegenheidsgraad, groei en sociale vrede, maar veel minder goed als het gaat om de kwaliteit van werk, het creëren van additionele uren werk, productiviteit en innovatie. Ten tweede, hoewel het vertrouwen tussen werkgevers en vakbonden vooralsnog op een redelijk peil lijkt te zijn, wijzen recente ontwikkelingen duidelijk op een verslechtering.

14 Maarten Keune hoogleraar Sociale Zekerheid en Arbeidsverhoudingen aan de Universiteit van Amsterdam.

Mocht deze trend doorzetten dan wordt een van de noodzakelijke voorwaarden voor het functioneren van het poldermodel aangetast. En dat geldt ook voor het derde punt, de gestaag dalende organisatiegraad van vakbonden.

In welke richtingen kunnen we denken als het gaat om een rol voor het arbeidsrecht in het verzachten van deze problemen?

Vertrouwen tussen sociale partners
Ondanks het feit dat er nog steeds veel samengewerkt wordt binnen de polderinstituties, is vertrouwen de laatste jaren geen gegeven meer, vooral als het om de cao's gaat. Vanuit werkgeverskringen worden vakbonden, en voornamelijk de FNV, verweten niet met de tijd mee te willen gaan en vast te houden aan oude verworvenheden, zoals vaste contracten of extra vrije dagen voor oudere werknemers of leeftijdsgebonden beloning in de cao. Vakbonden vinden juist dat werkgevers steeds meer het ondernemersrisico afschuiven op de werknemers, voornamelijk in de vorm van excessief gebruik van flexibele contracten, schijnzelfstandigheid of nieuwe vormen van arbeidsrelaties zoals payrollen, contracting, of detacheringsconstructies, die leiden tot een verdere fragmentering van de arbeidsmarkt en de groei van laagwaardige werkgelegenheid. Een van de gevolgen van het dalende wederzijdse vertrouwen is dat het in de afgelopen jaren vaak erg veel moeite kost voor bonden en werkgevers om cao's te vernieuwen en is een aantal recente cao's afgesloten zonder de FNV.

De wetgever zou een rol kunnen spelen in het herstellen van het vertrouwen door meer duidelijkheid te creëren voor de partijen over wat wel en niet kan: welke vormen van arbeidsrelaties of constructies kunnen wel en niet; wanneer is iemand wel en niet een zzp'er; wanneer zijn tijdelijke contracten of uitzendwerk wel en niet acceptabel, etc. Daarnaast zou handhaving versterkt kunnen worden om de implementatie van regelgeving te garanderen en zou de overheid zelf het goede voorbeeld kunnen geven in de publieke sector. Dit zou meer rust tussen de sociale partners geven en dus meer mogelijkheden om gezamenlijk te werken aan het versterken van productiviteit en innovatie.

Versterken van productiviteit en innovatie
De wetgever kan ook inhoudelijk de verbetering van productiviteit en innovatie ondersteunen door hiervoor relevante factoren te reguleren. Onderzoek heeft aangetoond dat er een positieve relatie is tussen aan de ene kant

productiviteit en innovatie en aan de andere kant de kwaliteit van werk uitgedrukt in baanzekerheid, omvang van de baan in aantal uren, ontwikkelingsmogelijkheden, arbeidsomstandigheden en inspraak. Wetgeving zou deze aspecten van de arbeidsrelatie verder kunnen benadrukken. Bijvoorbeeld, als het gaat om ontwikkelingsmogelijkheden dan is het aanbieden van mogelijkheden voor opleidingen of trainingen door werkgevers van belang. Nederlandse werkgevers bieden zulke mogelijkheden maar beperkt aan in vergelijking met de ons omringende landen. De overheid zou het aanbieden van zulke mogelijkheden aantrekkelijker kunnen maken door bijvoorbeeld fiscale incentives of de plicht tot het aanbieden van een bepaalde hoeveelheid scholing of training verplicht te kunnen stellen. Ook kan de overheid bijvoorbeeld langdurige arbeidsrelaties bevorderen via ontslagbescherming of het beperken van het gebruik van flexibele contracten.

De representativiteit van vakbonden

De organisatiegraad van vakbonden is al jaren dalende en ligt nu rond de 18%. Dit is overigens nog een behoorlijk aantal: ter vergelijking, waar de grootste bond, de FNV meer dan 1 miljoen leden heeft, hadden de regeringspartijen VVD en PvdA begin 2015 respectievelijk 31.000 en 50.000 leden. Maar toch, het lukt vakbonden niet om het tij te keren en als het zo doorgaat komt er op een gegeven moment een punt waarop de organisatiegraad uitgedrukt in lidmaatschap te laag wordt om nog legitiem deel te nemen aan cao-onderhandelingen of de SER. Tegelijkertijd laten surveys van onder andere het SCP duidelijk zien dat het vertrouwen van de bevolking in vakbonden relatief hoog is, beduidend hoger dan in bijvoorbeeld de Tweede Kamer, de regering of de EU. Ook wordt er consistent veel belang gehecht aan het bestaan van cao's. Dit roept de vraag op of lidmaatschap wel de juiste maatstaf is voor de representativiteit van vakbonden aangezien hun legitimiteit niet in twijfel wordt getrokken. Deze tegenstelling tussen vertrouwen en lidmaatschap zou door de wetgever aangegrepen kunnen worden om te zoeken naar andere vormen dan lidmaatschap om de representativiteit van vakbonden te bepalen, zoals bijvoorbeeld via verkiezingen. Dit gebeurt in een aantal andere EU-landen en het lijkt de moeite waard om ook voor Nederland te onderzoeken wat de mogelijkheden zijn.

Bijdrage Klara Boonstra[15]

Thema: Zijn de rollen van de sociale partners in de afgelopen periode gewijzigd? Zo ja hoe en waarom? Ik spreek meer vanuit mijn vakbondsfunctie

15 Klara Boonstra is beleidsjurist bij de Vakcentrale FNV en hoogleraar Internationaal Sociaal recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

dan vanuit mijn academische functie, hoewel die twee uiteraard niet altijd zijn te scheiden. Maarten Keune heeft reeds een aantal opvattingen of misschien meer observaties naar voren gebracht die voor mij herkenbaar zijn, ik zal daarop voortbouwen.

Anders dan vaak, ook vandaag hier, wordt gedacht is de focus van de vakbond niet voornamelijk gericht op de Haagse processen en ook niet op de geschillenbeslechting, waar de meeste sprekers het hier eerder aan de tafel over hadden. Bij een geschil komt eigenlijk een falen om de zaken goed te regelen aan het licht. Voorkomen is beter dan ruziemaken en daarom proberen wij met ons instrumentarium, maar het was ook de inzet in het Wwz-traject, de regulering zo in te richten dat het niet tot geschillen komt.

Ons voornaamste instrument is de cao, inclusief avv. Dat is het gereedschap waarmee we de arbeidsverhoudingen en de arbeidsvoorwaarden sturen. De laatste jaren, vanaf het moment dat de financiële crisis werd tot de economische crisis tot vrij recent, halverwege 2015, verliepen de cao-onderhandelingen zeer moeizaam. Waarschijnlijk vanwege de invoering van de Wwz, in de aanloop daarop hielden vooral de werkgevers de kaarten tegen de borst. Inmiddels loopt het weer wat beter. Veel van de nieuwe wetgeving van Asscher kan alleen door middel van driekwartdwingend recht worden geïmplementeerd. Dat heeft hier en daar, zeker in de gevestigde cao-sectoren weer tot een prikkel om te gaan onderhandelen geleid.

Hoewel het proces dus weer wat op gang komt, zijn er wel wezenlijke veranderingen merkbaar en kan niet worden gesteld dat de verhoudingen in de polder optimaal zijn. Daarvoor zijn een paar redenen. Allereerst de nasleep van het Sociaal Akkoord. Daarin hebben werkgevers en werknemers elkaar in 2013 op een flink aantal centraal geformuleerde onderwerpen gevonden. Zo onderschreven beide kanten dat sprake was van "doorgeschoten flex". Een aantal onderwerpen heeft zijn weg naar de wetgeving gevonden (Wwz, WAS), maar ten aanzien van een aantal "overeenstemmingspunten", bleek al bij het uitonderhandelen in de Stichting van de Arbeid met het ministerie dat het niet mogelijk was om de consensus te behouden (payrollen, contracting, behoud van arbeidsvoorwaarden bij aanbestedingen, zzp). Bovendien was het niet zo dat overeenstemming op centraal niveau werd gevolgd door dezelfde standpunten in de uitwerking van de cao-onderhandelingen.

Beide zijden hebben ook hun inzet in de cao-onderhandelingen gewijzigd. Aan werkgeverszijde wordt nogal eens gesuggereerd om de cao slechts voor een deel van het personeelsbestand af te sluiten. De onderste en de

bovenste categorieën van het personeel zouden er dan buiten moeten vallen. De onderkant kan dan direct dan wel indirect onder de cao voor de uitzendsector of zelfs helemaal buiten de cao komen te vallen. De vakbonden willen graag integraal en vanuit de solidariteitsgedachte het hele personeelsbestand vertegenwoordigen als ook in de cao de inzet van flex regelen. Aan in elk geval de FNV-zijde is ervoor gekozen om cao's alleen nog maar overeen te komen als er werkelijk vooruitgang voor de werknemers in zit. Te vaak vinden wijzelf, of wordt ons voor de voeten geworpen, dat wij achteruitgang goedkeuren door onze handtekening onder slechte cao's te zetten. Maar dat weerhoudt andere bonden vaak niet om te tekenen. Kijk naar de cao voor de overheid, die voor de supermarkten en de horeca. In de crisis was daar wellicht nog aanleiding toe, maar ook nu er weer wat meer loonruimte zou moeten ontstaan gaan de reorganisaties op grote schaal door. Op de achtergrond vaak sterk beïnvloed door financiële actoren die de onderneming weliswaar niet besturen, maar wel de besluitvorming beïnvloeden.

Hoewel meermalen zowel vanuit de Stichting van de Arbeid als de SER van beide zijden wordt bevestigd dat de geluiden die uit het parlement komen over problemen met de cao niet worden gedeeld, kunnen de sociale partners zich er uiteraard ook niet aan onttrekken. Dat heeft geleid tot een aantal maatregelen:

- Transparantere regelingen in de cao's voor het verkrijgen van dispensatie door de cao-partijen om het door werkgevers zo gewenste maatwerk mogelijk te maken.
- Raadpleging van niet-leden over het onderhandelingsresultaat.
- Benadrukken van continuïteit in cao en avv in verband met juiste toepassing WAGA bij detachering.
- Werving nieuwe leden bij die groepen die ondervertegenwoordigd waren (7.000 leden Young&United).
- Na fusie focus op de sectoren en nadrukkelijke vraag aan leden en niet-leden over de inzet van de vakbond: bottom-up- in plaats van top-down-benadering.

De aanval op cao en avv is echter niet goed te stuiten met behulp van deze argumenten die vaak gezamenlijk door werkgevers en werknemers worden ingebracht. De arbeidsverhoudingen vormen uiteraard ook onderwerp van politiek debat en het lijkt er niet op dat met het goed uitleggen van het hoe en waarom van de arbeidsrechtelijke instrumenten dit kan worden beïnvloed.

Bijdrage Joris Backer[16]

In de vorige kamerperiode was ik betrokken bij de wetgevende arbeid die impact had (en heeft) op het arbeidsrecht. We spraken al over de Wwz, die daarvan het meeste opvalt, en waarover veel valt te zeggen. We zullen de evaluatie door minister Asscher afwachten, maar als de voortekenen niet bedriegen zijn de effecten wat sommigen vooraf al vreesden.

Maar er is een bredere ontwikkeling: de grote aanpassingsopgavenvan de arbeidsmarkt. Natuurlijk zal de wetgever via de wetgeving van het arbeidsrecht een rol blijven spelen, maar allen hier aanwezig in hun verschillende rollen en verantwoordelijkheden kunnen misschien nog wel meer impact daarop hebben. De wijziging van het FTK, het Witteveenkader, de discussie over de pensioenplicht in de 2e pijler, de discussie over de houdbaarheid van de sociale fondsen, het te grote fiscale verschil tussen de werknemerskosten en verdiensten en de zzp'er, de EU-harmonisatiedruk: het gaat in de komende tijd allemaal aan bod komen in "de polder". Die polder ziet er anders uit, er is een andere landschapsarchitectuur nodig; dat kwam ook vandaag al eerder aan de orde, en het is complexer geworden. Zoals de politiek versplintert, is dat ook bij de sociale partners het geval. Sta open voor andere deelnemers, zoals de zzp'ers en niet-traditionele opvattingen, is mijn aanbeveling. De opgave kan niet binnen de bestaande lijnen opgelost worden. Het speelveld en de uitdagingen veranderen ook heel snel: zie de discussie over de pensioenen en het algemene pensioenfonds dat er is gekomen. Denk ook aan mogelijk onconventionele verbindingen: zou een vast dienstverband een degressief tarief voor werknemers en werkgevers in de fiscaliteit kunnen krijgen ter stimulering, bijvoorbeeld. Ik heb het niet onderzocht, maar verkleining van de zogenaamde wig is al lang een discussiepunt. Scholing en werk kwamen vandaag al aan de orde, dat functioneert niet goed terwijl een leven lang leren noodzaak is. In de Eerste Kamer vond in maart 2016 een debat plaats over de afschaffing van de VAR-verklaring, waaraan mijn collega Rinnooy Kan een bijdrage levert. In zekere zin is er sprake van een gemankeerd debat, omdat het niet gaat over de werkelijke problematiek: vormgeving van de passende arrangementen in arbeidsrechtelijke, fiscale en organisatorische zin van de arbeidsmarkt van nu en die toekomstbestendig is. Het zou een winstpunt zijn als er ook vanuit de praktijk van het arbeidsrecht ideeën worden ontwikkeld en aangedragen om op een creatieve wijze een professionele

16 Joris Backer is lid Eerste Kamer D66.

bijdrage te leveren aan deze veranderingsopgave, die ook u aangaat, zowel professioneel als persoonlijk. Ik sta open voor uw bijdrage en deelname en ook andersom.

Verslag van de plenaire discussie
Door het voortgaan van de tijd was de ruimte voor de plenaire slotdiscussie beperkt. De discussie richt zich eerst op het poldermodel. Opgemerkt wordt dat de polder niet meer is, wat hij was. Maar dat dit niet wil niet zeggen dat de polder niet anders kan worden georganiseerd en dat iedereen in die polder een belangrijke rol kan blijven spelen. Maar men zal zich in ieder geval moeten realiseren dat er ook veel nieuwe spelers zijn bijgekomen.

De vraag rijst, naar aanleiding van de bijdrage van Maarten Keune, of het gebrek aan vertrouwen in de participatie van de verschillende actoren thans zo'n grote vorm begint aan te nemen dat het model onbestuurbaar dreigt te worden, althans onbestuurbaarder dan het in het verleden was.

De vraag is of de stand van zaken wel zo somber moet worden geschetst; is het wel zoveel anders dan twintig jaar geleden? De wetgever treedt op als er een crisis dreigt, als de sociale partners het niet voldoende zelf regelen. Dan moet de wetgever ook ingrijpen en doet de wetgever het ook. De mentaliteit is nog steeds dat we eerst proberen het middels overleg te regelen en pas als dat niet lukt, de politiek het "doordrukt".

In het laatste deel van de discussie wordt teruggekoppeld naar het thema. Moeten hier op regelgevend terrein initiatieven worden genomen of laten we het over aan het spel der krachten? Welke rol is er eigenlijk nog voor de centrale regelgever? Of is er geen centrale regelgever meer en splitsen we het op in onderdelen die het zelf maar moeten zien te regelen met een "sausje" van de overheid? De vraag zou wel eens veeleer kunnen zijn of het in de eerste plaats niet zozeer gaat om het opstellen van nieuwe regels maar om een betere handhaving van regels. Er wordt dan ook wel gepleit voor een betere handhaving van de regels die er zijn en op dat punt zou een betere taakverdeling moeten komen.

HOOFDSTUK 9

DE INVLOED VAN DE ONTWIKKELINGEN OP DE ARBEIDSMARKT VOOR HET ARBEIDSRECHT[1]

9.1 Inleiding

In 1996 was de toegenomen (behoefte aan) flexibilisering op de arbeidsmarkt al een belangrijk issue. Maar deze flexibilisering en de gedachtevorming hieromtrent stond ook nog in de kinderschoenen. 1996 was ook het jaar waarin voor het eerst serieus werk werd gemaakt van het toedelen van verantwoordelijkheid aan werkgevers en werknemers voor re-integratie bij ziekte. De loonplicht bij ziekte, van dan nog één jaar, deed zijn intrede, gevolgd door een wet die wel bekend staat als "Poortwachter". Voor de relatie tussen het één en het ander – verzwaring van het vaste contract werkt meer flexibilisering in de hand – leek aanvankelijk weinig oog te bestaan. Tegelijk deed het verschijnsel zelfstandige zonder personeel zijn intrede. Geholpen door een vriendelijk fiscaal klimaat en de bevrijding van het juk van de werknemersverzekeringen verruilden veel werknemers, al dan niet vrijwillig, het juridische construct van de arbeidsovereenkomst voor het vrije ondernemerschap.

Anno 2016 is de flexibele schil naar rond de 30% gegroeid. Midden-functies staan onder druk, organisaties worden platter. De toename van zzp'ers die veel in netwerkverband opereren heeft zijn invloed op de wijze waarop arbeid wordt georganiseerd.

Deze ontwikkeling lijkt niet te stuiten en roept de vraag op of het arbeidsrecht anno 2016 wel voldoende is toegerust om de serieuze maatschappelijke vragen die deze met zich brengt het hoofd te bieden. Of zitten we in

1 Verslag van de gespreksbijeenkomst II door Emma van der Vos en Lisanne Wierckx. Deelnemers: Frank Alfrink (Zzp Nederland), Lien Cornelissen (Min SZW), Gerrard Boot (Hof Amsterdam) gespreksleider, Koen Caminada (RUL), Charlotte Dingemans (advocaat), Margreet Drijvers (PZO), Anja Eleveld (VU), Beryl ter Haar (UvA), Peter Hoogstraten (specialist loonheffingen), Sjef de Laat (Rechtbank Utrecht), Erik Pentenga (FNV Flex), Saskia Peters (RUG), Pierre Spanninks (ZZP-expert), Monica Wirtz (AWVN), Mies Westerveld (UvA) gespreksleider, Diana de Wolff (advocaat).

een tussenfase waarbij het arbeids- en socialezekerheidsrecht verder zal moeten evolueren om de ontwikkelingen adequaat te kanaliseren?

9.2 Deelonderwerpen

Het thema is opgesplitst in drie deelonderwerpen. Deze worden in de volgende paragrafen behandeld aan de hand van het verslag van de bijdragen van de op de thema's uitgenodigde sprekers en de discussie die hun bijdragen hebben opgeroepen.

9.2.1 Duurzaamheid van sturingsmaatregelen versus hun beperkte houdbaarheid

Het eerste onderdeel staat in het teken van het (on)vermogen van de wetgever om maatschappelijke ontwikkelingen te kanaliseren. Als cases voor de vraag wat nu, terugkijkend, verstandige maatregelen zijn geweest, is ingegaan op twee centrale regelingen op het domein vaste versus flexibele arbeid. De eerste betreft de loonplicht bij ziekte inclusief de versterking van de regels tot re-integratie. De tweede case ziet op de toekenning van de zogeheten VAR-voordelen voor zelfstandigen, een ontwikkeling die een voorlopige apotheose zal krijgen met de inwerkingtreding en de daarop volgende implementatie van de Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties. Waren dit destijds verstandige maatregelen? Hebben ze gebracht wat er bij aanvang van verwacht werd? Of moeten we vaststellen dat er sprake is geweest van historische vergissingen?

Bijdrage Diana de Wolff
Halverwege de jaren negentig is de wetgever met een uitgebreid programma gekomen om ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid terug te dringen, maar ook om de re-integratie van arbeidsongeschikten te bevorderen. Je zou kunnen zeggen dat het startpunt van de ontwikkeling lag bij de enquêtecommissie Buurmeijer, tussen september 1992 en september 1993. Uitkomst van die enquête was dat er te veel mensen in de WAO waren "gedumpt". De Wolff heeft zich toen erg verbaasd over de toonhoogte waarmee dat gepaard ging. Er moest zowel aan de uitkeringskant, als aan de polis-voorkant het een en ander versoberd worden. Een voorbeeld hiervan is de versobering van de WAO (TBA). Wat volgens De Wolff uiteindelijk een succesvolle maatregel is geweest is de Wet Verbetering Poortwachter uit 2002. Bij deze wet werd sterk de nadruk gelegd op het

samen ontwikkelen van een plan van aanpak om te komen tot re-integratie en aanpassingen, zodat arbeidsongeschikte werknemers zo lang mogelijk aan het werk konden blijven. Toentertijd was zij kritisch over deze wet, dat is zij nog steeds wel. Maar uit evaluatieonderzoeken een aantal jaren daarna, in 2006, blijkt dat de maatregelen behoorlijk succesvol zijn geweest voor wat betreft het herplaatsen van arbeidsongeschikte werknemers binnen het eigen bedrijf. Wat we daarna hebben gezien is dat de wetgever de zaak niet met rust weet te laten: er komen allerlei maatregelen achteraan. Een voorbeeld is de wet Bezeva over het ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid van "vangnetters", dat zijn werknemers die in hun eerste twee ziektejaren uit dienst gaan, in de Ziektewet belanden en eventueel ook in de WIA. Voor deze groep krijgt de ex-werkgever de uitkeringslasten voor zijn kiezen en wel voor maximaal twaalf jaar. Die regeling wordt niet begrepen door ex-werkgevers en -werknemers. Wat ook niet begrepen wordt door werkgevers, en misschien ook wel niet door werknemers, is dat een werkgever de transitievergoeding moet betalen, ook bij werknemers die volledig en duurzaam arbeidsongeschikt (IVA) zijn. Wat ook niet begrepen wordt door werkgevers is dat ze geen afscheid meer mogen nemen van zieke werknemers wegens bedrijfseconomische redenen. Tot 2015 was het bij de meeste kantonrechters mogelijk om een arbeidsovereenkomst te ontbinden binnen de eerste twee ziektejaren als er sprake was van bedrijfseconomische redenen.

Waarom is het ene nou een succes en het andere niet? De Wolff is van mening dat toen de Wet Verbetering Poortwachter kwam (2002), de zon – toen en in de jaren daarna – hoog aan de hemel stond, het ging economisch gezien goed. Er was sprake van arbeidskrapte en grote bedrijven konden werknemers in dienst houden, in een andere functie. Er waren veel mogelijkheden om zieke werknemers in dienst te houden en een andere rol te geven.

Sinds 2007 is de economische situatie verslechterd. Bovendien kon de wetgever in 2002 aansluiten bij een ontwikkeling die al vanaf medio jaren tachtig gaande was. Er lag rechtspraak van de Hoge Raad, inhoudend dat als een arbeidsongeschikte werknemer aanbiedt iets anders te doen of minder uren te werken, of stelt een aanpassing nodig te hebben van de arbeidsplaats, dat je daar als werkgever in beginsel ja op hebt te zeggen, tenzij dat in redelijkheid niet kan worden gevergd. Dat was een ontwikkeling in het denken over goed werkgeverschap waarop de Wet Verbetering Poortwachter kon aansluiten. Ook in cao's zag je akkoorden over herplaatsing. Dat

was een beweging, die kwam op een economisch goed moment en ook in cultureel en sociaal opzicht op een goed moment. Er kwam aandacht voor competentiemanagement. Competentieontwikkeling werd belangrijk. Je voerde als werkgever niet alleen beleid om werknemers flexibel in te zetten, maar werknemers moesten er zelf ook iets aan hebben. In dat verband past ook het Van der Lely/Taxi Hofman-arrest: "Je zult flexibel zijn als werknemer". De Wet Verbetering Poortwachter klopte dus met de tijdsgeest.

Wat niet begrepen is, is de verplichting van werkgevers om arbeidsvoorzieningenorganisatie te spelen. Om werknemers eventueel naar andere bedrijven te begeleiden. Dat gaat vaak mis, het wordt niet goed opgepakt door werkgevers en zij zijn er ook niet voor toegerust. Werkgevers zijn nou eenmaal geen arbeidsvoorzieningenorganisatie. Die verplichting kwam eigenlijk ook ineens *out of the blue* in de wet te staan. Met bovendien een heel zwaar sanctiesysteem, dat weinig tot geen draagvlak heeft gekregen. Grote bedrijven konden voor deze verplichtingen wel expertise organiseren, voor kleine bedrijven is dat niet te doen. Plat gezegd, baalden die kleine bedrijven van die "tweede spoorverplichtingen". Die strubbelingen (onbegrip en onkunde) heeft de Wet Poortwachter minder goed houdbaar gemaakt, zeker toen de poortwachterverplichtingen naderhand twee jaar gingen duren. Vandaar ook, sinds het weer wat minder goed gaat (een jaar of zes à zeven), die vlucht naar uitzendconstructies, payrolling, contracting en andere constructies. Werkgevers willen aan die vervelende, niet begrepen verplichtingen bij de tweede spoor-re-integratie ontsnappen.

De Wolff denkt dat de groei van het aantal zzp'ers, voor een deel en niet alleen, voortkomt uit de zware verplichtingen die werkgevers opgelegd hebben gekregen bij ziekte en re-integratie. Om een voorbeeld te noemen: zij is zelf met een verbouwing bezig thuis, het is altijd leuk om dan te vragen aan die mensen die werkzaam zijn in je huis: "Waarom ben je zzp'er? Jullie hebben zoveel werk, waarom neem je niet iemand aan die je de eenvoudigere klussen kan laten doen?" Nooit zeggen ze: "Het ontslagrecht is zo star". Daar hebben ze geen last van. Ze zeggen: "Ze zullen maar ziek worden!". Dat is de grote angst voor heel veel kleine werkgevers. Het is voor hen dan niet te overzien wat voor verplichtingen zij dan allemaal hebben.

Bijdrage Peter Hoogstraten
Hoogstraten denkt ook zeker dat daar een deel van het probleem zit. Eerst even terug naar het verleden, voor het fiscale aspect. In 1975 is de zelfstandigenaftrek geïntroduceerd als een tijdelijke maatregel om zelfstandig

ondernemerschap te stimuleren. Lange tijd is dat een defensieve maatregel geweest. Voor deze aftrek moet de ondernemer minimaal 1.225 uur per jaar werken voor zijn onderneming (het urencriterium). Het tweede punt in de tijdlijn is 2001. Er kwamen belastinghervormingen. Daarmee ontstond een *race to the bottom* in de tarieven voor de vennootschapsbelasting. Omdat daardoor ook de gecombineerde belastingdruk voor de directeur-grootaandeelhouder (DGA) zakte, vond de wetgever dat er voor de IB-ondernemer ook wat gedaan moest worden. Dat heeft vanaf 2007, toen de vennootschapsbelastingtarieven wederom daalden, geleid tot de MKB-winstvrijstelling. Het percentage daarvan bedroeg toen 10% en is inmiddels opgelopen tot 14%, dus naarmate de winst stijgend blijft, blijft het percentage hetzelfde, maar het bedrag wordt hoger. De MKB-winstvrijstelling komt dus bovenop de zelfstandigenaftrek. Tot 2010 was het urencriterium ook voorwaarde voor de MKB-winstvrijstelling, maar die voorwaarde is vanaf 2010 vervallen.

Even het toptarief in inkomstenbelasting, 52%: voor de MKB zakte dat tot een krappe 45%, maar dat gaat pas in vanaf 2016, als je een inkomen hebt van boven de € 66.500 (belastbaar inkomen). Heel veel ondernemers komen daar niet aan, 40% van de zzp'ers, zit zelfs onder de € 25.000. Maar dan is dus het marginale belastingtarief 35% totdat je in die hoogste schijf valt. De regering heeft wel eens gepoogd om wat aan die zelfstandigheidsaftrek te doen en daar lagen verschillende rapporten aan ten grondslag. Het maakte zelfs deel uit van het regeerakkoord van het kabinet Rutte II, maar datzelfde kabinet heeft (om electorale redenen) besloten dat plan terug te trekken en de zelfstandigenaftrek te laten voor wat het is (een vaste aftrekpost van € 7.280).

Een hele andere fiscale *incentive* uit 2001 is de Verklaring Arbeidsrelatie (VAR). Tot die tijd moesten werkgevers of ondernemers zelf bepalen of iemand wel of niet in dienstbetrekking was. Vanuit het fiscale recht, het socialezekerheidsrecht en het arbeidsrecht bezien kwam dat nog wel eens tot een verschillende uitkomst. Sinds 2011, het arrest Gouden Kooi, weten we nu echt wel dat "in dienstbetrekking" hetzelfde begrip is voor deze drie vakgebieden. We moeten dat op dezelfde manier uitleggen in de verschillende rechtsgebieden. Maar toen is die VAR gekomen, in eerste instantie gaf die een beperkte zekerheid aan ondernemers over hun fiscale status. De vrijwaring voor opdrachtgevers is uitgebreid vanaf 2005, en die vrijwaring is vrijwel 100% omdat op het moment dat zo'n zelfstandige een

VAR-WUO (winst uit onderneming) of een VAR-DGA (directeur-grootaandeelhouder) als kenmerk heeft, hij gevrijwaard is van de inhoudingen van de loonheffingen, ook als achteraf blijkt dat die opdrachtnemer toch materieel gezien in dienstbetrekking werkzaam is. De enige uitzondering is als die opdrachtgever frauduleus handelde, als hij onder één hoedje speelde met de opdrachtnemer, om welbewust een onjuiste VAR aan te vragen. Dan kan de toezichthoudende instantie (de Belastingdienst of het UWV), ingrijpen. Tegelijkertijd heeft die VAR als (neven)effect dat de opdrachtnemer zichzelf eigenlijk een opting-out geeft voor de werknemersverzekeringen. Hij hoeft dan later ook niet meer aan te komen bij het UWV, voor wat voor uitkering dan ook.

Reactie Gerrard Boot[2]

Mijns inziens belangrijk voor het begrip VAR-WUO: de VAR-WUO koppelt het ondernemerschap aan de sociale verzekeringsverplichting. Terwijl de nieuwe wet, Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties, het ondernemerschap ontkoppelt van de sociale verzekeringsverplichting. Zo'n VAR-WUO is makkelijk te verkrijgen – en eenmaal verkregen, wordt hij amper gecontroleerd. Daarmee is het een soort opt-out-systeem geworden. Dat gaat nu om zo'n 10% die "out-geopt" is. Volgens het IBO loopt deze groep geen andere risico's dan de achterblijvers. Het is dus niet zo dat de goede risico's uitstappen, maar een opt-out van 10% vermindert het draagvlak, zeker als die tendens door zal gaan. Dat ondernemerschap geeft de mogelijkheid voor die fiscale aftrek. Henk Wesseloo heeft in een e-mail tijdens de voorbereiding op deze bijeenkomst gezegd, dat hij de discussie over de fiscale aftrek van het afschaffen van die fiscale faciliteiten voor zzp'ers een onzin-discussie vindt, een hype. Dat ben ik niet met hem eens. Wat wel waar is, en Wesseloo zegt dat ook, is dat maar ongeveer 60% van de zzp'ers gebruikmaakt van die aftrekmogelijkheden. Ik herinner mij uit het SER-rapport vooral, dat het de laagst-verdieners zijn die dat niet doen. Uit dit zeer interessante IBO-rapport zijn twee tabellen relevant:[3]

2 Gerrard Boot trad op als referent in de plaats van Henk Wesselo (FNV Zelfstandigen) die zich wegens ziekte heeft afgemeld.

3 IBO Zelfstandigen zonder personeel, Inlichtingen Ministerie van Financiën, Inspectie der Rijksfinanciën/Bureau Strategische Analyse, p. 124 en 128. www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/10/02/eindrapport-ibo-zelfstandigen-zonder-personeel

3a Vergelijking bruto-nettotraject werknemer/IB-ondernemer/dga bij gelijke totale bruto kosten zonder reserveringen voor werkloosheid, ziekte, arbeidsongeschiktheid en aanvullend pensioen.

Variant: Wml

	Werknemer (loon)	IB-ondernemer (winst)	Dga (gebruikelijk loon/winst)
Arbeidskosten	24.394		24.394
Winst		24.394	0
Totale bruto arbeidskosten/winst	**24.394**	**24.394**	**24.394**
Totaal werkgeverslasten (premies)	*4.872*		
wv pensioen / VUT	840		
wv zorgverzekering (IAB Zvw)	1.332		
wv werkloosheid (WW)	907		
wv arbeidsongeschiktheid (WIA)	1.227		
wv reservering/verzekering loondoorbetaling bij ziekte	566		
Bruto inkomen box 1	**19.522**	**24.394**	**24.394**
Premielasten werknemer / ondernemer	*351*	*0*	*0*
wv pensioen / VUT	351	0	0
wv arbeidsongeschiktheidsverzekering		0	0
Aftrekposten IB-ondernemer		*9.676*	
wv zelfstandigenaftrek		7.280	
wv mkb-winstvrijstelling		2.396	
Belastbaar inkomen (box 1)	**19.171**	**14.718**	**24.394**
Inkomstenbelasting en vv-premies	*2.632*	*949*	*4.838*
wv bruto heffing belasting en vv-premies	6.997	5.372	9.155
wv algemene heffingskorting	-2.203	-2.203	-2.097
wv arbeidskorting	-2.163	-2.220	-2.220
Overige belastingen en toeslagen	*-942*	*-228*	*902*
wv zorgverzekering (IAB Zvw)		714	1.183
wv zorgtoeslag	-942	-942	-281
wv vennootschapsbelasting			0
wv aanmerkelijk belang-heffing (box 2)			0
Netto beschikbaar inkomen	**17.481**	**23.673**	**18.654**
netto reservering ivm werkloosheid en eerste twee ziektejaren		0	0
Netto inkomen (na reserveringen)	**17.481**	**23.673**	**18.654**

Tabel 1 Vergelijking bij gelijke totale brutokosten

4b Vergelijking bruto-nettotraject werknemer/IB-ondernemer/dga bij gelijk netto inkomen zonder reserveringen voor werkloosheid, ziekte, arbeidsongeschiktheid en aanvullend pensioen.

Variant: Modaal

	Werknemer (loon)	IB-ondernemer (winst)	Dga (gebruikelijk loon/winst)
Arbeidskosten	46.017		37.370
Winst		26.404	0
Totale bruto arbeidskosten/winst	**46.017**	**26.404**	**37.370**
Totaal werkgeverslasten (premies)	*10.517*		
wv pensioen / VUT	3.320		
wv zorgverzekering (IAB Zvw)	2.371		
wv werkloosheid (WW)	1.614		
wv arbeidsongeschiktheid (WIA)	2.183		
wv reservering/verzekering loondoorbetaling bij ziekte	1.030		
Bruto inkomen box 1	**35.500**	**26.404**	**37.370**
Premielasten werknemer / ondernemer	*1.385*	*0*	*0*
wv pensioen / VUT	1.385	0	0
wv arbeidsongeschiktheidsverzekering		0	0
Aftrekposten IB-ondernemer		*9.957*	
wv zelfstandigenaftrek		7.280	
wv mkb-winstvrijstelling		2.677	
Belastbaar inkomen (box 1)	**34.115**	**16.447**	**37.370**
Inkomstenbelasting en vv-premies	*9.147*	*1.580*	*10.589*
wv bruto heffing belasting en vv-premies	13.238	6.003	14.605
wv algemene heffingskorting	-1.871	-2.203	-1.796
wv arbeidskorting	-2.220	-2.220	-2.220
Overige belastingen en toeslagen	*0*	*-144*	*1.812*
wv zorgverzekering (IAB Zvw)		798	1.812
wv zorgtoeslag	0	-942	0
wv vennootschapsbelasting			0
wv aanmerkelijk belang-heffing (box 2)			0
Netto beschikbaar inkomen	**24.968**	**24.968**	**24.968**
netto reservering ivm werkloosheid en eerste twee ziektejaren		0	0
Netto inkomen (na reserveringen)	**24.968**	**24.968**	**24.968**

Tabel 2. Vergelijking bij gelijk netto-inkomen zonder reserveringen

Op p. 128 wordt geschetst wat ervoor nodig is voor een werkgever en voor een opdrachtgever om degene die je laat werken een netto-inkomen te laten ontvangen van € 25.000. Om een werknemer op jaarbasis een nettosalaris te laten ontvangen van € 25.000 moet een werkgever € 46.000 kosten maken, terwijl een opdrachtgever voor een zzp'er slechts € 26.500 kosten hoeft te maken. Die werkgever en opdrachtgever kunnen allebei tegen hun werker zeggen: "Jij ontvangt € 25.000 netto", terwijl dat voor de werkgever dus bijna twee keer zo duur is. Er helpt geen moedertje lief aan om dat op te heffen.

Als we nu eens kijken op p. 124 van dat rapport. Stel een bedrijf heeft € 24.000 aan loonkosten in de pocket; als het bedrijf daarvoor een werknemer aanstelt, dan houdt die werknemer € 17.000 netto over en die freelancer gewoon diezelfde € 24.000. Dus netto is het verschil € 7.000 per jaar.

Als je zzp'ers vraagt – zo blijkt uit onderzoek (uit 2015) – of ze liever werknemer willen zijn, antwoordt 12% bevestigend. Veel mensen proberen er toch het beste van te maken, leren leven met de omstandigheden. Als je hen dan zegt: "ja maar dan ga je € 4.000 minder verdienen", dan wil 26% al switchen. En wat als je het volledige fiscale voordeel zou afschaffen? Dan wil 46% switchen. Reactie uit de zaal: "*maar* 46%?!".

Boot: In de discussie over die enorme heterogene groep zzp'ers, gelooft hij dat het absoluut zo is dat veel zzp'ers, tienduizenden misschien wel honderdduizenden, heel tevreden zijn met hun vrijheid. Die willen dat graag, dat is dan blijkbaar die 54%, die de vrijheid die bij het zzp-zijn hoort heel belangrijk vinden. Maar er is ook een grote groep die zegt: "Als je dat fiscale voordeel afschaft, dan liever die zekerheid."

Dit verschil is mede een uitvloeisel van die VAR-WUO, die een koppeling aanbrengt tussen ondernemerschap en niet-verzekerd zijn voor de werknemersverzekeringen. Want het verschil in de netto-uitkomst, dat is niet alleen het fiscale voordeel, het zit ook voor ongeveer 20% in de fiscale premies. Dit systeem is het uitvloeisel van de toenmalige wens van bedrijven om die zekerheid te krijgen. Dat brengt die eeuwige spanning tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Als je een eerlijker stelsel wilt, wat de Wet DBA feitelijk is, gaat dat ten koste van de zekerheid. Immers, er zal dan getoetst gaan worden wat de werkelijke situatie is. Maar, nu sluit ik

aan bij Diana de Wolff, het systeem VAR-WUO was het gevolg van de bedrijvenlobby, die wilde die zekerheid. De Wet deregulering is het plan van de Sociale Partners, dus dat plan en die wet zou een breed draagvlak moeten hebben. Om af te ronden: is de VAR-WUO een succes? Nee.

Verslag van de plenaire discussie
Caminada: Ik ben het eens met bijna alles wat er is gezegd, maar op één onderdeel niet. Dat gaat vooral over het feit om de Directeur Groot Aandeelhouder uit de wind te houden. Daar speelt inderdaad het marginale tarief een rol, vandaar die 14% MKB-vrijstelling. Toen lag aan die wet ten grondslag dat de MKB-vrijstelling in de plaats zou komen van de zelfstandigenaftrek, dat marginale-tarief-probleem was je dan ook kwijt. Dat is wel een belangrijke toevoeging want toen is niet zo goed opgelet bij de beleidsvoorbereiding. Ze hebben ervoor gezorgd dat de ene faciliteit bleef bestaan, maar de andere ernaast kwam in plaats van dat die werd afgeschaft. Bij elkaar is dat een enorm budgettair effect geworden, veel van die zelfstandigen benutten inderdaad die fiscale aftrek niet of niet volledig, simpelweg omdat zij dat niet hoeven omdat je over ongeveer de eerste € 23.000 belastbaar inkomen als zelfstandige geen inkomensheffing hoeft af te dragen. Dan is het dus helemaal niet nodig om die aftrek toe te passen.

De Laat: Herkent het gevoel, vooral bij de doorbetaling van ziekte. Ondernemers hebben moeite met twee jaar loondoorbetaling. Maar hij vraagt zich wel af, hoe vaak het nou echt voorkomt, dat ondernemers twee jaar lang doorbetalen. Hij heeft nog steeds het gevoel dat de meeste werknemers binnen zes weken weer arbeidsgeschikt zijn. Zijn vraag is dan ook of het zin heeft om een duurzame oplossing te zoeken?

De Wolff: Het gaat niet zozeer om de korte zieke, maar om het tweede spoor, de verplichting om werknemers te re-integreren bij andere bedrijven. In alle landen is re-integratie een publieke taak. Alleen in Nederland is die re-integratieverplichting dat niet. Nederland is doorgeschoten in het geloof in financiële prikkels. Concluderend: het tweede spoor is gewoon niet goed van de grond gekomen. En juist daar zit veel chagrijn, want dat is precies waar het UWV die loonsanctie van 52 weken loondoorbetaling legt. De werkgevers die onvoldoende hebben gedaan aan die re-integratie. Als je puur naar de markt kijkt, zijn er weinig succesverhalen.

Peters: Als je kijkt naar hoe het allemaal is begonnen met de privatisering van de Ziektewet: de constatering in de jaren negentig "Nederland is ziek". Er zaten toen bijna 900.000 werknemers ziek aan de kant. Daar moest iets aan veranderen. De idee was dat als je financiële prikkels bij de werkgevers neerlegt, het allemaal wel goed zou komen. Voor de overheid is het nu goedkoper geworden, door het op de werkgevers te schuiven. Maar het probleem van de zieke werknemers is niet opgelost. Wat is er nou eigenlijk van geworden als je kijkt naar het grote plaatje? Nog steeds zijn veel werknemers ziek, misschien iets minder dan 800.000, zie de door het FD geanalyseerde cijfers van het CBS.[4] Zojuist is uit een onderzoek gebleken:[5] 45% van de werkgevers twijfelt over het aangaan van een vast contract. Niet vanwege het ontslagrecht, wat weliswaar nu lastiger is geworden, maar puur vanwege de arbeidsongeschiktheidsrisico's. Loondoorbetaling kan je nog verzekeren, andere risico's niet.

De Wolff: Werkgevers zijn bang dat ze het niet goed doen. Als dingen voorspelbaar zijn, dan vinden werkgevers het geen probleem. Twee jaar loondoorbetaling is voorzienbaar, dat kan je verzekeren.

Peters: Precies, dat kan je incalculeren, dat kan je verzekeren. Net zoals je je uiteindelijk voor de transitievergoeding kunt verzekeren of daarvoor kunt sparen. De fiscale kant wordt in deze discussie wel erg naar voren gehaald. Aan de ene kant zien we dat werkgevers het lastig vinden om werknemers vast in dienst te nemen en dus nu in plaats van na drie jaar, al na twee jaar afscheid nemen van hun werknemers. We zien dus dat werkgevers ofwel in tijdelijkheid blijven zitten, ofwel helemaal het werkgeverschap niet meer aangaan, en vluchten in payrolling, contracting, uitzendconstructies en zzp'ers. De wetgever (Wwz) heeft dat kennelijk niet begrepen. Hij probeert wel de malafide praktijken aan te pakken, maar niet de vaak ongewenste constructies om het arbeidsrecht te ontwijken, zoals de vervanging van werknemers door zzp'ers. Daarom verwonder ik me tegelijkertijd erg over het feit dat we zzp'er-schap over-faciliteren. Als we naar het grote plaatje kijken kunnen we constateren dat heel veel zzp'ers, uit vrije wil voor het zzp'er-schap gekozen hebben. Het aantal zzp'

4 FD 17 oktober 2015: 820.000 mensen met een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

5 G. Brummelkamp, L.de Ruig en W.L. Roozendaal, *Prikkels en knelpunten. Hoe werkgevers de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte beleven*, Zoetermeer: Panteia 2014, p. 44-49 (hierna: Panteia-onderzoek 2014).

ers blijft ook groeien – tegelijkertijd vallen zij eigenlijk helemaal buiten het socialezekerheidsrecht. En dan is er natuurlijk ook de groep die min of meer gedwongen zzp'er wordt. Maar we blijven krampachtig vasthouden aan die twee jaar loondoorbetaling en de Wet Verbetering Poortwachter, wat allemaal enorm op de arbeidsovereenkomst drukt. Moet al die bescherming nog wel in de arbeidsovereenkomst?

Boot: Het is wel waar dat er in de WGA veel mensen terecht zijn gekomen, maar dat zijn ook relatief kleine uitkeringen. Waar het bedrijfsleven destijds mee te maken had halverwege de jaren negentig was ruim 7% ziekteverzuim. 7% van je loonsom maak je dus niet effectief, en dat is nu ergens onderin de 4%. En dat scheelt bedrijven wel veel. Vandaar ook dat ik wil zeggen: je kunt het wel weer terugdraaien. Maar óf je laat die werknemers zitten, je pakt hun inkomen af, wat in deze tijden maatschappelijk onaanvaardbaar is, óf je moet het publiek verzekeren. Nou dan moet het UWV vanaf zes tot acht weken weer gaan re-integreren. Dat kunnen ze helemaal niet aan. Het UWV doet dat veel slechter dan dat bedrijven dat kunnen. Kortom, per saldo zullen de kosten toenemen als de bedrijven van die hoge premies moeten betalen.

Peters: Wat jij zegt klopt ten dele. Deels heeft die prikkel natuurlijk geholpen. Je ziet tegelijkertijd ook dat juist door die hoge kosten die in de arbeidsovereenkomst zijn gedrukt, werkgevers het niet meer aandurven. De gemiddelde werkgever is nou eenmaal een MKB'er.

Westerveld: Ik denk dat werkgevers niet zoveel problemen hebben met die loonverplichting bij ziekte, omdat je dat kunt verzekeren. Dat zie je ook in de tijd dat de Ziektewet geprivatiseerd was. Op het moment dat je maatregelen treft, en dat werkgevers denken nou ik verzeker het, dan kun je dus ook zeggen, dat was niet de bedoeling. Je wilt juist dat werkgevers hoofdpijn krijgen van het feit dat hun werknemers ziek zijn.

Drijvers: Voor grote ondernemingen is het makkelijk op te vangen – maar niet voor de bakker op de hoek. Zo ook de transitievergoeding, je zegt heel makkelijk, daar kunnen werkgevers voor sparen maar kleine bedrijven kunnen dat helemaal niet: het is geen hoofdpijn maar zware migraine! Sowieso al die regelingen, al die specialismes zouden niet bij de werkgever moeten liggen. Zo wordt ook de relatie werkgever-werknemer heel erg op

scherp gezet, werkgevers willen dan van zieke werknemers af. Werkgevers denken dan ja – welke risico's loop ik dan?

Pentenga: Zo is de cirkel wel rond, hè. Als een onderneming niet de daadwerkelijke kosten maakt en deze niet kan doorberekenen in de prijs, dan is het gewoon geen onderneming. Destijds was er een soort overeenstemming, dat een aantal van die ziekterisico's vrij gemakkelijk door werkgevers en werknemers collectief werden afgewenteld (dat leidde tot de instelling van de parlementaire enquêtecommissie Buurmeijer). De andere discussie die daar steeds tegenover stond was dat werkgevers zo veel mogelijk belastingvoordeel wilden en zo weinig mogelijk collectieve premies. Als je nou geen van beide wilt, dan komt het dus uiteindelijk bij de werknemers vandaan. En dat is een verdienmodel geworden, om uit de arbeidsvoorwaarden van de werknemers het een en ander weg te halen. Het is altijd één partij die dat steeds bepaalt. De positie van de werknemer is per definitie zwakker. Die onderhandelingspositie van de werknemer moet sterker zijn. De wetgever zou eventueel een soort hulpmiddel kunnen bieden. Wet Verbetering Poortwachter heeft om die reden wel deels gewerkt, het is wel misgegaan bij re-integratie. Zeker als het gaat om het tweede spoor. Overigens zijn er wel leuke initiatieven van werkgevers geweest, in de kop van Noord-Holland, waar ondernemers heel goed met elkaar afspraken hoe te herplaatsen. Dit hebben zij ook wel proberen door te geven aan de rest van Nederland. Het is een soort tendens, een aantal wil een succes maken van die re-integratieverplichtingen en een aantal ook helemaal niet. Dus je komt nooit van het probleem af.

De Wolff: Ik meen echt dat arbeidsvoorziening een publieke taak zou moeten zijn. Nu hoor je Lodewijk Asscher ook weer duidelijk zeggen: scholing! We krijgen robotisering. Iedereen moet geschoold worden om slimmer te blijven dan robots, dat moet ook allemaal in die arbeidsovereenkomst komen te staan. Als die robotisering daadwerkelijk op ons afkomt, moeten we dan niet eerst de fundamentele vraag stellen: is er niet ook een publieke taak weggelegd voor het bij de tijd houden van werkenden? Of het nu werknemers zijn of zzp'ers.

Caminada: Als de financiering niet in orde is, dan weet ik wat er over tien jaar gebeurt als gevolg van afwentelgedrag. We moeten het afwentelen op degene die, die scholing het best kan opvangen. Werkgevers en werknemers moeten er samen uit kunnen komen. Ik denk dat het destijds de reden

was om het zo te organiseren. De vraag is of het alternatief – de publieke dienst, het beter kan.

De Wolff: Ik ben het met je analyse wel eens, we moeten afwentelgedrag voorkomen – desalniettemin vind ik dat we enorm zijn doorgeschoten. Het is allemaal "en en en" geworden.

Peters: In feite wordt dat nu ook erkend, door Asscher.

Westerveld (in reactie op De Wolff): Ik vind dat je te veel dingen bij elkaar optelt. Als je het nu hebt over tien jaar dan heb je het ook over eigen risico dragers en er zijn ook werkgevers die zeggen ik ga het zelf doen want ik kan het beter.

Dingemans: Gaat het er niet om dat de ontwikkeling zo is, dat er aan beide kanten perverse prikkels zijn? Aan de ene kant door die arbeidsovereenkomst maar vol te hangen met verplichtingen. Waardoor de mensen die in het systeem zitten – die zitten in een soort goud omrand systeem, waar zij wel uit kunnen maar toch nog met heel veel voorzieningen. En terwijl er anderzijds prikkels zijn richting die zelfstandigheid, die super voordelig zijn omdat je je onttrekt aan solidariteit, fiscale prikkels, je legt allerlei risico's bij het individu. De gevolgen worden nu duidelijk, wat het eigenlijk betekent om helemaal onverzekerd te zijn: dan wentel je het namelijk eigenlijk af op het collectief. Straks krijg je allemaal arme ouderen. Mensen die niet van hun AOW kunnen rondkomen. Ik denk – althans ik zie de ontwikkeling – dat zzp'ers een soort collectiefje gaan vormen. Potjes creëren – broodfondsen. Wat je nu mist: een herbezinning. Wat willen we wél? Er zou eigenlijk een soort basisvorm moeten zijn – waarom is dat nog zo gekoppeld aan die contractvorm? Waarom kan je niet zeggen – de eerste twintig uur bijvoorbeeld betaal je iets aan verzekering. Dat kan gaan om scholing – loon -ziektedoorbetaling etc. We zitten zo vast in een oud denken waarin je van een traditionele werkgevers- en werknemersverhouding uitgaat.

Peters: Ja inderdaad, dat traditionele denken past helemaal niet meer in deze markt.

Pentenga: Ik vind dat wel erg makkelijke kritiek, eerlijk gezegd. Het is toch de politieke werkelijkheid waarmee we moeten dealen.

Westerveld: Ja, maar dat is juist het probleem! Vanuit het midden krijgen we niets voor elkaar. Misschien moeten we de vraag, "waarom lukt het nou niet?", overlaten aan een wijs mens die ons gaat vertellen hoe het zit. We parkeren dat even tot bij het derde onderwerp, als we naar de toekomst gaan kijken.

9.2.2 De relatie van het arbeidsrecht en collectief niet-beschermde groepen

In het tweede onderdeel wordt doorgegaan op de vraag of en hoe arbeidsrechtelijk kan of moet worden opgetreden tegen het verschijnsel dat een toenemende groep werkenden niet langer beschermd is tegen sociale risico's, zoals onderbetaling of inkomenswegval bij arbeidsongeschiktheid of pensioen. En wie dat zou kunnen regelen. Wat is hierbij de rol van sociale partners, wat zou deze kunnen of moeten zijn? Komt de overheid hier een rol toe? Waarom (niet)? Wat moet het arbeidsrecht aan met het feit dat een flink deel van deze sociaal niet-beschermde werkenden niets wil weten van overheidsbemoeienis? En op welk moment zit bescherming groei en innovatie in de weg?

Bijdrage Koen Caminada
Er is sprake van een grote groei van het aantal zzp'ers, ook wanneer je dit in internationaal perspectief beziet. De totstandkoming van het IBO-rapport dat met aanbevelingen over deze kwestie zou moeten komen is moeizaam verlopen; kennelijk ligt het thema politiek controversieel. Tegelijk begint de fiscale bevoordeling van (kleine) ondernemers in toenemende mate een budgettaire kwestie te worden. Bovendien veroorzaakt de wig (werkgeverslasten + loonheffing + premies SV) veel schade vooral aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Er ontstaat armoede aan deze onderkant en de solidariteit komt onder druk te staan. Ter illustratie presenteert Caminada de volgende cijfers:

Quick scan (1)

Personen met persoonlijk bruto inkomen × 1.000

	Totaal	Inkomen uit arbeid	Zelfstandigen
2000	11.622	5.927	804
2014	12.913	5.588	1.018
% mutatie	11%	-6%	27%

Data 2014. Bron: CBS IPO en eigen berekeningen

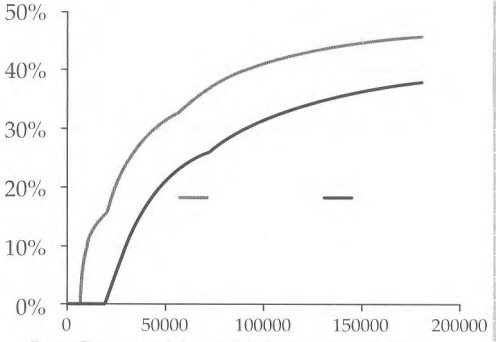
Arbeidsmarkt in beweging: van arbeidscontract naar zelfstandig ondernemerschap (substitutie).

Groei zelfstandig ondernemerschap grootste in Europa.

Grafiek 1

Waarom doet de wig zoveel kwaad? Er is geen gelijk speelveld voor lagere productieve arbeid, wel een harde knip. De loonkosten van vast personeel zijn relatief hoog vergeleken met een IB-ondernemer (zzp). Er is wel een wettelijk minimumloon, maar geen wettelijk minimumuurtarief. Opnieuw een illustratie:

Gemiddelde belastingdruk werknemer en IB-ondernemer



Bron: Commissie Inkomstenbelasting en toeslagen

Klassen persoonlijk bruto inkomen, personen × 1.000		
	Inkomen uit arbeid	Zelfstandig
Totaal personen 2014	5.588	1.018
tot 12 000 euro	794	196
12 tot 18 000 euro	387	102
18 tot 24 000 euro	471	105
24 tot 35 000 euro	965	183
35 tot 50 000 euro	1.226	176
50 tot 75 000 euro	1.072	140
75 tot 100 000 euro	371	59
100 000 euro of meer	301	57
% < € 12.000	14%	19%
% < € 22.000	27%	36%
% > € 50.000	31%	25%
% geen IH	12%	36%

Gevolg:

- Eerste circa 22 mille blijft *louter voor zelfstandigen* buiten de inkomensheffing ☒ 366 duizend
- Budgettair effect: 3,5 miljard = 300 euro netto per maand. Redelijk?

Grafiek 2

Caminada spreekt in dit verband van een fiscale weeffout. Van het inkomen uit arbeid blijft alleen voor zelfstandigen de eerste € 22.000 buiten de IB; het budgettair effect hiervan bedraag € 3,5 miljard.

Fiscale weeffout (regime 2014)

- Algemene heffingskorting: 2.103 euro
- Arbeidskorting: 1.366 – 2.103 euro

- Zelfstandigenaftrek : 7.280 euro
- MKB-vrijstelling: 14% van de winst

Gevolg:

- Eerste circa 22 mille blijft *louter voor zelfstandigen* buiten de inkomensheffing ☒ 366 duizend
- Budgettair effect: 3,5 miljard = 300 euro netto per maand. Redelijk?

Klassen persoonlijk bruto inkomen, personen x 1.000

	Inkomen uit arbeid	Zelf-standig
Totaal personen 2014	5.588	1.018
tot 12 000 euro	794	196
12 tot 18 000 euro	387	102
18 tot 24 000 euro	471	105
24 tot 35 000 euro	965	183
35 tot 50 000 euro	1.226	176
50 tot 75 000 euro	1.072	140
75 tot 100 000 euro	371	59
100 000 euro of meer	301	57
% < € 12.000	14%	19%
% < € 22.000	27%	36%
% > € 50.000	31%	25%
% geen IH	12%	36%

Data 2014. Bron: CBS IPO en eigen berekeningen

Grafiek 3

De zzp'er wordt vaak – te vaak – neergezet als individu. Daarbij wordt dan uit het oog verloren dat de zelfstandige ook een gezin kan hebben (partner en inwonende kinderen). En die "keuze" om je inkomen met zelfstandig arbeid te verdienen – als die er al was – heeft ook een behoorlijke invloed op het gezinsleven.

In de visie van Caminada zit het grote probleem bij dit onderwerp bij de loonheffingen. Voor de pensioenpremie zou je kunnen zeggen dat daar op de een of andere manier nog geen prestatie tegenover staat. Maar voor de loonheffingen zou je het speelveld gelijk willen hebben en dat betekent dat je de verschillen moet doorbreken. Tegelijk zijn er twee kanten aan de zzp-markt, terwijl in de discussies (te) vaak de ene of de andere kant benadrukt wordt. Er wordt gezegd: ze zijn niet solidair want zzp'ers betalen geen loonheffing tot een inkomen van twee derde modaal inkomen; of, de fiscale systematiek maakt het mogelijk dat veel zzp'ers onder de armoedegrens uitkomen. En vooral de omvang van die onderkant, dat weten toch maar weinig mensen

Concluderend: aan de ene kant leven bijna 196.000 zzp-huishoudens in Nederland onder de armoedegrens en dat komt omdat we geen minimumtarief hebben. De andere kant, voor de eerste € 22.000 word je vrijgesteld van loonheffingen, betaal je geen belasting en dat betekent dat een derde van alle zelfstandigen geen bijdrage levert aan het collectief, terwijl zij naderhand wel AOW krijgen en een beroep kunnen doen op de AWBZ. Dat zeg ik wel een klein beetje gechargeerd. Maar daar zit echt een probleem met het solidariteitselement.

Onderbreking Spanninks: Zzp'ers betalen gewoon inkomstenbelasting en premies volksverzekeringen, hoor. Dus ook voor de AOW.

Caminada: maar een derde betaalt geen loonheffing. En dat zet de inkomenssolidariteit onder druk. Dat verschil in belastingdruk ten opzichte van werknemers met een vergelijkbaar inkomen zou iets meer aandacht mogen krijgen. Fundamenteler: het fiscale stelsel is niet neutraal: de belastingdruk varieert in beperkte mate met het inkomen, maar allerlei andere factoren (dan de inkomenshoogte) blijken belangrijker om de variatie van de belastingdruk te kunnen verklaren.

Wijzend op grafiek 3: Er wordt € 46.000 verdient door 7.500 huishoudens. De belastingdrukverschillen bij dezelfde huishoudens zijn enorm. Dat komt door criteria als al dan niet zelfstandige zijn, alleenstaand zijn of een partner hebben, een koopwoning met hypotheekrenteaftrek bezitten of in een huurwoning wonen en de uitwerking van allerlei toeslagen.

Kortom, de hoogte van de belastingdruk is mede afhankelijk van individuele keuzes en preferenties, er is een enorme variatie in belastingdruk, en de rechtvaardiging van die verschillen zijn niet goed doordacht uitgewerkt. Aan de onderkant is de belastingdruk voor arbeid in een vast dienstverband enorm hoog. Wie wil er dan niet zelfstandig ondernemer zijn? Caminada's conclusie: creëer een gelijker speelveld voor die onderkant van de arbeidsmarkt. En dat kan twee kanten opgaan. Ondernemersfaciliteiten afbouwen, of de belastingdruk van werknemers met hun lage inkomen verlagen. En het tweede wat hij tegen de Staatssecretaris of de minister van SZW zou willen zeggen is: spreek u uit over wat een sociaal wenselijk minimumuurtarief is. Als je iemand inhuurt onder de € 15 per uur, dan doe je iets wat gewoon niet zou mogen. Maar moet je dan een minimumtarief verplichten? Dat weet Caminada niet, maar wel meent hij dat er enige vorm van verplichtstelling van pensioenopbouw zou moeten zijn. We hebben veel

onderzoek gedaan in Leiden en we zien gaten in pensioenopbouw voor zelfstandigen. Die zijn minder groot dan de meeste mensen denken, want veel zelfstandigen hebben bijvoorbeeld gespaard via een eigen woning. Maar ze zijn er wel. Tegelijk zijn mensen bijziend, noem het kortzichtig, voor langetermijnbeslissingen, dus enig sociaal paternalisme voor pensioenopbouw lijkt aangewezen.

Over een verplichtstelling van een verzekering bij ziekte en arbeidsongeschiktheid is hij minder stellig, dat heeft er alles mee te maken dat er op de een of andere manier iets tegenover de premie-inleg staat. Indien je je kunt verzekeren zit daar wat meer een keuze-element in. Het laatste is de werkloosheid en dat zou hij niet via verplichte verzekering willen regelen, omdat daar het evidente model van de zelfstandigheid inzit, namelijk een bedrijfsrisico nemen. Het allerbelangrijkste probleem bij dit soort zaken is natuurlijk dat politici er zo verschillend over denken. Caminada vreest dat ze daar niet (snel) uit zullen komen.

Bijdrage Erik Pentenga
Wat wij vooral zien is dat er steeds meer gezocht wordt naar zo goedkoop mogelijk, maar niet naar flexibiliteit, en dan vooral bij de werknemers. Er worden veel afwijkende afspraken gemaakt in cao's, die de mogelijkheden en ruimte veel groter maken. De uitzendsector zelf is de motor achter afwijkende vormen van arbeidsvoorwaarden. Het grootste uitzendbureau waar wij met de ABU een cao mee afspreken, is zelf zeer actief op de markt van outsourcing. Als zij naar een industrieel bedrijf gaan om hun product te verkopen, maken zij al duidelijk: wat is nou het voordeel als u met ons in zee gaat? U bent af van de uitzend-cao en u bent af van uw eigen cao. Daar balen wij ook van, maar wij zijn even van een andere BV. Het gaat er bij dit soort praktijken alleen maar om, dat het wettelijk minimumloon en het maximum van de Arbeidstijdenwet omzeild kan worden, want dat staat allemaal in cao's.

Dat zien we met contracting – aanneming van werk, zoals wij dat dan noemen. Je stapt de voordeur van een uitzendbureau binnen en je komt er bij de achterdeur met een variant van de verschillende overeenkomsten weer uit. Er kan dan sprake zijn van uitzendconstructie, het kan zijn dat je opeens aan contracting doet, en dat het minimumloon even wordt weggezet. Allerlei constructies om de arbeidsvoorwaarden in feite te verknippen. En uiteindelijk zijn payrolling en contracting-constructies de concurrent van de

uitzender. Op zichzelf hebben we daarover met de uitzender een overeenstemming, omdat dat toch de beste vorm van flex is. Want daar is een cao mee gemoeid en een zekere ketenregeling. Dus dat is prima, maar toch is het niet voldoende, want het is te duur. Zo ook de nieuwe zzp-bemiddeling. Je ziet dat uitzendbureaus zelfde opdracht aannemen, ze zoeken er een zzp'er bij, en die wordt daar dan neergezet. Veel mensen zien alleen maar dat veel zzp'ers voor hetzelfde werk meer geld verdienen. Deze tendens is eigenlijk begonnen in de bouw, er wordt niet gezien dat een groot deel van die mensen helemaal niet onderneemt. Die zoeken helemaal geen opdrachtgever. En niemand vertelt hen dat zij een verzekering moeten hebben. Zo hoog waren die tarieven vaak uit-eindelijk helemaal niet, van die zzp'ers.

Daar zie je dus grote groepen die zwaar onder de cao-tarieven aan het werk zijn, waarvan wij zeggen, ja wat doen wij nou in een cao? Ik ken geen cao die geen loonlijn heeft. Wat ons betreft moet de loonlijn beginnen bij 130% van het minimumloon en dan verder doorlopen. En dan zitten niet al die werknemers op de laagste loonschaal en de onderste periodiek, dat varieert gewoon in het bedrijf.

Als wij dit soort afspraken over zzp'ers in een cao willen maken, bijvoorbeeld de minimumloontarieven, dan zeggen de zzp-bonden: "Die tarieven dat maken wij zelf wel uit." Want die tarieven worden vervolgens het maximumtarief. Daar geloof ik eerlijk gezegd helemaal niets van, want dan onderschat je de groep die wel een onderhandelingspositie heeft, de categorie die wij de echte zzp'ers noemen. Om die groep gaat het niet, wat ons betreft. Het gaat om die onderkant van de arbeidsmarkt. Daar proberen we meer beschermende regels voor op te nemen, zodat zij geen loon krijgen dat onder het bestaansminimum gaat. Het een en ander verschuift wel, je ziet dat als je naar de armoedemonitor in Nederland kijkt, dat de groep zelfstandigen daarin steeds groter wordt. Dus uiteindelijk wordt er voor een tarief gewerkt, dat gewoon niet kan, waar je niet van kan leven. Er is wel een minimumloon, maar toch er wordt voortdurend met constructies onder dat minimumloon gedoken. En voor die onderkant van de Nederlandse arbeidsmarkt gaat dat zeker ook om Nederlandse werknemers, maar het is het kwadraat als het gaat om arbeidsmigranten. Vergeet daarbij overigens ook niet de fiscale ontduikende maatregelen, de ET-regeling en daarvan is ook het lastige, dat als je op de grens zit, nog net netjes doet, dan heb je ook al een behoorlijk voordeel, 40% ten opzichte van een gemiddelde Nederlandse werknemer, maar dan is het nog weer

veel aantrekkelijker om net nog een stapje verder te doen. Wat ook erg moeilijk controleerbaar is. Dat levert ook weer een enorm voordeel op.

Verslag van de plenaire discussie
Boot: Het gaat volgens mij ook vaak om die onderkant van de Nederlandse arbeidsmarkt, die is de klos. Het werkt ook nog wel door naar de top, maar het is vooral die onderkant. En Pentenga zegt eigenlijk, ja die zware concurrentie op loonkosten, het is logisch dat er een zoektocht is naar het meest lage loon.

Drijvers: Ik probeer altijd te verzinnen waarom dit nu gebeurt. Wij hebben in Nederland toch wel een dusdanig sociaal gevoel, dat we dit niet willen laten gebeuren. Als ik kijk naar de ondernemers: die willen winstmaximalisatie. Dat zit in hun DNA. Het moet goedkoper, dat zit in hun gedachtegang.

Pentenga: Ja, maar toch niet ten koste van alles?

Drijvers: Ik ben zeven jaar weggeweest. Toen ik wegging bestond de term flexibele schil niet en nu schieten die werkvormen als paddenstoelen uit de grond. Waarom? Waarschijnlijk omdat het werkgever-zijn zo zwaar is, zoveel kosten met zich brengt, ze willen en kunnen het misschien niet meer zelf doen. En dus: uitbesteden aan ondernemers, omdat zij zelf geen risico meer willen lopen. Voor heel veel ondernemers geldt dat arbeid hun kapitaal is. Waarom zou een ondernemer dan denken, nou ik ga mijn werknemers eens even lekker goed uitmelken. Natuurlijk, ze zijn er, maar ik geloof niet dat alle ondernemers zo zijn in Nederland. Dat is namelijk helemaal geen duurzame oplossing.

Pentenga: Een duurzame oplossing willen ze helemaal niet meer. De kortetermijnwens domineert: niet geïnteresseerd in de lange termijn. Een werkgever kijkt ook naar de lange termijn, voor zijn bedrijf. Een ondernemer kijkt naar de korte termijn, is helemaal niet geïnteresseerd in de lange termijn van een onderneming.

Drijvers: Dat is aandeelhouder gedreven.

Pentenga: Er is wel sprake van overgang, en er is een over-accent geweest op de financiering en op de aandeelhouderspositie en op de korte termijn. Het zijn natuurlijk ook de "Philipsens" en de "Scholtens" in het verleden

van industrieel Nederland, die allemaal redelijk sociaal werkgeverschap hebben gehandhaafd. Dat is in die zin wel wat vervaagd. In de jaren negentig hebben we flex en zekerheid afgesproken, toen was er 12% flexwerk in Nederland. Er was een soort overeenstemming over. Nu hebben we dat opnieuw gedaan in 2013, met een flexpercentage van 35%. Ik denk zelf dat het dan toch wel misgaat, omdat er een verdienmodel ontwikkeld is, en dat duurt een tijdje voordat je dat doorhebt, maar we zien dat steeds meer uitgemolken worden. Er zit een verdienmodel in, als je zo'n overeenkomst van opdracht bekijkt, die kreeg vroeger alleen de chirurg in het ziekenhuis, die overeenkomst van opdracht is nooit bedacht voor de postbode in Nederland. Iemand heeft toen bedacht, hé, dat kan ook, en vervolgens is dat concept doorontwikkeld. Hetzelfde voor de zzp-bemiddeling, daar was in eerste instantie niets mis mee. Een geschikt model om vraag en aanbod bij elkaar te brengen. Nu gaan mensen ertussenin zitten, gebruikmakend van de regelgeving van de VAR-verklaring. Ik zie mensen aan de lopende band, die zeggen dat ze zelfstandige zijn, terwijl ze slechts aan de vleesband staan de hele dag. Leg mij dat eens uit?

Drijvers: Die frustratie begrijp ik ook wel, maar dan denk ik waarom kiest een werkgever daar nou voor?

Hoogstraten: Nou, blijkbaar omdat de Roemenen en de Polen nog te duur waren. Het speelveld is niet gelijk en dat komt mede door de VAR-verklaring die als boodschap uitdraagt "Enter, enter en je bent er." Je hebt daarmee een vrijwaring voor alles en ja, dan is het natuurlijk nog de vraag: is het ook netjes? Dat is een erg lastige vraag: als het kan, dan kan het. Maar moet je tot die uiterste grens gaan?

Caminada: Volgens mij zit het probleem in het publieke deel van de inkomensheffing. Ik heb geprobeerd een driedeling te maken van de wig[6] en puur de lage belastingheffing maakt het speelveld ongelijk. Tegenover pensioenpremie staat een pensioenuitkering. Hetzelfde geldt voor de sociale premies. Hoe komt het nou, dat gedrag dat Pentenga beschrijft? Dat zit puur op die fiscaliteit! Want daar staat nou net NIET een rechtstreekse tegenprestatie tegenover. Dat vereist solidariteit in het publiek belang, maar juist op dit punt creëert de overheid verschillende loonkosten voor zelfstandigen (laag) en werknemers (hoog). Die andere onderdelen van de wig, daar heb ik niet zoveel mee, omdat ik denk dat de markt daarin

6 Werkgeverslasten, loonheffing, premies SV, zie hiervoor.

veel zelf kan en ook zal doen. De ene werkgever is bereid voor een talentvolle werknemer pensioenpremie te betalen en de andere niet, laat ze maar via de arbeidsmarkt tot een keuze komen. Want tegenover de premie nu, staat inkomen later. Maar juist via die fiscaliteit wil je geen concurrentie. Juist waar je geen verstoring van de concurrentie wil hebben, daar heeft de overheid het fiscale instrumentarium zo ingericht dat laagbetaalde zzp'ers voordeel hebben. Dat is hoofdzakelijk mijn analyse.

Boot: Als ik Pentenga hoor en hij zegt die markt, of in ieder geval een deel van die markt, gaat voor de allerlaagste kosten; ook met afschaffing van de fiscale voordelen heb je op dit moment voor zelfstandigen geen minimumloon. Dan komt bij mij de vraag op, helpt het wanneer je als overheid harde grenzen stelt om de marktwerking in te dammen? Die vraag is ingegeven omdat ik mij een keer heb laten uitnodigen bij het Ministerie van SZW om het te hebben over de vraag wat we aan dit soort misstanden zouden kunnen doen. Hoe voorkom je schijnzelfstandigheid? Wat mij betreft zijn er maar twee respectabele motieven om als zelfstandige te werken. Er kan een respectabel motief zijn als zzp'er tegen een laag tarief te werken: wanneer je werkelijk vrij bent. Het geeft je echt meer flexibiliteit en daar kies je voor omdat je dat graag wilt. Mijn voorstel was: versterk het rechtsvermoeden van de arbeidsovereenkomst, zodat het vermoeden minder eenvoudig ontkracht kan worden. Dat kan eigenlijk alleen door hetzij: de werker heeft duidelijk meer flexibiliteit dan de werknemer heeft, hetzij er minstens een bepaald niveau aan loon wordt betaald. Met andere woorden: de bescherming van de arbeidsovereenkomst afgekocht. Nou en dan kan je zeggen, zet het op 130% of 150% minimumloon of laat het over aan de cao's. Dat maakt me allemaal niet zoveel uit. Maar dan zeg je eigenlijk, je kan zzp'er zijn wanneer je heel veel flexibiliteit hebt, maar daar kies je zelf voor. Je kunt ook zzp'er zijn wanneer je veel verdient.

Natuurlijk zijn er ook hele bijzondere uitzonderingsgevallen. Maar als je echt laag verdient, dan krijg je de bescherming van de werknemer, en daarmee heb je automatisch recht op minimumloon en alles wat daar verder bij hoort. Als je dat zou invoeren, vliegt dan het halve bedrijfsleven naar heel ver weg?

Caminada: Dat is inderdaad wel een oplossing voor een groot deel van de zzp-markt. Dat zijn mensen die vooral die arbeid aanbieden, daar doe jij het voor. Maar er zijn ook zzp'ers die handel drijven en wat je niet wilt, is dat je de handeldrijvende zzp'er die winst kan maken hierbij betrekt.

Boot: Ja, mijn argument geldt alleen als je meer dan vijf uur per week werkt. Want daaronder heb je te veel opdrachtgevers en dan ben je gewoon zelfstandige.

Caminada: Maar daar zit volgens mij het fundamentele probleem. Zolang je een loonkostenverschil hebt tussen steeds twee groepen, zul je altijd die competitie hebben. En dan krijg je allerlei vormen van gedrag die die loonconcurrentie verergeren. Vervolgens krijg je als maatschappelijke reactie weer nieuwe wetgeving, doorgaans nog ingewikkeldere wetgeving. Zolang je dat speelveld niet helemaal egaliseert, lokt het altijd weer een reactie uit en die markt is in die zin hard.

Drijvers: En die criteria voor het zijn van een arbeidsovereenkomst werken in dit geval niet. Zoals je net zei, iemand die heel flexibel werkt; maar er zijn heel veel werknemers met een arbeidsovereenkomst, die heel flexibel werken – dus dat criterium kun je daar niet gebruiken. Die hele gezagsverhouding voldoet niet meer, want er zijn heel veel zzp'ers die waarachtig zzp'er zijn, maar toch wel heel veel kenmerken van een werknemer vertonen. En vice versa, dus dat criterium gezagsverhouding voldoet niet meer.

Hoogstraten: We moeten een gelijk speelveld maken: dan haal je de druk van die discussie af. Ik ben het helemaal met Caminada eens: hou op met die fiscale competitie.

Spanninks: Een van mijn leukste ontdekkingen van deze middag, is dat ik het op veel meer punten eens ben met Koen Caminada dan ik had verwacht. Ik wil wel een heleboel stappen terug, in dit deel van onze bijeenkomst, namelijk naar een aanname die u als gespreksleider, heel in het begin maakte, bij de vergelijking van wat een werknemer overhoudt, en wat een zzp'er overhoudt. Wat ik in dat verhaal mis, is dat wat de werknemer overhoudt, dat hij daarmee morgen naar de Albert Heijn kan of naar de autodealer, en dat hij dat dan kan besteden. Die zzp'er zal er ook een arbeidsongeschiktheidsverzekering van moeten betalen en hij zal een manier moeten verzinnen om wat over te houden voor zijn oude dag; dat kost hoe dan ook geld. Zzp'ers gebruiken hun zelfstandigenaftrek om een potje aan te leggen. Om die periodes te overbruggen waarin het minder gaat. Of om per week wat minder uren te maken om aan hun deskundigheid te werken. Of om nieuwe producten en diensten te ontwikkelen, dus ja, zzp'ers maken ook meer kosten dan werknemers. Wat ik om mij heen

zie – en daarom reageerde ik een beetje schamper op de cijfers van het CBS (presentatie van Caminada): het CBS geeft geen inzicht in wat zzp' ers werkelijk doen. Wie het zijn, waar ze naartoe willen, waar ze vandaan komen, waar ze hun geld aan uitgeven, hoe ze zich vernieuwen. En wat daar voor nodig is. We zijn enorme generalisaties aan het maken over een groep die we helemaal niet kennen. Kunnen we wel spreken over een groep? We weten gewoon niet over wie we het hebben! Dat is eigenlijk het enige waarin ik het eens ben met het IBO-rapport, de vaststelling dat zzp'ers erg divers zijn. Vervolgens doen we daar helemaal niets mee. We blijven het hebben over 1,1 miljoen zzp'ers. En een zzp'er is voor het CBS iedereen in Nederland tussen de 15-75 jaar oud, die meer dan nul uren per week werkt, zonder daarvoor in loondienst te zijn. Dus vanaf die jongen en dat meisje met pukkels, die 's ochtends de *Telegraaf* in de brievenbus gooit, tot en met de gepensioneerde buurman die surveilleert tijdens een tentamenperiode. En daartussen zit een groep echte ondernemers.

Boot: Oké, de opmerking dat het begrip zzp'er divers is, zal door iedereen in deze groep wel gedeeld worden.

Westerveld: Mijn eerste punt: ik denk dat we het woord *level playing field* ook moeten problematiseren. Wanneer is er nou sprake van een *level playing field*? En als je ervan uitgaat dat een zzp'er gaat doen wat jij zegt, Pierre Spanninks, namelijk een verzekering kopen en je legt geld opzij voor mindere dagen, dan zou dat erbij moeten komen. Maar dat is nou net het probleem, we hebben met elkaar sociale verzekeringen uitgevonden omdat mensen het zelf niet doen. Ook mensen die het zich kunnen veroorloven doen dat niet. En dus creëren zzp'ers, op het moment dat je dat speelveld gelijkmaakt hun eigen speelveld en dan lopen ze er vervolgens weer doorheen. Dat maakt het ongelooflijk ingewikkeld.

Spanninks: We moeten eigenlijk elk woordje problematiseren, zelfs het woordje "het". Zzp'ers doen het niet. Wat doen ze niet? Zzp'ers kopen geen verzekeringsproducten van grote financiële instellingen. Wat doen ze wel?

Westerveld: Dat ben ik met je eens, je moet het breder trekken. Ik wil alleen maar zeggen dat zzp'ers de keuze hebben om wel of geen zekerheid te kopen, en dat het dus heel erg lastig is om naar een *level playing field* toe te werken.

Boot: Wat vindt AWVN?

Wirtz: Nou eigenlijk, hetzelfde wat iedereen hier zegt, het is zo'n diverse groep. Je kunt er geen al te stellige uitspraken over doen. Ik heb mij wel verdiept in de FNV KIEM-uitspraak. En uiteindelijk hebben wij gezegd, wij kunnen daar niet iets van vinden. Je kan niet zeggen je moet het in een cao regelen, het moet kunnen. Het kan natuurlijk op een bepaalde manier wel, en op een bepaalde manier niet. Ik vind zelf de Kiem-zaak, had wel wat beter gekund, en zeker met wat het hof ermee heeft gedaan. Wat heb je aan het wel of niet hebben van een gezagsverhouding? Wat heeft het hof uiteindelijk gezegd? Op grond van deze uitspraak is nog steeds niet duidelijk wanneer sprake is van een echte zelfstandige of een schijnzelfstandige.

Boot: Ze moeten naar de dirigent luisteren...

Wirtz: Ja, anders kun je geen muziek maken in een orkest! En, wat hebben ze nog meer gezegd? Ze moeten het risico lopen dat ze de volgende keer niet meer ingehuurd worden. Tsja!

Boot: Wat Erik Pentenga eigenlijk bedoelt, of hoe het in ieder geval op mij overkomt: het is een *race to the bottom*. Loop bij een ABU-lid naar binnen en die heeft zeven smaken en de een is nog goedkoper dan de andere. Je moet ook dat werkgeverschap en dat ondernemerschap scheiden, het werkgeverschap is duurzamer en verantwoordelijker.

Wirtz: Ja en wij zijn natuurlijk voor goed werkgeverschap.

Boot: Ja dat zou je denken, want die *race to the bottom* is toch voor de verantwoordelijke bedrijven ook niet goed? Die worden ook weggeconcurreerd op die manier.

Wirtz: Ja, dat is zo. Dat zie je nu natuurlijk met name in de zorg. Die kunnen bijna niet anders, want de concurrent doet het ook, of alle vijf!

Pentenga: Het is in heel veel sectoren al gebeurd, kijk ook naar de schoonmaaksector. En daar zie je zelfs, als jij niet onder de prijs inschreef, dan had je überhaupt geen werk, dat is natuurlijk een harde markt. Moordende concurrentie! En daar komt nooit een constructie uit van goed werkgeverschap. In de zorg is dat eigenlijk hetzelfde punt, er wordt niet vanuit de

gemeentelijke kant erkend dat er in dit land cao's bestaan, waar die werkgevers mee te maken hebben, waar een tarief in zit. En dus ga je op zoek naar constructies, en dat is wat je ook steeds terugziet. Werkgevers zoeken naar constructies waar het toch goedkoper kan, en ze zien ook in de regelgeving formuleringen die die constructies mogelijk maken.

Wirtz: Ja, dat zie je nu vooral bij aanbesteding, bijvoorbeeld ook bij architecten, die echt veel moeten aanbesteden en daardoor komen daar dus lage tarieven voor.

Pentenga: En je ziet het bij de georganiseerde werkgevers, want als jij je aan de regelgeving houdt, is het niet te doen met de concurrentie.

Westerveld: Maar komt dat dan omdat de regelgeving niet deugt?

Pentenga: Nee, het komt omdat er te veel constructies mogelijk zijn. En zo kun je wel lekker concurreren.

Wirtz: Kijk maar naar die "prachtige" WAS. Iemand die slecht wil, komt er echt wel mee weg. Wie pak je ermee? Degene die het goed wil doen, die is er de dupe van.

Boot: Caminada zei: voor werknemers heb je het minimumloon, dat is duidelijk. En er zou een moreel appel moeten komen voor ondernemers om een minimumuurtarief te hanteren. Misschien is dat nog een interessant discussiepunt. Je zou kunnen zeggen, ook voor zelfstandigen moet er een minimumuurtarief gehanteerd worden. Want in Nederland vinden wij, dat als er werkzaamheden worden verricht, dan moet dat betaald worden. Dat is eigenlijk een soort maximale bescherming. Een moreel appel dat is een light versie daarvan. Of gaat ook dat te ver?

Vraag uit zaal: Wat bedoel je daar precies mee? Met een moreel appel?

Caminada: Een verplicht (wettelijk) uurtarief, dat gaat niet werken. Wat kan je er dan aan doen? Wat zou een soort equivalent kunnen zijn van het minimumloon? Dus dat er iets is, als je eronder gaat zitten dan is er mogelijk wel sprake van arbeidsuitbuiting, daar kan je dan moreel niet onderuit. Ik denk dus dat het gewoon voor de hand ligt dat de minister

van SZW aan Nederland laat weten wat een sociaal en moreel aanvaardbar minimumuurtarief is. Wanneer je een afspraak maakt met een plaatselijke aannemer, als je dan communiceert, dat als je onder X gaat, dat je dan een contract aangaat, dat niet oké is, dat je dan niet moreel handelt. Ik denk dat dat helpt.

Boot: Moeten we dan kijken naar de Wet minimumloon, of ietsje hoger?

Caminada: Ik zou zeggen, laat het bedrag differentiëren; het hangt af van omstandigheden zoals opleiding en allerlei andere zaken. Ook niet eindeloos differentiëren, maar bijvoorbeeld, als je onder € 15 per uur zit, weet je dat je verkeerd bezig bent. Dat kan ook de ondernemer helpen.

Wirtz: Je ziet steeds meer dat we de maatschappij, de markt of mensen bewust willen maken wanneer ze bijvoorbeeld iets kopen. Dat speelt nu bijvoorbeeld in de supermarkten, biologische producten etc. Mensen zouden zich ook moeten afvragen als ze een product kopen, onder wat voor arbeidsvoorwaarden wordt hier gewerkt?

Boot: Andere reacties op het idee van Caminada? Dat je een moreel minimumtarief zou moeten hebben, dat eventueel kan differentiëren, al naar gelang de sector.

Drijvers: Ik geloof niet dat het aan de minister van SZW zou moeten zijn om een minimumtarief vast te stellen, dat verschilt per sector. Daar zijn opleidingskosten aan verbonden, en andere kosten die al dan niet worden gemaakt. Ik denk wel dat je als overheid de boodschap kunt uitdragen, dat er gezonde tarieven moeten gelden. In de bouw zou dat een ander tarief moeten zijn dan bijvoorbeeld als tolk. Of als managementconsultant. Een minimaal tarief, van bijvoorbeeld € 45 zou ik niet doen, en bovendien: de overheid is de grootste uitbuiter van zzp'ers.

Alfrink: Er is veel discussie over het feit dat zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt voor problemen zorgen, maar dat is niet zo. De opdrachtgevers zorgen voor een probleem, niet de zzp'er. De overheid is inderdaad een fervent gebruiker, om mensen te verplichten tot zzp'erschap, voor een laag tarief. Het uurtarief van de zzp'er is echt dramatisch. Een moreel appel is lastig, maar het zou wel goed zijn, om in de premieindustrie te zeggen, er moet een bepaald minimumtarief zijn, want het

zzp'er-schap is niet zo zeer het probleem aan de onderkant, eerder het uurtarief. Er wordt maximaal gebruikgemaakt door instanties, hoe verlaag je de loonkosten? Ja door mensen aan de onderkant zzp'er te maken.

Ter Haar: Als je een minimumuurtarief hanteert, ga je mogelijk tegen kartelverboden aan zitten en kom je in de knel met het mededingingsrecht. Goedkoop is niet per se een signaal dat er iets mis is met arbeidsomstandigheden. Het kan ook zo zijn dat een product op de markt goedkoop is door andere manieren heel slim aan te pakken. Zoals besparen op de vervoers- en transportkosten. Ik denk dat het een beetje te gemakkelijk gezegd is dat als iets goedkoop is, er dan meteen iets mis is met het product. Ik denk niet dat een minimumuurtarief zal gaan werken. We kunnen bijvoorbeeld wel aangeven, welke elementen erin moeten zitten. Ik ben het eens met Caminada, er moet meer gekeken worden naar het publieke domein en de solidariteit. Misschien moeten we dan ook anders gaan denken over de verdeling, niet meer denken in de verdeling: niet- zzp'er en werknemer, maar meer aan de term "werkenden".

Reactie uit de zaal: Waar denk je dan aan?

Caminada: Dat uurtarief kunnen we opbouwen. Louter arbeidskosten met daarbovenop de belastingen, dat is tarief A, en wil je dan ook nog in het tarief een pensioenverzekering laten meelopen, dan tarief B.

Ter Haar: Maar ook zaken als opleidingsniveau, specialisme, senioriteit en andere elementen.

Drijvers: Bouwvakkers moeten alles zelf kopen, die moeten daarin investeren, ik hoef dat als zzp'er niet te doen, sommige zzp'ers hebben alleen een telefoon nodig. Dat maakt wel een groot verschil. Anderen hebben echt hoge kosten, ondernemerskosten. Een bouwvakker wordt zzp'er en denkt daar verder niet over na. Er moet dus wel een stuk voorlichting zijn, wat is nou een gezond tarief? Dan moet je nadenken over een verzekering, pensioen, maar ook over materialen, en wanneer die vervangen moeten worden. Dat is een ondernemersverhaal.

De Laat: Het doel is toch het publiek? Dan moeten we toch nadenken over wat het effect is bij de opdrachtgever en opdrachtnemer? Nadenken over wat het effect is, dat een zzp'er hoe dan ook actief wil zijn op de

arbeidsmarkt. Bijvoorbeeld, omdat hij een werknemer wil zijn, en daar veel voor over heeft, die zal zich niet laten leiden door een uurtarief van € 45.

Dingemans: Ik denk wel dat wat jij (De Laat) signaleert een moreel dilemma is; dat we moeten inzien, als maatschappij, dat een logopediste geen € 35 per uur kan kosten. Want dat we dan op een zeker moment helemaal geen logopedistes meer hebben. Hoogopgeleide mensen die veel te hard werken en onder bestaansminima leven. Nu komen de uitwassen met postbezorgers naar voren, zo ook in de zorg. Het wordt duidelijk hoeveel banen mensen wel niet aan elkaar knopen. Ik kom in mijn praktijk heel vaak zaken tegen waarin moeders met vijf kinderen twee banen hebben en dat komt dan aan het licht omdat ze zich bij de ene werkgever wel ziekmelden en bij de ander niet. Dat zijn situaties, waarvan we met zijn allen moeten bedenken: dit moeten we niet willen. We moeten ook in de politiek meer een moreel beleid voeren over wat arbeid moet kosten. Zoals we nu ook bij duurzaamheid steeds meer beseffen, waar ben ik eigenlijk mee bezig? Wat koop ik eigenlijk? Zo moet je je ook afvragen, wat voor iemand huur je hier in en kan dat voor een gezond tarief? En nu, denk ik, dat iedereen te veel uitgaat van de arbeidsovereenkomst, waarbij er iemand is die alles oplost. En dat er nu een soort vrije markt blijkt te ontstaan, waarin we weinig zorg voelen voor de mensen die er misschien niet vrijwillig onderuit kunnen.

Peters: Nu we het over het moreel appel hebben, we zitten nu met een groep zzp'ers waarvan we zien dat ze niet in staat zijn om voor zichzelf een goed tarief te bedingen. Ze kunnen wat dat betreft niet goed voor zichzelf opkomen. We hadden destijds, ongeveer honderd jaar geleden, een groep werkenden, de werknemers, waarvan we zeiden: die kunnen niet goed voor zichzelf zorgen, die hebben bescherming nodig tegenover de werkgever. Dat hebben we opgelost met een minimumloon en cao's. Nu wordt hier hetzelfde voorgesteld voor zzp'ers, namelijk minimumstandaardtarieven, te differentiëren al naar gelang de sector. Dat geeft toch wel aan dat het onderscheid zoals we dat nu maken tussen deze twee groepen werkenden niet langer houdbaar is.

9.2.3 *Toekomst: arbeidsmarkt en politieke urgentie*

Het derde deel van deze sessie stond in het teken van de arbeidsmarkt anno nu en straks. Om wat voor soort maatregelen vraagt de arbeidsmarkt anno 2016? Zijn dat ander soort maatregelen dan twintig jaar geleden of zijn de problematiek en de juridische context op hoofdlijnen gelijk?

Bijdrage Pierre Spanninks
Arbeidsmarkt en politieke urgentie. Om wat voor soort maatregelen vraagt de arbeidsmarkt anno 2016? Zijn dat andere dan twintig jaar geleden, of zijn de problematiek en de juridische context op hoofdlijnen gelijk? Ik wil daar bij wijze van aftrap een paar opmerkingen over maken. Om te beginnen dat we natuurlijk te laat zijn met z'n allen, om nog maatregelen te willen nemen voor de arbeidsmarkt van 2016. Het klinkt triviaal, maar dat is het bepaald niet. De arbeidsmarkt zoals we die nu meemaken kan ik niet anders zien dan als een fase in een ontwikkeling die al in de jaren tachtig van de vorige eeuw is begonnen, die nog volop gaande is, en die misschien wel nooit meer zal ophouden. De maatregelen die bij die arbeidsmarkt pasten hebben gewerkt, de instituties die ze uit moesten voeren hebben hun diensten bewezen, en nu... zijn ze obsoleet geworden. De wereld om ons heen is radicaal veranderd, die wereld verandert nog steeds verder, en dat zal hij ook altijd blijven doen. Die constatering heeft belangrijke consequenties voor de arrangementen die we met elkaar treffen. Net zoals de arbeidsmarkt zullen ook arrangementen nooit af zijn. Die zullen zo in elkaar moeten zitten dat we ze voortdurend kunnen blijven verbeteren, zonder dat we meteen het hele stelsel op de schop hoeven te nemen. Elke twintig jaar, elke tien jaar, elke vijf jaar – want u weet, de snelheid van veranderingen heeft de neiging exponentieel toe te nemen. Ik ben van 1955. Ik ben vorig jaar zestig geworden, en als ik terugkijk sta ik versteld van wat ik allemaal heb meegemaakt in die tijd. Net zoals ik versteld sta van wat er allemaal hetzelfde is gebleven: de vakbonden, de werkgeversorganisaties, de sociale verzekeringen, de pensioenfondsen, de SER.... Hoe bestaat het dat die instituties niet minstens zo hard zijn veranderd? Hoe lang kan dat nog duren? Eén van die grote veranderingen is natuurlijk de opkomst, eerst van de uitzendarbeid, daarna van het tijdelijke contract, en daarna van de zelfstandige zonder personeel. En laten we vooral niet vergeten wat het allereerst is gebeurd en wat al die andere dingen mogelijk heeft gemaakt: de ongekende uitstoot van vaste banen door de grote werkgevers met name in de industrie. Zonder de reorganisaties van de jaren zestig, zeventig en tachtig, hadden we het hier vandaag

over hele andere vragen gehad. Die zelfstandigen zonder personeel, waar ik dan toch maar even op focus, die hebben zich sinds de jaren negentig een vaste plaats verworven in de Nederlandse samenleving. Hun opdrachtgevers en hun klanten zouden niet meer zonder hen willen. Zzp'ers kiezen er bewust voor om als ondernemer door het leven te gaan: voor eigen rekening en risico, en zonder personeel. De bijdrage die zzp'ers op die basis leveren aan de vernieuwing van economie en samenleving, is onmisbaar geworden. Een stuk minder vanzelfsprekend dan voor de zzp'ers zelf en voor hun opdrachtgevers, is dat voor grote delen van de overheid, de politiek en de vakbeweging. Daar gelden nog steeds het werkgeverschap c.q. de vaste baan als norm. Het beleid van de huidige regeringscoalitie komt voort uit een beeld van de samenleving dat is ingehaald door de werkelijkheid van de 21e eeuw. In plaats van als bewust zelfstandige ondernemers zien VVD en PvdA zzp'ers als gemankeerde werkgevers respectievelijk als werknemers zonder rechten. De beleidsmaatregelen die het kabinet vanuit dit verouderde perspectief voorstelt, frustreren zowel de zzp'ers zelf als hun opdrachtgevers. Daardoor staat er onnodig een rem op de economische ontwikkeling waar de Nederlandse samenleving zo'n behoefte aan heeft. Het is de hoogste tijd om te breken met een beleid dat er alleen maar op is gericht de toename van het aantal zzp'ers een halt toe roepen en zogenaamde "schijnzelfstandigen" uit het systeem te halen. In plaats daarvan is er dringend behoefte aan een beleid dat zzp'ers de ruimte geeft om te ondernemen. Een beleid dat hen een steuntje in de rug geeft.

De arbeidsmarkt van de 21e eeuw bestaat niet meer uit twee partijen maar minstens uit drie: werkgevers, werknemers (vast of flex), en zelfstandigen zonder personeel. Daarbij kunnen in de loop van iemands werkzame leven die rollen meerdere keren wisselen of een tijdlang naast elkaar bestaan. Mijn boodschap over zzp'ers is: laten we de vernieuwing die zij met zich meebrengen omarmen. Laten we daarvan als samenleving profiteren. Laten we onze wetten en regels op sociaal, economisch en fiscaal gebied zo gauw mogelijk aanpassen aan die nieuwe realiteit. Nederland heeft behoefte aan meer ondernemerschap, niet aan minder! [.....] En toen was het stil. Wat denkt u: zegt Spanninks niks over de onderkant van de arbeidsmarkt, over de zzp'ers die niet genoeg verdienen om zich te verzekeren en om voor hun pensioen te sparen? Er zijn dezer dagen genoeg anderen die daarop hameren. En dat doen ze overigens niet altijd, omdat ze het met de zzp'ers het beste voor hebben. Met degenen die dat wél hebben, wil ik altijd en overal praten over de sociale arrangementen en de juridische maatregelen die daarbij passen.

Welk sociaal stelsel we ook ontwikkelen, hoe we ons belastingstelsel ook herzien, op welke manier we het arbeidsrecht ook moderniseren – het zal nooit het verleden kunnen herstellen, het zal altijd aan de realiteit van nu recht moeten doen, en het zal altijd de toekomst mogelijk moeten maken. Die nieuwe arrangementen zullen nooit af zijn, die zullen zo in elkaar moeten zitten dat we ze voortdurend kunnen blijven verbeteren zonder meteen het hele stelsel op de schop te hoeven nemen. Eerder zal het de ene bèta-versie na de andere moeten worden, die we ontwikkelen met álle betrokkenen en niet alleen met de partijen die in SER vertegenwoordigd zijn. De ruimtevaartorganisatie NASA benut "the wisdom of the crowd" om de eerste mens naar de planeet Mars te brengen. Waarom zouden wij dat dan niet doen met ons sociale stelsel?

Dames en heren, ik waardeer het zeer dat u als leden van de Vereniging voor Arbeidsrecht daar een verantwoordelijkheid voor uzelf in ziet, ik wens u bij de invulling van die taak alle wijsheid toe, en niet te vergeten: net zoveel plezier als ik heb in mijn werk als zzp-expert.

Bijdrage Frank Alfrink
Bij arbeidsrecht moeten we denken aan zaken als ontslagrecht, arbeidsvoorwaarden, arbeidsongeschiktheid, cao-vraagstukken, werkgevers- en werknemersaansprakelijkheid, concurrentie- en relatiebedingen, sociale zekerheid, privacy en medezeggenschap.

Er ligt dus geen directe relatie tussen arbeidsrecht en ondernemerschap, de zzp'er.

De Nederlandse arbeidsmarkt lijkt echter in onbalans. De flexibilisering van de arbeidsmarkt, met de vrijheden en de fiscale voordelen voor zelfstandigen aan de ene kant en de kosten en risico's van vaste contracten aan de ander kant, leidt ertoe dat werkgevers in zowel de publieke als de private sector, hier en daar besluiten om hun loonkosten te verlagen door werknemers te 'verplichten' tot het zelfstandig ondernemerschap. De personen die het betreft noemen we schijnzelfstandigen en het fenomeen besmet zowel het blazoen van de zzp'er als de discussie over het zzp'er-schap in het algemeen. We moeten deze schijnzelfstandigheid bestrijden, daar zijn alle partijen het over eens. Alleen niet met generieke middelen gericht op de zzp'er, maar door criteria te stellen waar goed opdrachtgeverschap aan moet voldoen. Hier is het zijn van zzp'er minder een probleem door de vorm, als wel door het uurtarief. De oplossing ligt ook niet in het blind

strijden voor Gewoon Goed Werk en Echte Banen en zeker niet in het voorstellen om bij wet te regelen dat publiek gefinancierd werk alleen door mensen in loondienst verricht mag worden.

Het is tijd om een fundamentele dialoog te houden over de toekomst. Deze dialoog hoort uiteraard niet thuis in bestaande organen, zoals de SER. De polder bestaat immers allang niet meer uit twee pijlers, er is een pijler bijgekomen, te weten de ondernemer.

Om de discussie goed te voeren en oplossingen te vinden die de komende jaren stand houden, moet de 'bijl aan de wortel'. Wat als we, met de kennis van nu, overnieuw zouden mogen beginnen? Hoe zouden we de huidige arbeidsmarkt dan vormgeven en faciliteren?

In deze discussie moeten we ons goed realiseren hoe de arbeidsmarkt tegenwoordig in elkaar zit. De arbeidsmarkt is in de basis een simpele markt van vraag en aanbod. Een markt die ik graag vergelijk met mobiliteit. Als ik moet reizen van a naar b, dan is de keuze voor de vorm, het vervoermiddel dus, afhankelijk van factoren, zoals binnen hoeveel tijd moet, c.q. wil ik de reis afleggen. Is er sprake van goederen die meegenomen moeten worden? Heb ik het eigenlijk te druk voor deze reis, omdat ik nog veel werk heb liggen?

U snapt al dat ik in het eerste geval kan kiezen voor de auto, maar ook voor de fiets; ik heb tijd zat en moet nodig eens wat meer bewegen. In het tweede geval huur ik bijvoorbeeld een bestelbus en in het derde geval pak ik de trein en neem ik mijn laptop mee. U hoort hier ook de keuzes van huur, koop of recht in. Bezit is niet per se noodzakelijk, toegang wel.

Zo is het ook met de arbeidsmarkt.

De werk-kenmerken bepalen de geschikte vorm om het werk mee uit te voeren. Een ondernemer heeft een klus die geklaard moet worden en zoekt daar een uitvoerder bij. Voor korte of langere duur en met de benodigde competenties. Daarna is de vorm pas van belang. Is het geen structurele klus, dan is de keuze voor de flexibele schil logisch. Vervolgens kan ik kiezen om de gewenste flexibiliteit in te vullen met een zzp'er of met korte contracten. Mocht de klus structureel zijn, dan is het wellicht slim om een persoon met de juiste competenties langer en beter aan je te binden.

Kanjers waar je structureel werk voor hebt, neem je wellicht eerder in dienst. Maar grote kans dat die kanjer dat zelf niet wil, want hij/zij heeft bliksems goed door dat hij een kanjer is.

Tevens is het mijn stellige overtuiging dat geen enkele ondernemer een onderneming begonnen is om personeel te hebben. Dat overkomt je. Je hebt het niet kunnen voorkomen. De term werkgever is sowieso gevaarlijk, aangezien je zou kunnen denken dat er iets weggegeven wordt. Een werkgever is een werkhebber, die voor de uitvoering een vorm kiest.

We gaan naar orkestorganisaties. De inlener is de dirigent en stelt het orkest samen dat nodig is om het werk te spelen. Banen worden projecten, arbeidskrachten zijn hybride in vorm.

Wat betekent dit voor de hoeveelheid werk?

Ondernemers willen met zo min mogelijk mensen zo veel mogelijk resultaat behalen. De laatste eeuwen is dit de vruchtbare bodem geweest van vele technische ontwikkelingen om arbeiders overbodig te maken. Het leidt ook tot een verschuiving in businessmodellen. Er ontstaan nieuwe vormen voor eenzelfde functie. Een paar open deuren als voorbeeld:

- Het grootste taxibedrijf ter wereld (Uber), bezit geen auto's.
- Het meest populaire mediabedrijf (Facebook), creëert zelf geen inhoud.
- Het meest waardevolle winkelbedrijf (Alibaba), heeft geen voorraden.
- En 's werelds grootste accommodatieverschaffer (Airbnb), bezit geen vastgoed.
- En vergelijken we V&D met Cool Blue en Bol.com dan zien we dat de omzet niet veel voor elkaar onder doet, alleen heeft V&D 10.000 medewerkers en beide anderen slechts 700.

Darwin heeft het al bewezen: als je wil overleven gaat het er niet om wie het sterkst of het meest fit is, maar wie zich het beste kan aanpassen. De arbeidsmarkt is dus een markt van vraag en aanbod oftewel een markt van werkhebbers en werkvragers en niet een markt waarin de vorm waarbinnen arbeid wordt verricht leidend is.

Ik denk dat werkgevers en werknemers een uitstervend ras gaan worden en je kan heel gemeen zijn door te zeggen dat de vakbonden daarop vast een voorschot hebben genomen. Je ziet dat de discussies nu steeds gaan

over hoe brengen we zzp'ers terug in het format werkgever of werknemer, in plaats van hen te zien als een 3e pijler. Zzp'ers vertegenwoordigen een toekomstige werkvorm waar we veel meer mee te maken zullen hebben en veel minder met die twee andere van werkgever en werknemer.

Verslag van de plenaire discussie
Eleveld: Ik denk dat het goed is om na te denken over een nieuwe vorm van werken. Maar het is de vraag of daarbij het marktperspectief leidend is. Het zal altijd leidend zijn om zo goedkoop mogelijke arbeidskosten te hebben.

Alfrink: Ik weet niet of het voor de werkgever altijd het goedkoopste moet zijn, soms willen werkgevers de beste, degene die het meest past bij het werk dat je hebt.

Eleveld: Ik hoor je net zeggen dat de werkgever die behoefte heeft aan flexibele krachten daarnaar zal zoeken. Als hij een werknemer aan zich wil binden zal hij zoeken naar een arbeidsovereenkomst. Als ik naar de praktijk kijk zie ik PostNL wel de behoefte hebben om werknemers te binden maar daar zie ik juist een flexibele werkvorm en dat is omdat zij concurrerend moet blijven.

Alfrink: Ik zie bij PostNL een hang naar een verlaging van het loon.

Spainks: Ik denk dat je een veel weidser perspectief kunt schetsen, de 21e eeuw in. De koppeling die we altijd maken, er zijn werkgevers en die hebben werknemers nodig. De voorbeelden die je geeft (V&D tegen Bol.com), je ziet steeds vaker dat mensen een dienst of product kunnen leveren tegen lage kosten met minimaal behoud van kwaliteit zonder daarbij een heel organogram voor op te tuigen en poppetjes in vakjes te stoppen. Het werkgeven is een buitengewoon relatief begrip als je kijkt naar langetermijnontwikkelingen. Die pakketbezorgers van PostNL, daar moeten we ook wat mee trouwens, want daar gebeurt van alles. Maar als bepaalde futurologen gelijk krijgen en we hebben in elke straat over twintig jaar ergens een 3d-printer staan die tuinmeubeltjes kan printen, dan worden er geen tuinmeubeltjes meer bezorgd, en dan zijn die pakketbezorgers niet meer nodig. Dan is dat probleem ook opgelost.

Peters: Dat is een fijn perspectief!

Caminada: Er zijn vormen van solidariteit die je met elkaar wilt regelen, omdat je het niet individueel kan regelen, zoals een verzekering tegen werkloosheid in brede zin. Je zult toch altijd ook in een toekomstperspectief een arrangement moeten hebben, al dan niet via de SER. Dus die collectiviteiten zouden in jullie toekomstgedachten wel een plek moeten krijgen.

Peters: En ziekte en arbeidsongeschiktheidspremie.

Caminada: Werkloosheid en (basis)pensioen zijn evidente voorbeelden van wat je in het collectief moet regelen.

Alfrink: Je ziet wel verschillende vormen ontstaan bij de pensioen, – zzp-pensioen, 3e pijler-variant. Waarbij mensen eigenlijk zeggen, ik stort daar geld in want ik wil nu niet alleen zelfstandig zijn maar later ook. Maar het is redelijk ongeoormerkt geld, omdat je het ook zou kunnen aanwenden voor je arbeidsongeschiktheid. Stel, je wordt op je 60e arbeidsongeschikt: dan zou je het geld dat je spaart voor je pensioenvoorziening ook voor je arbeidsongeschiktheid kunnen gebruiken. Dat zie je bij steeds meer zzp' ers die zich geholpen voelen in het sparen als buffer voor dingen die hen zouden kunnen overkomen.

Caminada: Maar het risico kan intreden en dat kan betekenen dat je potje niet genoeg is. Dat is het kenmerk van verzekeren! Verzekeren in grotere kring. Ik snap wel dat zzp'ers daar liever niet aan willen, aan een vorm van verplichting, maar je zult niet zonder kunnen als je iets wilt met een werkloosheidverzekering of een pensioenverzekering die dekkend is in deze maatschappij.

Alfrink: Als ZZP Nederland hebben we een verzekeringsbedrijf, waarbij veel mensen ten minste de calamiteiten-variant van de arbeidsongeschiktheidsverzekering kunnen afsluiten.

Caminada: Het woordje "verplicht" gaat niet uit uw mond komen, vermoed ik.

Alfrink: Ik wil er nog één ding bij zeggen. Wat je merkt bij het begrip solidariteit is het collectief realiseren van het individueel belang. Die vorm

van solidariteit is er wel (het broodfonds is daar een voorbeeld van). Het gezamenlijk bedienen van een collectief belang, die vorm is er wel.

Ter Haar: Ik wilde hier naartoe. Als je naar de toekomst kijkt, moeten we dan niet nadenken van welke maatschappijvisie we uitgaan? Welke vormen van solidariteit en bescherming e.d. willen we überhaupt? Misschien willen we in de toekomst helemaal geen welvaartmaatschappij meer, of geven we niet meer om de onderkant van de samenleving. Of juist wel? Mijn punt is dat je van daaruit moet denken: dit is waar we naartoe willen, wat we nu in ieder geval van elkaar willen en dat je van daaruit gaat terugredeneren. Welke instituties heb je daarvoor nodig en hoe moet je dat regelen? Dat je al het oude en bestaande eerst loslaat en dan opnieuw gaat optuigen. Dan moet je ook een discussie aangaan, nemen we de markt als leidend, gaan we uit van de beschermingsgedachte of van iets heel anders?

Alfrink: Ik denk dat we nog lang niet aan het totaal van onze zzp'ers zijn. Het worden er alleen maar meer.

Ter Haar: Daar kun je misschien een beginnende trend uit halen. Maar dat neemt niet weg dat, als je die trend doortrekt, je dan een bepaalde ontwikkeling krijgt en die levert een aantal problemen op, waarvan je moet bedenken of je dat nog problemen vindt. Dat is mede afhankelijk van welke visie je aanhangt.

Boot: Het systeem dat je schetst is toch zoiets als ieder voor zich, terwijl het systeem van werknemersbescherming en cao's op allerlei vlakken een vorm van solidariteit betekent. Als monteur in een garage krijg je een vast salaris, afhankelijk van ervaringsjaren. En dat is een gemiddelde, blijkbaar is voor die werkgevers voor vijf jaar ervaring dat salaris kloppend. Als monteurs onhandig zijn dan verdienen zij relatief veel voor wat zij waard zijn. Anderen hadden als zelfstandige meer kunnen verdienen, en daarover hebben we een collectieve afspraak gemaakt. Op het moment dat je zegt: ieder voor zich, dan verhuren natuurlijk de beste, de meest handigste de meest gezonde, zich voor een hoge prijs, en degene toevallig met de zwakkere gezondheid, die blijft over. Ik vind het een terechte vraag: wat is het maatschappijbeeld, wat leg je er eigenlijk onder, voordat je zegt, in welke mate laat je het los.

Westerveld: Frank Alfrink, kun in drie woorden zeggen wat jouw morele ijkpunt is?

Alfrink: Als je jonge ondernemers, jonge *start-ups* spreekt en mensen die klaar zijn met hun school, die kiezen niet voor *lifetime employment*, ze kiezen voor zoveel uur werken en dit doen en zus doen en zo doen in de vorm van ondergeschiktheid. Ik snap dat als je dit doortrekt dan krijg je een beeld van een x hoeveelheid mensen die daarin niet passen, die daar niet in meekunnen en die je plat gezegd overhoudt. Dat is de reden dat je zegt we moeten een fundamentelere discussie gaan voeren en niet alleen maar over een "minimumtariefje". Of alleen maar over fiscale gevolgen van veel zzp'ers, nee dan moeten we aan de hand van deze ontwikkelingen inderdaad een mensbeeld en een maatschappijbeeld ontwikkelen dat recht doet aan deze ontwikkeling, maar ook dat recht doet aan de consequenties die er zijn door deze ontwikkeling, namelijk dat je een grote groep mensen overhoudt die niet meekunnen.

De Wolff: Is dat dan het organiseren van solidariteit of is dat het aanhaken bij het verlies van solidariteit wat je kunt zien? Als je mensen vraagt ben je voor of tegen een doorsneepremie, als je ze hebt uitgelegd wat een doorsneepremie is, zeggen ze: we zijn ertegen. We betalen voor al die oude mensen, waarom zouden we het doen?

Alfrink: Dat is ook een hele grote discussie.

De Wolff: Nou reken maar dat die eraan gaat, die doorsneepremie die zijn we over tien jaar echt kwijt. Of misschien wel eerder. De vraag is toch, welk minimumniveau van solidariteit wil je blijven organiseren en hoe doe je dat dan.

Alfrink: Is het niet beter om de discussie te voeren: hoe houd je solidariteit overeind en hoe houd je de samenleving overeind? Beter dan wat we nu veel aan het doen zijn, ook in de politiek: zeggen dit is een ongewenste ontwikkeling.

De Wolff: Ik denk dat je dat totaal niet tegenhoudt, de scheiding tussen arbeid en kapitaal gaat verdwijnen.

Spanninks: Mag ik een stapje terugdoen en waarschuwen voor een tendens die ik toch af en toe in het gesprek hoor? Solidariteit is een belangrijk begrip, zeker. Het wordt afgezet tegen individualisme en daar is een heleboel voor te zeggen. Je kunt zzp'ers heel makkelijk in een hoek drukken waarin ze zich gedwongen voelen om te zeggen: ik kies voor individueel tegen collectief en met die solidariteit heb ik niets. Wat ze dan eigenlijk bedoelen is, ik heb niets met de solidariteit van de vakbonden; met de werknemers- en werkgeversorganisaties die cao's afsluiten en daarin bepalingen opnemen over zzp'ers die daarin onder het juk door moeten. Dat is een solidariteit waar ze "nee" tegen zeggen. Maar als je kijkt naar wat zzp'ers in de praktijk in het land doen, van Groningen tot Kerkrade, onderling, als zzp'ers met hun klanten, de verantwoordelijkheden die ze in hun werk nemen, de verantwoordelijkheden die ze in hun gezin en voor hun vrienden en kennissen nemen, en de vormen van solidariteit die daar ontstaan, die kunnen minstens tippen aan het soort solidariteit dat nodig is.

Boot: Mijn opmerking ziet er ook niet op dat individuele zzp'ers wars zouden zijn van solidariteit, mijn opmerking ziet erop als we naar een systeem toe willen zoals Alfrink het schetst, waarbij alle gezonde hardwerkende mensen hun arbeid tegen de maximale prijs mogen verkopen, dat je de kneuzen en de toevallige pechvogels overhoudt.

Caminada: En daar past ook de nieuwe vorm van solidariteit bij die werd genoemd. Dat ondernemers elkaar vinden, dat zij kleine solidariteit regelen, dat is een opt-in-systeem van mensen die elkaar selecteren.

Alfrink: Ik zie niet per se wat we zouden willen, maar wat ik zie gebeuren.

Ter Haar: Je kunt je ook afvragen, gegeven die ontwikkeling, hoe wenselijk vinden we dat, waar willen wij als maatschappij voor staan. Vinden we het oké, dat sommigen buiten de boot vallen en/of dat anderen ontzettend veel meer vruchten plukken dan de rest?

Alfrink: Dat is een discussie van het eerste uur over de Wet re-integratie. Als je die zo hoort, die hele opsomming, we gaan twaalf jaar doorbetalen. Dan ben je toch achterlijk als je personeel aanneemt als onder-nemer?

Ter Haar: Nee, dat wordt onderdeel van de discussie: willen we dit nog?

Alfrink: Maar dat is wel iets dat we aan het bouwen zijn. We hebben de afgelopen jaren zoveel regelgeving gebouwd rond het werknemerschap, daarom is er een vlucht naar buiten gekomen. Het laatste wat je doet als je een ondernemer bent met een goed idee is een werknemer aannemen.

Dingemans: Je moet eigenlijk een nieuwe manier vinden vanuit het midden, een basisvoorziening, bijna een basisinkomen. Bij de zorg komen we er wel uit dat er een bepaalde minimumbasisverzekering moet zijn voor iedereen. Maar die staat enorm onder druk: ik denk dat er flink in gesneden gaat worden de komende jaren, omdat die niet meer betaalbaar is. En op de arbeidsmarkt mis je een visie daarop omdat daar heel fragmentarisch naar gekeken wordt en gedacht vanuit de arbeidsovereenkomst, maar die gedachte volstaat niet meer.

Peters: We moeten beginnen de arbeidsovereenkomst een beetje te ontlasten.

Pentenga: Wat mij tegenstaat is dat de toekomstvoorspelling zich ontwikkelt tot een soort minimumniveau. Maar je kiest er de hele tijd voor om dat bewust niet te doen, en op het moment dat je er zelf door pech uitvalt, uit die groep gelukkigen, dan moet er ineens wel een basisverzekering zijn, dat vind ik een rare vorm.

Westerveld: Wat ik wel aardig vond, ik hoorde hier visies over robotisering, feitelijk werkgeverschap gaat verdwijnen, of het klopt weet ik niet, maar ik zie er een visie in. Wat betekent dat voor de samenleving waarin wij willen leven? Hoe zou het arbeidsrecht er dan uit moeten zien?

Caminada: Ik schat in dat er vrij snel een discussie binnen de groep heterogene zelfstandigen gaat ontstaan over solidariteit en maatschappij en dat komt door het volgende. Je ziet dat mensen in het kader van de oplopende zorgkosten een eigen bijdrage moeten betalen. En dat is het eerste pijnpunt wat binnen de groep van zelfstandigen een splijtzwam zal blijken te zijn. Er zijn mensen die serieus proberen aan pensioenopbouw te doen. Deze verstandige zzp'er die spaart wordt gepakt door een extra bijdrage aan de zorgkosten, terwijl de zzp'er die niet zoveel opzij heeft gezet voor de oude dag de dans ontspringt. Daar komt heel snel een discussie over, want bij de vermogenstoets in de AWBZ gaat het over enorme bedragen.

Drijvers: We moeten een maatschappij-brede discussie voeren: hoe gaan we werk organiseren en hoe gaan we solidariteit organiseren en niet alleen voor zzp'ers maar evenzo voor werknemers.

Boot: Ik vond het wel heel erg grappig dat helemaal op het eind op de discussie de vraag wordt gesteld hoe gaan we solidariteit organiseren. Je ziet daarmee hoe dezelfde vragen steeds terugkomen maar vervolgens wel tot andere antwoorden leiden.

Westerveld: Dat lijkt me een mooie afronding. Applausje voor de sprekers!

HOOFDSTUK 10

DE PLAATS VAN HET ARBEIDSRECHT[1]

10.1 Inleiding

De VvA richt zich op het brede arbeidsrecht, inclusief het socialezekerheidsrecht. Van begin af aan is er discussie geweest over de plaats van het arbeidsrecht in het rechtssysteem. Is het (niet veel meer dan) een bijzonder deel van het privaatrecht of is de invloed van het publiekrecht van dien aard, dat het een status aparte heeft? Anno 1996 speelde onder meer de overheveling van een deel van het socialezekerheidsrecht naar het arbeidsrecht (privaatrecht) door de verantwoordelijkheden van de werkgever voor de arbeidsongeschikte werknemer te vergroten. In het medezeggenschapsrecht was sprake van een toename van medezeggenschapsrechten in het BW, zoals het enquêterecht en de structuurregeling. Deze werden niet in de specifieke wetgeving, de Wet op de ondernemingsraden, vormgegeven. Anno 2016 claimen tal van andere rechtsgebieden zeggenschap over het "arbeidsrecht". De wijzigingen in de Faillissementswet (pre-pack), Boek 2 (bestuurder), bijzondere wetgeving (WNT) etc., roepen op z'n minst de vraag op of er nog voldoende oog is voor de samenhang binnen het arbeidsrecht als systeem (als er al een systeem is). Bovendien speelt mogelijk het onderbrengen van het overgrote deel van de ambtelijke rechtsverhouding naar het civiele arbeidsovereenkomstenrecht. Houdt dit een privatisering van de publieke arbeidsverhoudingen in of leidt dit tot een versterking van de status aparte van het arbeidsrecht (de mengelmoes van publiek/privaat). Tegelijkertijd zien we een zekere drang naar uniformering bij het hanteren van arbeidsrechtelijke termen in het socialezekerheidsrecht en arbeidsovereenkomstenrecht. Ten slotte roept de diversiteit en pluraliteit aan werkers en werkverschaffers de vraag op of herijking van het arbeidsrecht als wettelijke regeling geboden is.

---

1 Verslag van gespreksbijeenkomst 3 VvA op 25 januari 2015 door Marieke ten Broeke. Deelnemers: Ruben Houweling (gespreksleider), Jaap van Slooten (gespreksleider), Joost Berculo, Pieter van den Brink, Rick van Coevorden, Marnix Holtzer, Judith van der Hulst, Cees Loonstra, Job van der Pijl, Els Seebregts, Vino Timmerman, Ilse Zaal en Nuna Zekic.

10.2 Stellingen

Het voorgaande leidt tot drie stellingen, die de aanzet vormden van de discussie over de plaats van het arbeidsrecht in het wettelijke systeem:

1. *Arbeidsrecht is een bijzonder en eigenstandig rechtsgebied en dient als eenheid met duidelijke grenzen te worden beschouwd – en beschermd.*
2. *Arbeidsrecht als eigenstandig rechtsgebied is niet meer van deze tijd.*
3. *Een Wetboek van Arbeid (inclusief sociale zekerheid) heeft de toekomst.*

10.3 Discussie

10.3.1 Het arbeidsrecht als eigenstandig rechtsgebied

Stelling 1 en 2 zijn elkaars tegenpolen. Deze zijn in de discussie dan ook tegelijkertijd besproken. De discussie komt in de kern neer op twee vragen. De eerste luidt: is het arbeidsrecht een eigenstandig rechtsgebied met bijbehorende bescherming? De tweede vraag kan als volgt worden samengevat: zo ja, is dit thans nog wenselijk?

De arbeidsovereenkomst is thans geregeld in Boek 7 en maakt deel uit van de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek. Daarom wordt enerzijds gesteld dat het arbeidsrecht daarom geen eigenstandig rechtsgebied is, hoewel het wel eigen specifieke kenmerken bezit. Er wordt ook regelmatig teruggegrepen op algemene vermogensrechtelijke normen als art. 6:248 BW wat een extra indicatie is dat geen sprake is van een eigenstandig rechtsgebied. Anderzijds is het zo dat het arbeidsrecht een eigen terminologie kent. Daarmee is niet gelijk sprake van een eigenstandig rechtsgebied.

Bovendien wordt door sommigen opgemerkt dat de rechter, met name de Hoge Raad, arbeidsrechtelijke problematiek oplost aan de hand van vermogensrechtelijke leerstukken. Daarom kan worden beredeneerd dat het arbeidsrecht door de rechterlijke macht niet als eigenstandig rechtsgebied wordt gezien. Een ander argument is dat het arbeidsrecht geen vaste kernpunten heeft waarlangs of van waaruit wordt geredeneerd, zoals binnen het ondernemingsrecht bijvoorbeeld wel het geval is. De fundamenten van het arbeidsrecht zijn tot op heden immers niet eenduidig vastgesteld. Bovendien is de invulling van deze kernwaarden zeer subjectief van aard. Dit geldt ook voor ongelijkheidscompensatie, een waarde die

vaak als grondgedachte van het arbeidsrecht wordt genoemd. Het invullen van het begrip ongelijkheidscompensatie is niet aan de arbeidsrechtwetenschap, maar aan de politiek. Daarom is geen sprake van eigenheid. Ongelijkheidscompensatie kan bovendien niet voor het hele arbeidsrecht als verbindende factor gelden, omdat de wetgever deze waarde bij nieuwe arbeidsrechtelijke wetgeving niet altijd als uitgangspunt neemt.

Het zou volgens sommigen ook niet gewenst zijn het arbeidsrecht te duiden als eigenstandig rechtsgebied. Een integrale, holistische benadering van elkaar rakende onderwerpen en regelingen zou juist de te verkiezen route zijn. Zo kunnen bepaalde problemen die het arbeidsrecht raken in andere regelingen worden opgelost. Een voorbeeld daarvan is de positie van werknemers bij een pre-pack, die wordt geregeld in de Faillissementswet. Bij nieuwe wetgeving zou een vergelijkbare integrale benadering kunnen en moeten worden toegepast. Nu wordt deze integrale benadering min of meer toevallig toegepast, terwijl dit juist het uitgangspunt zou moeten zijn. De infrastructuur tussen verschillende subrechtsgebieden zou beter geregeld moeten worden. Dit kan onder andere worden bewerkstelligd door meer onderling overleg tussen departementen. Het arbeidsrecht zou geen eiland moeten zijn waarbinnen dit soort problemen worden opgelost. Dit zou ook niet kunnen, nu de grenzen van dit rechtsgebied niet helder zijn. Bovendien verhoudt het inkaderen van het arbeidsrecht zich moeizaam tot het feit dat bepaalde problemen niet op voorhand te bedenken zijn. Er blijft dan ook behoefte aan open normen.

Daar werd tegenin gebracht dat arbeidsrecht meer omvat dan slechts de arbeidsovereenkomst. Het ziet volgens velen immers ook op bijvoorbeeld het cao-recht en het medezeggenschapsrecht. Bovendien kan het gestelde gegeven dat de rechter arbeidsrechtelijke vraagstukken oplost aan de hand van het vermogensrecht, worden verklaard door het feit dat de meeste rechters civilisten zijn en geen arbeidsrechtspecialisten. Ook wordt het arbeidsrecht – door anderen dan rechters – juist wel als afzonderlijk rechtsgebied gezien. Dit blijkt alleen al uit het feit dat veel advocatenkantoren een afzonderlijke arbeidsrechtsectie hebben. Bepaalde begrippen worden arbeidsrechtelijk ingevuld. Ook dit wijst op eigenstandigheid.

De duiding van het arbeidsrecht als zelfstandig rechtsgebied is volgens een deel van de deelnemers in ieder geval wel wenselijk. Het rechtsgebied zou dan als zodanig geanalyseerd kunnen worden waardoor ook de zwaktes en leemtes duidelijk in beeld komen. Vervolgens kan bepaald

worden hoe deze verholpen kunnen worden. Dit hoeft niet per definitie aan de hand van arbeidsrechtelijke normen, maar kan ook aan de hand van het vermogensrecht plaatsvinden. Het arbeidsrecht binnen een kader plaatsen betekent niet dat het algemene vermogensrecht niet meer van toepassing kan zijn, maar dat meer consistentie kan worden gecreëerd ten aanzien van de vraag wanneer dit moet worden toegepast en wanneer specifiek arbeidsrechtelijke normen worden toegepast. Ook kan duidelijkheid van begrippen voorkomen dat de politiek een bepaalde invulling geeft aan leemtes en problemen die vanuit het arbeidsrecht als ongewenst worden gezien. Het voorbeeld werd genoemd dat Boek 2 het ondernemingsrecht veel heeft gebracht. Door alles in een wetboek onder te brengen, wordt men gedwongen na te denken of de invoering van een tegenstrijdigbelangregeling voor de NV niet ook voor andere rechtspersonen zou moeten gelden.

Wanneer het arbeidsrecht als een eigenstandig rechtsgebied wordt gezien, hoeft dit niet te betekenen dat geen gebruik meer kan worden gemaakt van open normen. Ook vraagt men zich af of het risico bestaat dat wanneer het arbeidsrecht niet als eigenstandig rechtsgebied wordt beschouwd, het uit elkaar zou vallen door de invloeden van buitenaf.

Hoewel sprake is van vervaging van nationale rechtsgebieden door Europese invloeden en een veel complexere maatschappelijke realiteit dan in 1907 kunnen binnen het arbeidsrecht bepaalde begrippen eenduidig worden uitgelegd, zoals het begrip werkgeverschap. Het zou een taak van de wetenschap moeten zijn het arbeidsrecht binnen kaders te plaatsen waarmee de rechtspraktijk uit de voeten kan.

10.3.2 Wetboek van Arbeid

Tegenstanders van één Wetboek voor Arbeid(sverhoudingen) beargumenteren dat het gelaagde systeem van het BW goede kanten kent waar het arbeidsrecht van profiteert. Dit zou wegvallen door de arbeidsverhouding buiten het BW te regelen. Ook werd betoogd dat geen sprake is van indringers, wat een van de argumenten voor een Wetboek van Arbeid is. Ook vroeg men zich af wat het huidige systeem van titel 7.10 en aanverwante arbeidsrechtelijke regelgeving mist dat kan worden opgelost door één wetboek. Het is waar dat de regeling in het BW op dit moment niet meer (geheel) aansluit bij de realiteit en pluraliteit van arbeidsverhoudingen, maar dit kan opgelost worden door de wet aan te passen. Een ander

argument dat werd aangedragen tegen een Wetboek van Arbeid knoopt aan bij de in 2007 in werking getreden Pensioenwet. Hoewel de aandacht voor het pensioenrecht hierdoor is toegenomen, heeft de wet er ook toe geleid dat de aandacht voor bijvoorbeeld het achterliggende vermogensrecht is verslapt. Dit zou voor de arbeidsovereenkomst niet wenselijk zijn.

Voorstanders van een Wetboek voor Arbeid(sverhoudingen) betogen dat een Wetboek van Arbeid kan bijdragen aan het eenduidig definiëren van begrippen, zoals het werkgevers- en werknemersbegrip. Het is waar dat het een tijdrovend proces zou zijn, maar een nieuwe wet zou dan ook weer vele jaren kunnen meegaan.

Wanneer men zou concluderen dat een Wetboek van Arbeid of Arbeidsverhoudingen gewenst is, luidt de vervolgvraag wat de inhoud van dit wetboek dient te zijn. De gedachte wordt breed gedragen dat het wetboek in ieder geval de grondslagen van het arbeidsrecht moet bevatten. Zoals eerder al werd benadrukt, is het eenduidig vaststellen van arbeidsrechtelijke grondslagen tot op heden niet gelukt. Bovendien is het vaststellen van de waardes in grote mate een politieke keuze. Dit neemt de mogelijkheid van het vaststellen van fundamenten echter niet per definitie weg. Er zou onderzocht kunnen worden welke waardes door Europa, andere landen of de ILO als arbeidsrechtelijke fundamenten worden aangemerkt. Dit kan inspiratie opleveren voor een grondslagencatalogus. Bij het vaststellen van de waardes moet rekening worden gehouden met de wederkerigheid van de arbeidsrelatie. Het gaat niet alleen om de belangen van de werkende die als zwakkere partij wordt beschermd, maar ook om belangen van de werkgever, zoals de vrijheid van ondernemerschap.

Het Wetboek van Arbeid(sverhoudingen) zou het arbeidsrecht moeten moderniseren. De huidige wet gaat uit van de traditionele arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer. Dit is echter niet langer de (enige) realiteit, nu andersoortige werkers meer en meer een plaats veroveren binnen de markt. De wetenschap zou zich moeten buigen over de vraag op welke manier we deze andersoortige werkers een plek binnen het arbeidsrecht – en het Wetboek van Arbeid – moeten geven. Dit geldt niet alleen ten aanzien van het al dan niet duiden van die werkers, maar ook ten aanzien van de bescherming van deze groepen. Graduele bescherming, ook wel bescherming in concentrische cirkels, is hiervoor een mogelijkheid. Door het scheppen van zulke kaders hoeft minder snel ad hoc te

worden ingesprongen door de praktijk. Er zou dan sprake zijn van een hogere mate van consistentie. Geen overeenstemming bestaat over de vraag of ambtenaren dan ook een plaats moeten hebben binnen dit wetboek.

Opgemerkt werd dat concrete (wets)voorstellen tot verbetering van bestaande regelgeving door disciplineverenigingen – zoals bijvoorbeeld Insolad – uiteindelijk hebben geleid tot een "sense of urgency" bij de wetgever en al dan niet overname van bepaalde verbeteringen. Het wordt belangrijk gevonden dat de VvA het zich tot haar taak rekent dergelijke initiatieven tot modernisering van de huidige wettelijke regeling te initiëren.

Deze modernisering maakt dat ook moet worden nagedacht over de vraag wat de positie is van zzp'ers en andere (nieuwe) werkers binnen arbeidsrechtelijke regelingen buiten art. 7.10 BW, zoals de WOR en de Wet CAO. Het feit dat deze nieuwe groepen werkers ook hier een rol in krijgen, is een argument deze wetten ook op te nemen in het Wetboek voor Arbeid.

Voorzichtigheid is geboden bij het inbrengen van te veel aanverwante arbeidsrechtelijke regelgeving als onderdeel van het Wetboek van Arbeid. Het socialezekerheidsrecht staat bijvoorbeeld in direct verband met de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte. Er valt dus veel voor te zeggen deze aanpalende regelgeving in het Wetboek van Arbeid op te nemen. Anders is dit voor regelingen als de Wet loonbelasting en de Wet DBA, nu binnen deze regelingen sprake is van een andere verhouding en andere uitgangspunten dan binnen het arbeidsrecht.

10.4 Conclusie

Illustratief voor het debat over de vraag of het arbeidsrecht als eigenstandig rechtsgebied moet worden aangemerkt, was de opmerking dat dit eerder een "willenschap" dan een "wetenschap" is. Echter, gelijk aan het ondernemingsrecht wordt het arbeidsrecht wel gekenmerkt door eigensoortige vraagstukken en problemen. De "eigen taal" van het arbeidsrecht wordt erkend en gedeeld. De vraag of het arbeidsrecht met haar eigen taal een eigenstandig rechtsgebied oplevert, wordt naar gelang men dit meer opvat als een afgebakend rechtsgebied *los* van het verbintenissenrecht ontkennend beantwoord. Oftewel, we hebben te maken met een bijzonder rechtsgebied waar doorwerking van het vermogensrecht wel plaatsvindt

en moet plaatsvinden (het arbeidsrecht is geen geïsoleerd eilandje), maar dat die doorwerking wel moet aansluiten bij het bijzondere karakter en de taal van dit rechtsgebied.

Ook de keuze voor een Wetboek van Arbeid wordt met eenzelfde reflectie ontvangen. Het louter samenbrengen van alles wat met arbeid te maken heeft in één wetboek lijkt weinig toegevoegde waarde te hebben. Als gekozen wordt voor één wettelijke regeling of een inleidende afdeling op allerlei verschillende vormen van arbeidsverhouding, kan een *framework* worden gecreëerd. Dit framework zou bevorderend zijn voor het oplossend vermogen van het arbeidsrecht voor toekomstige problemen.

Ongeacht het antwoord op bovenstaande vragen, is de conclusie dat het huidige arbeidsrecht steeds minder aansluit op de maatschappelijke realiteit – en daarmee steeds minder oplossingen aandraagt voor maatschappelijke problemen. Het arbeidsrecht moet worden gemoderniseerd. Zo kan tegemoet worden gekomen en geanticipeerd op nieuwe vormen van arbeid. Daarbij kan inspiratie worden geput uit regelingen in het buitenland. De VvA zou het initiatief moeten nemen om tot modernisering van het arbeidsrecht te komen.

10.5 Naar een houdbare regulering van arbeidsverhoudingen

Ronald Beltzer[2]

"Polder stuurt aan op arbeidsmarktrevolutie", zo kopte het *Financieele Dagblad* van zaterdag 9 januari. Die revolutie houdt kort gezegd in: beduidend kortere loondoorbetaling bij ziekte voor werkgevers en een sociaal vangnet voor zzp'ers. Op 3 februari schafte de Eerste Kamer de VAR af. Een dag later overlegde de SER over de toekomst van het minimumjeugdloon, een regeling die bijna geen enkel ander beschaafd land kent in de vorm zoals wij kennen, met zulke grote verschillen tussen werknemers tot 23 jaar en werknemers vanaf die leeftijd. Het is voorts geen geheim meer dat werkgevers en werknemers, ook binnen de SER, met hun handen in het haar zitten over de Wet werk en zekerheid – die wordt, zacht gezegd, niet als het succesverhaal gezien dat men ervan had verwacht.

2 Ronald Beltzer is hoogleraar arbeid en onderneming aan Universiteit van Amsterdam.

Geen gek idee de bouwstenen van een goed arbeidsrecht (inclusief sociale-zekerheidsrecht en daarop gebaseerde fiscale regelgeving) weer eens onder de loep te nemen. 2016 kan wel eens het jaar worden waarin alle belanghebbenden diep gaan nadenken over én gaan handelen naar hoe we onze arbeidsmarkt zouden moeten reguleren. Vele arbeidsmarktarrangementen zijn verroest, uit de tijd of werken contraproductief. Daar kunnen werkgevers en werknemers over meepraten. De vraag is of de recente plannen voldoende zullen zijn om ons het komende decennium rust op de arbeidsmarkt te verschaffen. Laten wij daartoe eens kijken naar wat de afgelopen periode is voorgevallen.

Arbeidsrechtelijk gezien is 2015 een woelig jaar geweest. Kijken wij terug, dan zien wij, onder andere, vurige discussies over de definitie van schijnzelfstandigen (denk aan pakketbezorgers van PostNL en remplaçanten in een orkest), de vraag of pensioen voor zzp'ers verplicht moet worden, het ongenoegen bij de FNV om het loonakkoord voor ambtenaren, gedoe over de fiscale arbeidskorting, het inperken van payrolling in de gloednieuwe Ontslagregeling, alsmede een paar nieuwe wetten zoals de Wet aanpak schijnconstructies (waar nu al veel kritiek op is wegens de schier eindeloze ketenaansprakelijken) en, het magnum opus van het ministerie van SZW: de Wet werk en zekerheid, een wetgevingsoperatie die mede is bedoeld om het verschil tussen flexibele en vaste arbeidsovereenkomsten te verkleinen – en waarvan vóór de inwerkingtreding ervan (op 1 juli 2015) al werd geroepen dat zij een mislukking was.

(Zie voor een voorbeeld van de vele discussies hierover de uitzending van Nieuwsuur van 10 december 2015: http://nos.nl/nieuwsuur/video/2074362-wet-werk-en-zekerheid-werkt-juist-averechts.html.)

Verder verscheen een venijnig FNV-rapport over contracting dat de bijl aan de wortel voor het cao-overleg zou zijn. De voorkant van het rapport laat weinig ruimte voor twijfel over hoe de FNV over deze nieuwe vorm van werkverschaffing denkt:



Het afgelopen jaar laat hiermee een duidelijke rode draad zien: de gewenste verhouding tussen wat voorheen insiders werden genoemd – de werknemers met een vast contract – en alle anderen die niet tot die categorie behoren – de outsiders, al doe ik met deze term zeker niet iedereen recht. Verschillende belanghebbenden staan in deze discussie soms naast, soms tegenover elkaar. Feit is dat de groep outsiders steeds groter en belangrijker wordt, waardoor de norm verschuift, of men dat nu een prettige gedachte vindt of niet.

Over de duiding van die ontwikkeling is men in de Haagse politiek niet eenstemmig. In het dubbelnummer 42/43 van Vrij Nederland (2015) werd minister Asscher van SZW geciteerd: "Waarom zijn we normaal gaan vinden wat niet normaal is?" Volgens het artikel slaat deze verzuchting op het gegeven dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd – "het vaste contract" – meer en meer concurrentie krijgt van allerhande flexibelere arrangementen zoals payrolling, contracting en het inzetten van zzp'ers voor werk dat voorheen door "echte" werknemers werd verricht. Hoewel dit in feite al een paar jaar aan de gang is, ziet u hier een echo van de zojuist genoemde onderwerpen die het arbeidsmarkt-/arbeidsrechtelijke discours in 2015 hebben gedomineerd. Over de oorzaken van voornoemde concurrentie is de afgelopen tijd al veel geschreven en gedebatteerd. De arbeidsmarkt is inderdaad al enige jaren in flux. Sommigen wijzen op toegenomen internationalisering die werkgevers zou dwingen arbeidskosten laag te houden en het legioen werknemers zo flexibel mogelijk. De concurrentie op loonkosten treft in die opvatting, naar te verwachten valt, vooral de onderkant van de arbeidsmarkt. Anderen wijzen op de gestage

verzwaring van de arbeidsovereenkomst met allerhande juridische en administratieve verplichtingen, met als meest genoemde voorbeeld de langdurige loondoorbetalingsplicht bij ziekte – een onderwerp dat al enige tijd op de beleidsagenda staat. Werkgevers willen simpelweg geen vast contract meer aanbieden omdat vast te vast is geworden, zeker in vergelijking tot de mogelijkheden die flexibele arbeid biedt. Waarschijnlijk hebben beide groepen voor een deel het gelijk aan hun zijde.

Er zijn echter nog meer, wellicht verontrustendere, verklaringen aan te wijzen. In het *Financieele Dagblad* van 9 december jl. is Guy Ryder aan het woord, directeur-generaal van de Internationale Arbeidsorganisatie, bij velen beter bekend onder het Angelsaksische acroniem ILO. Ook hij onderschrijft dat de arbeidsmarkt is veranderd, al loopt Nederland daarbij wat hem betreft voorop: "De ILO heeft 186 leden en ik ken geen land met zo'n diverse arbeidsmarkt, zoveel tijdelijk werk, zoveel deeltijdbanen en zzp'ers." Naar zijn oordeel is de wereldwijd ingezette flexibilisering van de arbeid niet meer terug te draaien, Hij wijst op de ingezette technologische disruptie, of wat de Fransen de "uberisation van de arbeidsmarkt" noemen: arbeid wordt meer en meer georganiseerd via virtuele platforms, in plaats via een traditionele relatie tussen werkgever en werknemer: "Het wordt een puur commerciële, transactionele relatie." Voorts wijst hij op de hierdoor veranderende rol van multinationals. Zijn visie hierop: "Zij hebben steeds minder mensen in dienst, maar worden partijen die werk organiseren. Een klus voor een week of dag of uur is geen arbeidsrelatie meer. Het tempo waarin dat verandert, verschilt van land tot land, maar ik zie bijna overal dat de arbeidsrelatie wordt afgewaardeerd. Neem de 800.000 nulurencontracten die Groot-Brittannië inmiddels telt. Dat was vijf jaar geleden nog ondenkbaar." Ziet Ryder het goed, dan zal de flexibilisering alleen maar toenemen en kan contracting een gouden toekomst tegemoetzien. De vakbonden zullen huiveren.

Welke van de hiervoor genoemde verklaringen ook de boventoon moge voeren, feit is dat het voorheen relatief overzichtelijke palet aan arbeidsverhoudingen inmiddels een mozaïek is geworden van verschillende juridische en economische pluimage, waarbij sommige werkenden soms tegelijkertijd verschillende rollen innemen – denk aan de zzp'er met een arbeidsovereenkomst elders. We kunnen pogen elke werkende in de mal van de arbeidsovereenkomst te duwen. De Wet werk en zekerheid lijkt deels met dat doel te zijn ingevoerd: verklein de verschillen tussen flexibel en vast en de werkgeverskritiek op vaste arbeid en de werknemerskritiek op flexibele arbeid verdwijnen vanzelf, zeker indien tegelijkertijd payrolling en contracting in het Ontslagbesluit van hun scherpste kanten zijn ontdaan.

Dit lijkt de strategie van minister Asscher te zijn (geweest). Nog afgezien van het feit dat de Wet werk en zekerheid hoogst waarschijnlijk niet die uitwerking zal hebben, is die strategie alleen dan vruchtbaar indien de veranderde arbeidsmarkt inderdaad kan worden gezien als een (vrijwel uitsluitende) reactie op het verschil tussen flexibel en vast, waarmee de gevoelde zwaarte van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd samenhangt – die figuur die alle werknemersleed (zorg, ziekte) koloniseert en op de schouders van de werkgever legt.

Naar aanleiding van deze terugblik kan een beter gefundeerde blik vooruit worden geformuleerd. Het wordt, meen ik, tijd de pluriforme situatie op de arbeidsmarkt als een realiteit te beschouwen en haar niet te bestrijden. De slag om het primaat van de vaste arbeidsovereenkomst in haar huidige vorm lijkt meer en meer een achterhoedegevecht te worden. Dat betekent niet dat wij het vaste arbeidscontract als principe zouden moeten opgeven. Het betekent nog minder dat wij moeten toestaan dat al die andere arbeidsverhoudingen ongereguleerd zich kunnen blijven ontwikkelen, of dat we zzp'ers maar aan hun lot moeten overlaten omdat zij zaken wel zelf kunnen regelen (dat zeiden velen in de 19e eeuw van arbeiders ook). Iedereen weet dat een gebrek aan duidelijke regels en handhaving tot een arbeidsmarkt van het Wilde Westen leidt – wie twijfelt, leze bijvoorbeeld de woelige geschiedenis van het uitzendwezen. Het is echter wél tijd bij het vaststellen van welke regels hebben te gelden in een arbeidsverhouding, meer volwaardige varianten toe te laten dan alleen maar "de" arbeidsovereenkomst of "de" zelfstandigheid. Daarbij zouden we meer dan nu rekening moeten houden met zaken als de maatschappelijke positie van de werkende, iets wat we al doen bij het vaststellen of iemand een arbeidsovereenkomst heeft dan wel een opdrachtnemer is, zoals velen die dachten met een VAR veilig te kunnen ondernemen zullen kunnen beamen (het blijft overigens vreemd dat de ministeries van sociale zaken en financiën blijkbaar nooit tot eenzelfde definitie van dienstverband/arbeidsovereenkomst hebben kunnen komen). Een krasse tegenstelling ter illustratie: de statutair bestuurder van een grote NV behoeft niet de voor alle werknemers geldende bescherming van regels met betrekking tot re-integratie bij ziekte en herplaatsing bij ontslag; de laaggeschoolde handarbeider met een opdrachtovereenkomst mag in geval van een louter door winstperspectieven ingegeven "collectief ontslag" wel wat meer tegemoetzien dan alleen een socialezekerheidsuitkering (een transitievergoeding krijgt hij immers niet). Het gaat dus niet om het gat tussen flexibele en vaste arbeidsovereenkomsten, maar om het gat tussen flexibele en vaste arbeid, rekening houdend met de positie die de werkende in het maatschappelijk verkeer inneemt.

Men kan ook als neo-liberaal inzien dat een computer die op een zolderkamer loonstroken uitspuwt (een bij payrolling voorkomende praktijk) geen werkgever kan zijn. Men kan als gestaalde kader-socialist inzien dat de vormgeving van de arbeid achterloopt bij nieuwe ontwikkelingen als Uber die niet per definitie alleen maar bedreigend zijn. Men kan inzien dat een statutair bestuurder (of de schrijver van dit stuk) minder kwetsbaar is dan de schijnzelfstandige in de pakketbezorging of de alfahulp. Bij mijn weten ontbrak, helaas, tot nu toe een Haagse Grote Visie op de totale arbeidsmarkt. Door middel van piecemeal engineering worden scherpe kanten van nieuwe ontwikkelingen afgevijld, maar aan de klassieke tweedeling tussen arbeidsovereenkomst en de rest wordt zelden getornd. Interessant is dat de wetgever dat nu, voorzichtig, wel lijkt te gaan doen door voor (sommige?) zelfstandigen een sociaal vangnet te creëren; eerder werd al een minimumloon voor bepaalde zelfstandigen ingevoerd.

Het is een begin, maar we zouden verder moeten gaan. Hoe zou de discussie in 2016 (en, vermoed ik, ver daarna) moeten verlopen? Mijn voorzet zou zijn serieus werk te maken van een nieuw systeem van arbeidsbescherming, bestaande uit concentrische cirkels. Dat zoiets mogelijk is, blijkt al uit onderdelen in de huidige vormgeving van het arbeidsrecht in ruime zin: bepaalde zelfstandigen hebben, zoals gezegd, recht op het minimumloon, "schijnzelfstandigen" mogen hun belangen collectief laten behartigen (laten we dan meteen het uit 1927 daterende cao-recht eens van houtrot ontdoen), bestuurders kunnen geen herstel van hun arbeidsovereenkomst vorderen, beursbestuurders zijn geen werknemer meer, het maximumdagloon brengt een duidelijke inkomensgrens aan waarboven de solidariteit stopt (die weg was bij de transitievergoeding overigens blijkbaar niet haalbaar) en opdrachtnemers vallen onder de voor werknemers geldende bedrijfsongevallenregeling van art. 7:658 BW.

Uiteraard zou het aanmatigend zijn hier en nu een blauwdruk te geven voor een dergelijke Code du Travail, maar een groep experts met kennis van de regelingen en de arbeidsmarkt zou heel goed een voorzet kunnen doen. Het zou mij niet verbazen indien de binnenste kern – die voor alle werkenden moet gelden – regels zal bevatten die beschermen tegen gevaarlijke situaties en tegen discriminatie, dat enkele cirkels verder zal zijn bepaald dat arbeidsvoorwaarden bij cao kunnen worden vastgesteld en dat de buitenste cirkel aan bepaalde groepen werknemers meer bescherming zal bieden op het terrein van ontslagvergoedingen, bescherming bij ziekte en herplaatsing. De regulering van de arbeidsmarkt zal pas geslaagd zijn indien iedere groep krijgt wat haar zou moeten toekomen.

REEKS VAN DE VERENIGING VOOR ARBEIDSRECHT

1 Mevr. mr. M.J.E.H. Raetsen en prof. mr. J.J.M. van der Ven, De internationale Arbeidsorganisatie van 1919 tot 1979; opmerkingen over toen en nu.
ISBN 90 14 02854 7

2 Prof. mr. M.C. Burkens, prof. dr. W. Driehuis en prof. dr. J. van den Doel, Werkgelegenheid: recht of beleid?
ISBN 90 14 02863 6

3 Prof. mr. B. Wachter, Ontwikkelingen op het gebied van de medezeggenschap, mede in Europees verband.
ISBN 90 14 02949 7

4 Prof. dr. R. Blanpain, Richtlijnen voor multinationale ondernemingen. De Oeso verklaring van 21 juni 1976.
ISBN 90 14 03031 2

5 Mr. L.H. van den Heuvel, Rechten van werknemers bij faillissement.
ISBN 90 14 03103 3

6 Mr. A.W. Govers en mevr. mr. A.E. Bosscher, Gelijkheid van vrouw en man in het Europees sociaal recht.
ISBN 90 14 03149 1

7 Prof. mr. P. VerLoren van Themaat, Economisch recht, sociaal recht en economische orde, een terreinverkenning.
ISBN 90 14 03178 5

8 Mr. H.J. de Bijll Nachenius, Artikel 27, Wet op de ondernemingsraden, enige kritische kanttekeningen.
ISBN 90 14 03352 4

9 Mr. B. Madlener, Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het pensioenstelsel.
ISBN 90 14 03439 3

10 Drs. A.T.J.M. Jacobs, De rechtstreekse werking van internationale normen en het sociaal recht.
ISBN 90 6092 191 7

11 J.H. Sikkes, Medezeggenschap in overheidsdienst; geschiedenis wettelijke voorschriften en praktijk.
ISBN 90 6092 203 4

12 Prof. mr. P.F. van der Heijden, Het ontslagrecht op de snijtafel.
ISBN 90 6092 262 X

13 Prof. mr. M.G. Rood en mr. M.J. van der Ven, Flexibele arbeidsrelaties.
ISBN 90 6092 308 1

14 Drs. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Herziening van het ontslagrecht.
ISBN 90 6092 388 X

15 Prof. mr. L.J.M. de Leede, De verhouding tussen vakbond en ondernemingsraad op het terrein van de arbeidsvoorwaarden.
ISBN 90 6092 407 X

16 Werkgroep Herziening Ontslagrecht, Commentaar op SER-advies 88/12.
ISBN 90 6092 437 1

17 Mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 6092 671 4

18 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Arbeidsovereenkomst en algemeen vermogensrecht.
ISBN 90 6092 678 1

19 Dr. H.G. de Gier en prof. mr. A.J.C.M. Geers, Arbeidsverhoudingen en kwaliteit in ondernemingen.
ISBN 90 6092 772 9

20 Prof. dr. M. Rigaux en mr. T. van Peijpe, Knelpunten in Nederlands en Belgisch cao-recht.
ISBN 90 6092 782 6

21 M.J.M. Verheul, Sanctiebegrip en sanctie samenloop in de socialezekerheid.
ISBN 90 6092 826 1

22 Dr. S. Klosse, Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig'of 'wig' boven werk.
ISBN 90 6092 843 1

23 Prof. mr. P.F. van der Heijden (red.), Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst. Enkele eclectische beschouwingen.
ISBN 90 6092 876 8

24 Mrs. R.A.A. Duk, L.C.J. Sprengers, E.M. Veldstra, R.J.G.M. Widdershoven, A.L. Asscher, Kanttekeningen bij de WOR voor de overheid.
ISBN 90 312 1416 2

25 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Tewerkstelling over de grenzen.
ISBN 90 312 1462 0

26 Mr. D.C. Buijs, prof. dr. R. Blanpain, mevr. mr. J.J.M. Lamers, Medezeggenschap op Europees niveau.
ISBN 90 312 1614 3

27 Mr. F.J.L. Pennings (red.), Flexibilisering van het sociaal recht in België en Nederland.
ISBN 90 312 1763 8

28 Mr. E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 532 9

29 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht.
ISBN 90 2683 577 9

30 Mr. B. Barentsen, mr. A.C. Damsteegt, mr. drs. J. Heinsius (red.), Arbeidsrecht in internationaal perspectief.
ISBN 90 2683 820 4

31 Mr. C.G. Scholtens (red.), Ontslagrecht volgens ADO.
ISBN 90 2683 867 0

32 Dr. A.G. Nagelkerke, dr. A.C.J.M. Wilthagen (red.), Arbeidsverhoudingen in ontwikkeling.
ISBN 90 Y00 1586 5

33 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?
ISBN 90 130 1659 6

34 Mr. S.F. Sagel en prof. mr. E. Verhulp (red.), Voor De Laat: de Hoge Raad.
ISBN 90 130 2813 6

35 Mr. R. Hansma (red.), De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud Werkgroep Ontslagrecht 1988-2005: Gijs Scholtens neemt ontslag!
ISBN 90 13 03273 7

36 Mr. J.J.M. de Laat, De (eenzijdige) wijziging van de arbeidsovereenkomst.
ISBN 978 90 13 05430 9

37 Prof. mr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet (red.), De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever.
ISBN 978 90 13 06737 8

38 Prof. dr. K. Boonstra (red.), Negentig jaar Internationale Arbeidsorganisatie.
ISBN 978 90 13 08416 0

39 Prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers en mr. M.F. Baltussen (red.), De toekomst van het cao-recht.
ISBN 978 90 13 09843 3

40 Mr. A.W. van Leeuwen, mr. M. Westerbeek en mr. L. Nekeman-IJdema (red.), Eenheid in verscheidenheid. Gelijkheid in het arbeidsrecht.

41 Prof. mr. L.G. Verburg, mr. E.F.A. van Buitenen, mr. C.J. Frikkee, mr. M.V. Ulrici en mr. dr. J.P.H. Zwemmer, Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA.
ISBN 978 90 13 12397 5

42 Mr. dr. L.C.J. Sprengers en mr. dr. G.W. van der Voet (red.), Arbeidsrechtelijke reflecties 2014. Bijdragen vanuit verschillende werkgroepen van de VvA.
ISBN 978 90 13 12516 0

43 Prof. dr. R.M. Beltzer, dr. F.G. Laagland en dr. L. van den Berg, Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach/VvA.
ISBN 978 90 13 13398 1

44 Prof. mr. A.R. Houweling en mr. dr. L.C.J. Sprengers (red.), 70 jaar VvA: einde van het begin.
ISBN 978 90 13 13784 2

VvA 70 jaar: einde van het begin

Dit boek is verschenen ter gelegenheid van het 70-jarig bestaan van de Vereniging voor Arbeidsrecht (1946-2016). Als uitgangspunt is genomen de bundel 'Arbeidsrecht en Mensbeeld', die in 1996 is verschenen ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de VvA. Wat is er uitgekomen van de verwachtingen en voorspellingen die daarin zijn terug te vinden over de toekomst van het arbeidsrecht? Bevat het arbeidsrecht anno 2016 een adequaat juridisch kader waarbinnen recht kan worden gedaan aan de mens en de maatschappelijke werkelijkheid? Wat zijn de verwachtingen of gewenste ontwikkelingen voor de komende twintig jaar? Dit zijn de vragen die aan de orde komen in dit boek.

Het boek bestaat uit drie delen: een inleidende schets over het mensbeeld in het arbeidsrecht en de rol van de vereniging in de afgelopen 20 jaar, bijdragen van de werkgroepen van de vereniging (ontslagrecht, cao-recht, medezeggenschapsrecht, gelijke behandeling en internationale rechtsvergelijking) en weergaven van de levendige discussies tijdens drie expertmeetings over de thema's: de invloed van de wetgever en sociale partners op het arbeidsrecht, de invloed van de ontwikkelingen op de arbeidsmarkt voor het arbeidsrecht en de plaats van het arbeidsrecht.

Al deze bijdragen bevestigen het beeld dat het arbeidsrecht anno 2016 volop in beweging is. Na 70 jaar is het einde van het begin aangebroken. In dit boek worden de nodige bouwstenen aangedragen om de toekomst van het arbeidsrecht vorm te kunnen gaan geven.

Vereniging voor Arbeidsrecht

Secretariaat VvA
De Eem 15, 3448 DS Woerden
info@verenigingvoorarbeidsrecht.nl

ISBN: 978 90 13 137842
NUR: 825-502

Uitgeverij Wolters Kluwer, Deventer