30

Arbeidsrecht in internationaal perspectief

onder redactie van:
Mr. B. Barentsen
Mr. A.C. Damsteegt
Mr. drs. J. Heinsius

met lezingen van:
Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss
Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk
Prof. mr. M.V. Polak

VERENIGING VOOR
ARBEIDSRECHT

Uitgeverij Kluwer Deventer 2001

Arbeidsrecht in internationaal perspectief

Vereniging voor Arbeidsrecht

Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht

nr. 30

Arbeidsrecht in internationaal perspectief

Redactie

mr. B. Barentsen
mr. A.C. Damsteegt
mr. drs. J. Heinsius

Met lezingen van:

prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss
prof. mr. I.P Asscher-Vonk
prof. mr. M.V. Polak

Uitgeverij Kluwer Deventer 2001

Aanbevolen citeertitel
Arbeidsrecht in internationaal perspectief, Reeks VvA 30,
Deventer 2001

Secretariaat VvA
Postbus 132, 3440 AC Woerden, tel.: 06 51108682, fax: 0348-434701

Omslagontwerp: Studio Anne Tryti, Noorwegen

ISBN 90 268 3820 4

© 2001, Vereniging voor Arbeidsrecht

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

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Inhoudsopgave

Voorwoord vii

Lijst met afkortingen ix

Inleiding xi

1 HET BELANG VAN HET EUROPESE ARBEIDSRECHT VOOR DE RECHTSPRAKTIJK

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

1.1 Inleiding 1
1.2 Europees arbeidsrecht uit Straatsburg 2
1.2.1 ESH 2
1.2.2 EVRM 3
1.3 Europees arbeidsrecht uit Brussel 7
1.4 Europees arbeidsrecht uit Luxemburg 9
1.5 Beïnvloeding Nederlands recht 13
1.6 Conclusie 16

Discussieverslag
Gelijke-behandelingsdoctrines 17
Overeenkomsten van sociale partners 20
Mededingingsrecht 22
Bescherming persoonsgegevens 24
Premiedifferentiatie 26
Het begrip 'zelfstandige' 29
Overgang van ondernemingen 30

2 TOEGANG TOT DE ARBEIDSVERHOUDING IN HET INTERNATIONALE RECHT

Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk

2.1 Inleiding 33
2.2 Inventarisatie van toegangsnormen in het internationale recht 36
2.2.1 Verdragen afkomstig van internationale organisaties buiten de Europese Unie 36
2.3 Bilaterale verdragen 41
2.4 EG-regelingen 42
2.5 Rechtswerking 43
2.6 Wat kunnen wij voor het Nederlandse recht leren van het internationale toegangsrecht? 44

Discussieverslag 47

3 VAN NIEUW NAAR NIEUWER RECHT

Prof. mr. M.V. Polak

3.1 Inleiding 65
3.2 Regelgeving op Europees niveau 66
3.3 EU na Amsterdam: art. 65 EG-Verdrag 67
3.4 Regelgeving op nationaal niveau 69
3.5 EEX (huidige versie) 71
3.6 De toekomstige versie van het EEX 73
3.7 Nederlands procesrecht - huidige versie 75
3.8 Nederlands procesrecht - toekomstige versie 77
3.9 EVO - huidige versie 77
3.10 Nederlands nationaal IPR 83
3.11 Toekomstverwachting 84
3.12 Literatuur 86

Discussieverslag
EVO 87
EEX 94
Detacheringsrichtlijn 96

Voorwoord

De invloed van onder andere 'Luxemburg' en 'Brussel' op het Nederlandse arbeidsrecht is groot. Het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht heeft daarom drie sprekers uitgenodigd om, in de loop van het jaar 2000, hun licht te laten schijnen op de verschillende aspecten van de internationalisering van het arbeidsrecht.

Door middel van richtlijnen zijn onderwerpen als collectief ontslag, overgang van ondernemingen, gelijke behandeling van mannen en vrouwen en arbeidsomstandigheden geïntroduceerd of diepgaand beïnvloed. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss gaat op deze onderwerpen in en bespreekt ook de invloed van het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) op het Nederlandse arbeidsrecht.

Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk bespreekt de internationaalrechtelijke toegangsregels: regels die betrekking hebben op werving en selectie, de keuze/beslissing om een arbeidsovereenkomst aan te gaan en de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.

In zijn bijdrage over internationaal procesrecht bespreekt prof. mr. M.V. Polak in welke geschillen men wel en niet bij de Nederlandse arbeidsrechter terechtkan en, als deze Nederlandse (kanton)rechter bevoegd is, welk recht hij dan moet toepassen. Een door Polak behandeld voorbeeld gaat over een werknemer die werkt en woont in Nederland. De werkgever is een onderneming in New York, in het arbeidscontract is gekozen voor het recht van de staat New York. Kan dat?

J.J.M. de Laat

Lijst met afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ADO	Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel
AR	ArbeidsRecht
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CEEP	Centre Européen des Enterprises Publiques
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EEX/EG-executie-verdrag	Verdrag inzake de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging in burgerlijke en handelszaken
EG	Europese Gemeenschappen
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVEX	EVA-EEG-Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EVO	Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EVV	Europees Verbond van Vakverenigingen
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
ILO	International Labour Organisation
IPR	Internationaal privaatrecht
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
Ktr.	Kantonrechter

Lisv	Landelijk instituut sociale verzekeringen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Rb.	Rechtbank
RDA	Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RSZ	Rechtspraak Sociale Zekerheid
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SR	Nedelands Tijdschrift voor Sociaal Recht
STAR	Stichting van de Arbeid
Stb.	Staatsblad
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Trb.	Tractatenblad
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
UNICE	Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
UVRM	Universele verklaring van de rechten van de mens
WAGA	Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAWN	Wet arbeid mijnbouw Noordzee
WBP	Wet bescherming persoonsgegevens
Wet AVV	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet Pemba	Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheid
Wet Rea	Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten
Wet Samen	Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden
WPR	Wet Persoonsregistraties
Wulbz	Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte
WW	Werkloosheidswet
ZW	Ziektewet

Inleiding

Dat het Nederlandse arbeidsrecht steeds meer door internationale regels wordt ingekleurd, is misschien wat te zwak uitgedrukt. Internationale regels, met name die van of voortkomend uit het EG-recht, hebben inmiddels dusdanig aan belang gewonnen, dat in vele gevallen wellicht gezegd zou kunnen worden dat in ons land eigenlijk supranationale of internationale normen met een Nederlands tintje gelden. De Nederlandse wetgever fungeert in toenemende mate als 'doorgeefluik' van deze regels. De Nederlandse rechter op zijn beurt moet meer en meer aan de hand van internationaal recht oordelen. Het beeld dat deze nationale instanties zijn gereduceerd tot een lokale buitenpost van internationale organisaties is natuurlijk wel een karikatuur en gaat zeker niet op voor het gehele Nederlandse arbeidsrecht.

Het groeiende belang van het internationale recht voor ons nationale arbeidsrecht kan treffend worden geïllustreerd met een anekdote, die Heerma van Voss aan het begin van zijn voordracht vertelde.

Een advocate die voor een Britse werknemer optrad in een sociale-zekerheidszaak moest tot haar schrik aan de voorzitter van de toenmalige Raad van Beroep bekennen dat zij niet aan de mogelijke toepasselijkheid van een bepaling van EG-coördinatierecht had gedacht. Zij kende die regels eigenlijk überhaupt niet. Gelukkig voor haar moest ook de gemachtigde van de toenmalige bedrijfsvereniging toegeven geen aandacht te hebben besteed aan de Europese regels en haar cliënt werd uiteindelijk op grond van deze regels in het gelijk gesteld door de rechter. Door deze ervaring wijzer geworden, besloot deze advocate zich eens goed te gaan verdiepen in het Europese recht. Toen zij dat goed had bestudeerd, moest ze concluderen dat haar cliënt achteraf bezien ten onrechte gelijk had gekregen…

Voor degenen die werkzaam zijn in de praktijk van het arbeidsrecht zal het waarschijnlijk niet verrassend zijn dat het internationale recht zo'n grote invloed kan hebben. Of het bij deze constatering blijft, of dat men echt met de internationale regels overweg kan, is dus de vraag.

Deze bundel bevat de verslagen van drie studiemiddagen die door de Vereniging voor Arbeidsrecht in 2000 werden georganiseerd over de betekenis van het internationale recht voor de Nederlandse rechtspraktijk. Elk van deze middagen begon met een voordracht over een bepaald internationaal aspect van het arbeidsrecht. Na elk van de voordrachten vond er een discussie plaats over deze voordracht en aanverwante thema's. In deze bundel is na de tekst van de voordrachten telkens een verslag van de discussie opgenomen.

In de eerste voordracht, die op 15 juni 2000 plaatsvond, ging prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss in op *Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraktijk.* Was het Europees arbeidsrecht vroeger een onderwerp waar alleen specialisten zich mee bezighielden, tegenwoordig dient iedere arbeidsrechtjurist er rekening mee te houden. Aan de hand van een aantal deelonderwerpen zette Heerma van Voss uiteen hoe het Europese arbeidsrecht doorwerkt in het Nederlandse arbeidsrecht. Hij maakte duidelijk dat het Europese arbeidsrecht niet louter van symbolische betekenis is, maar soms ook aanpassing van ons nationale recht vereist.

Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk hield op 22 september 2000 een voordracht over de *Toegangsregels in het internationale recht.* Het gaat hierbij om regels die betrekking hebben op de aanvang van de arbeidsverhouding en die een evenwicht trachten te bieden in de relatie tussen de werkgever en de werknemer. Na een inventarisatie van deze normen in het internationale recht gaf Asscher-Vonk antwoord op de vragen wat nu het effect van deze regels is en wat wij er in ons Nederlandse arbeidsrecht van kunnen leren. Haar conclusie luidde dat vooral de internationale normen die grondrechten beschermen een rol kunnen spelen. Met name uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is volgens haar een en ander te leren over plaats en betekenis van regelingen betreffende toegang tot de arbeid.

Het internationaal privaatrecht met betrekking tot arbeidsovereenkomsten werd besproken door prof. mr. M.V. Polak op 16 november 2000. In zijn bijdrage, *Van nieuw naar nieuwer recht, het einde van de arbeidsovereenkomst in internationaal perspectief,* gaf hij aan dat het Nederlandse IPR grotendeels rechtstreeks op Europese regels is gebaseerd. De vraag of een Nederlandse kantonrechter bevoegd is van een ontslagzaak kennis te nemen, moet doorgaans aan de hand van het Europese recht worden beantwoord; de vraag welk recht hij

moet toepassen op een internationale casus moet zelfs altijd met behulp van dat recht worden beantwoord. Polaks verwachting luidde dat de bemoeienis van de Europese instellingen met het IPR in de nabije toekomst alleen nog maar groter zal worden.

De in deze bundel besproken onderwerpen vormen slechts een selectie uit de vele thema's die op dit ogenblik reeds in aanzienlijke mate door het internationale recht worden beheerst. Duidelijk moge zijn dat dit internationale recht aan het begin van de eenentwintigste eeuw niet meer weg te denken is uit ons 'nationale' arbeidsrecht.

Barend Barentsen
Anita Damsteegt
Jan Heinsius

1 Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraktijk

Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss[1]

1.1 Inleiding

Lange tijd is het internationale arbeidsrecht een terrein geweest van specialisten. De ontwikkelingen in bijvoorbeeld de Internationale Arbeidsorganisatie hadden zeker wel hun belang, maar dat lag vooral op het gebied van de beleidsvorming en de wetgeving. De 'gewone' jurist, de advocaat, de rechter, de bedrijfs- of vakbondsjurist had daar eigenlijk nauwelijks mee te maken. Deze kon er ook niet zoveel mee in de praktijk, als hij of zij al van het bestaan van bepaalde rechtsregels op de hoogte was. Heel lang heerste het gevoel dat het hier ofwel ging om rechtsvorming van symbolische aard, ofwel om instructienormen die zich richten tot de wetgever. De naleving daarvan was vooral een politieke kwestie, waar de 'gewone' rechtsbeoefening buiten stond.

Tegenwoordig krijgt de arbeidsrechtbeoefenaar in toenemende mate te maken met de invloed van met name het Europese arbeidsrecht. Symptomatisch is dat in de zomer van 2000 de beide sociaalrechtelijke tijdschriften, *SMA* en *Sociaal Recht*, een themanummer aan het Europese arbeidsrecht wijdden. De vragen die ik in deze voordracht aan de orde wil stellen, zijn op welke wijze het Europese arbeidsrecht het Nederlandse recht beïnvloedt en welke gevolgen dit heeft voor de rechtspraktijk. Bij de beantwoording van deze vragen kunnen zeer verschillende aspecten aan de orde komen. Mijn benadering is vandaag enigszins explorerend. Ik maak daarbij in de eerste plaats onderscheid naar de oorsprong van het Europese arbeidsrecht: dat uit Straatsburg, dat uit Brussel en dat uit Luxemburg. Daarna zal ik enkele algemene opmerkingen maken over de beïnvloeding van het Nederlandse recht door het Europese arbeidsrecht.

1 Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar Sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

1.2 Europees arbeidsrecht uit Straatsburg

Bij de invloed van Europees arbeidsrecht zijn we tegenwoordig snel geneigd te denken aan het arbeidsrecht van de EG. Maar buiten het EG-recht is er nog een bron van Europees arbeidsrecht, waarvan het belang niet mag worden onderschat: het recht van de Raad van Europa. Het meest van belang zijn de twee grote mensenrechtenverdragen van deze organisatie: het Europees Sociaal Handvest (ESH) met sociale mensenrechten en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) met klassieke mensenrechten.

1.2.1 ESH

Hoewel we geneigd zijn te denken dat sociale mensenrechten niet direct toepasbaar zijn in de rechtspraktijk, is dat toch te algemeen gesteld.[2] Het Nederlandse stakingsrecht is grotendeels gebaseerd op het ESH, omdat de wetgever niet in staat was hierover wetgeving tot stand te brengen en er uiteindelijk voor heeft gekozen te volstaan met ratificatie van het verdrag. De Hoge Raad heeft toen de helpende hand toegestoken door aan art. 6 lid 4 ESH rechtstreekse werking toe te kennen in de zin van art. 93 Grondwet. Daarmee is aan het stakingsrecht in Nederland een juridische basis gegeven, die door partijen ook in de praktijk kan worden ingeroepen. Bovendien is in dat arrest waarde gehecht aan de 'gezaghebbende' conclusies van het Comité van Deskundigen bij het ESH.[3] Voor de beantwoording van daaruit voortvloeiende rechtsvragen kan weer worden geput uit diezelfde rechtsbronnen. Dat gebeurde bijvoorbeeld met de vraag of stakers disciplinair mogen worden gestraft[4] en waar de grenzen liggen van het stakingsrecht.[5] Op deze wijze heeft zich een levendige ontwikkeling voorgedaan met betrekking tot de interpretatie van art. 31 ESH, dat de uitzonderingen op de rechten van het ESH vermeldt. Nu is dit een uitzondering, omdat de meeste bepalingen van het ESH zich niet voor rechtstreekse werking lenen. En de meeste arbeids-

2 A.W. Heringa, *Sociale grondrechten: hun plaats in de gereedschapskist van de rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
3 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 668 (*NS*).
4 HR 22 april 1988, *NJ* 1988, 952 (*Veurink*).
5 HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 292, *JAR* 2000/63 (*Bonden/Sara Lee*).

rechtelijke kwesties gaan niet over stakingsrecht, zeker nu er in ons land betrekkelijk weinig wordt gestaakt.

Er is meer invloed van het ESH geweest, maar die loopt meestal via de wetgevende kanalen. De afschaffing van het vereiste van een toestemming voor ontslag van de RDA in geval de werknemer opzegt, kwam mede onder druk van Straatsburg tot stand, wegens strijd met het verbod van dwangarbeid.[6] Momenteel loopt er nog een discussie met het Comité van Deskundigen over de privatisering van de loonbetaling bij ziekte.[7] Wat betreft de dagelijkse rechtspraktijk: een beroep op het ESH kan in voorkomende gevallen een bijkomend argument opleveren voor de interpretatie van een bepaalde regel of de invulling van een vage norm.

1.2.2 EVRM

Daarmee zijn we er echter nog niet wat betreft de Raad van Europa. We kennen immers ook nog het klassieke mensenrechtenverdrag, het EVRM. Voor de arbeidsrechtjurist zijn de implicaties van dit verdrag voor het arbeidsrecht niet eenvoudig te overzien.[8]

Discriminatie (art. 14 EVRM). In toenemende mate wordt een beroep gedaan op discriminatieverboden. Alhoewel hiervoor diverse andere bepalingen bestaan, ook in het Nederlandse arbeidsrecht, wordt daarbij ook wel eens een beroep gedaan op art. 14 EVRM. Een voorbeeld betrof een werkgever die zich erover beklaagde dat een vakbond tegen hem bij de kantonrechter kon procederen wegens het niet-naleven van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen, terwijl hij voor zijn eigen tegenvordering, gebaseerd op onrechtmatige daad, apart naar de rechtbank moest: een moeilijker toegankelijke, langduriger en kostbaarder rechtsgang. De Hoge Raad heeft zich niet over deze zaak uitgelaten, met een beroep op art. 101a Wet RO, omdat de klacht niet zou nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling. Kennelijk vond de Hoge Raad het beroep duidelijk ongegrond. De advocaat-generaal

6 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Wet Flexibiliteit en zekerheid).

7 De meest recente Conclusions van het Comité van Deskundigen zijn steeds te vinden op de website van de Raad van Europa*: http://www.humanrights.coe.int.*

8 Ik dank prof. dr. R.A. Lawson, hoogleraar Bescherming van de integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden, voor een aantal suggesties over dit onderwerp.

wees erop dat het EVRM slachtoffers beoogt te beschermen en dat de werkgever niet om bescherming voor zichzelf vraagt (teneinde zelf voor de kantonrechter te mogen procederen), maar om het onthouden van dit recht aan de vakbond. Daarnaast is hier volgens hem geen sprake van gelijke gevallen, nu het gaat om schending van de CAO, respectievelijk een onrechtmatige daad. En ten slotte heeft elke partij bij het verdrag een 'margin of appreciation' voor de rechtvaardiging van specifieke ongelijke behandeling. Van die marge is hier gebruikgemaakt, omdat voor CAO-kwesties de kantonrechter als gemakkelijk toegankelijke, mobiele en plaatselijk goed georiënteerde rechter is geïndiceerd.[9]

Op al deze argumenten valt ook wel wat af te dingen, ook als men begrip heeft voor het feit dat het beroep op gelijke behandeling in deze zaak niet slaagt. Maar men moet er rekening mee houden dat dit soort Europeesrechtelijke argumenten in toenemende mate wordt ingebracht. En dan dient men over voldoende kennis te beschikken van de rechtsontwikkeling op Europees niveau om er een adequaat antwoord op te kunnen formuleren.

Ook de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) biedt op dit punt interessante ontwikkelingen. Zo werd onlangs een arrest gewezen inzake een Griekse Jehova's getuige die wegens dienstweigering strafrechtelijk was veroordeeld en gediscrimineerd werd, omdat hij wegens het op die grond bestaande strafblad geen registeraccountant kon worden. Het ging hier om een gelijke behandeling van ongelijke gevallen.[10]

Eerlijk proces (art. 6 EVRM). Een probleem voor de arbeidsrechtbeoefenaar ten aanzien van het EVRM is dat de bepalingen van dit verdrag doorgaans niet op het arbeidsrecht zijn toegespitst, maar algemene normen bevatten. Dit geldt bij uitstek voor art. 6 EVRM dat ziet op de toegang tot de rechter en de eerlijkheid van de procedure. De rechtspraak over dit artikel is inmiddels omvangrijk en daarmee moeilijk toegankelijk geworden. Dit artikel verschijnt in toenemende mate in de Nederlandse rechtspraak en dus ook in die over het arbeidsrecht. Zo wees de Hoge Raad een belangrijk arrest over de verjaring van een vordering op het gebied van schade als gevolg van het werken met asbest. De werknemer Van Hese had bij De Schelde gewerkt en was blootgesteld aan asbeststof. Meer dan dertig jaar

9 HR 11 december 1998, *JAR* 1999/61 (*St-Wood/Bouw- en Houtbond FNV*).
10 EHRM 6 april 2000, appl.nr. 34369/97 (*Thlimmenos/Griekenland*).

nadat hij de werf had verlaten kreeg hij mesothelioom, een fatale vorm van kanker die kon worden toegeschreven aan het gebruik van asbest in die tijd. Maar na dertig jaar zou de op werkgeversaansprakelijkheid gebaseerd vordering zijn verjaard. De Hoge Raad beantwoordt de vraag of in dit geval een beroep van de werkgever op het verlopen zijn van de verjaringstermijn slaagt, aan de hand van de op art. 6:2 BW gebaseerde redelijkheid en billijkheid. De verwijzingsrechter moet dat nader beoordelen aan de hand van een aantal door de Hoge Raad gegeven gezichtspunten. Men zou zeggen: een oplossing op basis van het Nederlandse recht. Maar uit de uitspraak valt af te leiden dat de Hoge Raad de mogelijkheid van schending van art. 6 EVRM zwaar heeft laten meewegen.[11] Het risico dat de verjaringstermijn in feite zou werken als een volledige uitsluiting van de toegang tot de rechter was in dit geval duidelijk aanwezig.

Ook op andere punten is de invloed van art. 6 EVRM in het arbeidsrecht merkbaar. Zo besliste de Hoge Raad dat hoger beroep van beschikkingen van kantonrechters tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van gewichtige reden (art. 7:685 BW) mogelijk is (afgezien van het treden buiten het toepassingsgebied en het ten onrechte buiten toepassing laten van het artikel) bij verzuim van essentiële vormen.[12] Bij dit laatste gaat het om zulke fundamentele rechtsbeginselen, dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer kan worden gesproken. Hieronder valt met name het beginsel van hoor en wederhoor.[13] De Hoge Raad laat hier in zijn woordkeus duidelijk blijken de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens op de voet te volgen.[14] Dat verklaart waarom de Hoge Raad het motiveringsbeginsel – anders dan A-G Leijten – nog niet zo fundamenteel achtte.[15] Op de dag dat het EHRM het motive-

11 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 34, *JAR* 2000/122 (*Erven Van Hese/De Schelde*).

12 HR 4 april 1986, *NJ* 1986, 549 (*Franssen/Safe Sun*).

13 HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242; HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 400; HR 3 juli 1989, *NJ* 1989, 857; HR 6 maart 1992, *RvdW* 1992, 79.

14 Vgl. M.G. Rood, noot bij HR 22 maart 1991, *TVVS* 1991, p. 215-216; M.G. Rood, noot bij HR 2 juni 1995, *TVVS* 1995, p. 250; M.G. Rood, in: *Rechtspleging in Balans*, Arnhem: 1994, p. 211.

15 HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4. Zie overigens P. Ingelse, SER-Compromis aanvaardbaar, art. 1639w zonder hoger beroep strijdig met art. 6 EVRM en 14 BUPO, in: A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Herziening van het ontslagrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 14, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989, p. 59-76, 70-74.

ringsbeginsel net zoveel gewicht zal toekennen, is het hoger beroep bij ontbinding in Nederland praktisch een feit.[16]

Nog belangrijker is de discussie in Nederland over de toekomst van art. 6 BBA: het preventieve toezicht op ontslag. In de jaren tachtig is tot tweemaal toe een uitspraak uitgelokt van de toenmalige Europese Commissie voor de rechten van de mens over de vraag of het ontbreken van beroep tegen beslissingen van de directeur van het arbeidsbureau (thans: de RDA) zich wel verdroeg met art. 6 EVRM. De Commissie concludeerde toen dat er toegang tot de rechter bestond in de vorm van de procedure op grond van kennelijk onredelijk ontslag (thans art. 7:681 BW).[17] Ook werd door de Haagse Rechtbank uitgemaakt dat procedurefouten in het kader van de administratieve procedure bij het RBA een onrechtmatige daad kunnen opleveren die leidt tot schadevergoeding.[18] Enkele malen per jaar wordt hierover geprocedeerd. Ook de Nationale ombudsman behandelt regelmatig klachten op dit gebied, waarvan zijn jaarverslagen getuigen.

Deze mogelijkheden tot compensatie van een onjuiste beslissing van de RDA voorzien echter geen van alle in een volledige herziening van de beslissing. Er zijn aanwijzingen dat het Europees Hof voor de rechten van de mens (inmiddels) hogere eisen stelt aan de toegang tot de rechter dan de Commissie in de jaren tachtig deed.[19] Nu de Commissie als voorportaal van het Hof in 1998 is afgeschaft, is het wachten op het moment dat een Nederlandse klager een zaak hierover aan het EHRM voorlegt. We weten natuurlijk niet hoe het Hof zou oordelen in zijn vrijwel volledig nieuwe samenstelling, maar er lijkt een redelijke kans op succes. Dat in Nederland wordt geaccepteerd dat tegen een zo ingrijpend besluit van een bestuursorgaan ex art. 6 BBA geen administratiefrechtelijk beroep openstaat op de rechter, komt wellicht nog voort uit ons weinig constitutionele denken. Door het ontbreken van toetsingsrecht aan de Grondwet is in Nederland het grondrechtelijke denken nooit sterk ontwikkeld.

16 Zie inmiddels M. Kuijer & S. Sagel, 'Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM', *SR* 2001, p. 50-57.

17 ECRM 8 oktober 1980, *NJ* 1981, 149; ECRM 6 november 1989, *NJB* 1990, p. 1052.

18 Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 181 (*Pally*); Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12.

19 EHRM 28 juni 1990, *Series A*, Vol. 170; NJCM-Bulletin 1990, p. 782 (Obermeier m.nt. Van der Heijden).

Daarmee loopt Nederland achter op andere Europese landen. Zo zou het al in België ondenkbaar zijn dat het Arbitragehof (dat tegenwoordig in België toetst aan de Grondwet) een dergelijke situatie in stand zou laten.

Vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Toch begint het grondrechtelijke denken in Nederland wel tot ontwikkeling te komen. Recentelijk publiceerden zowel de Vereniging voor Arbeidsrecht[20] als de FNV[21] over dit onderwerp. Er wordt nogal eens gepleit voor een regeling van de vrijheid van meningsuiting van werknemers.[22] Vaak wordt die discussie op een zeer nationaal niveau gevoerd, zoals recentelijk de door Cliteur aangezwengelde discussie of de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren niet te ver gaat en in strijd komt met de ministeriële verantwoordelijkheid.[23] Aan het EVRM wordt dan slechts marginaal aandacht besteed. Toch is dat een gemis, omdat op dit niveau wel sprake is van constitutioneel denken; over art. 10 EVRM bestaat uitgebreide jurisprudentie. In het arrest *Fuente Bobo/ Spanje* oordeelde het EHRM dat een ontslag na kritische opmerkingen over de werkgever in strijd was met art. 10 EVRM.[24]

1.3 Europees arbeidsrecht uit Brussel

Waar in de samenleving veelal het idee heerst dat het proces van Europese integratie uiterst traag verloopt, zou men een vergelijking kunnen trekken met de parabel van de schildpad en de haas. Wie maar gestaag kleine stapjes zet, heeft op een gegeven moment toch een grote afstand overbrugd. De grote stappen, zoals de gemeenschappelijke munteenheid of de uitbreiding naar Oost-Europa komen moeizaam tot stand, maar de kleine, bijna dagelijks gezette stapjes

20 E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 28, Deventer: Kluwer 1999.

21 FNV, *Onder geen beding, over de grondrechten van werknemers*, Amsterdam: FNV 1999.

22 E. Verhulp, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, Den Haag: Sdu 1996.

23 Zie onder meer P.B. Cliteur, *De filosofie van de mensenrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, hoofdstuk 5.

24 EHRM 29 februari 2000, appl.nr. 39293/98, *NJB* 2000, p. 891.

vallen niet op. Elk van deze stapjes op zichzelf maakt niet veel indruk, maar gezamenlijk is er in EG-verband de afgelopen veertig jaar, ook op het gebied van het arbeidsrecht, toch veel bereikt.[25]

Begonnen met het vrij verkeer van werknemers, dat 'echte' Europese regelgeving vormt (*Verdrag* en *Verordeningen*), zijn vanaf de jaren zeventig in de vorm van *Richtlijnen* opdrachten gegeven aan de lidstaten om het arbeidsrecht op belangrijke onderdelen te harmoniseren. Aldus zijn diverse onderdelen van het Nederlandse arbeidsrecht in meerdere of mindere mate uit Brussel overgekomen:

* de regeling voor overneming van verplichtingen van insolvente werkgevers (art. 61-68 WW);
* de regeling van overgang van ondernemingen (art. 7: 662-666 BW);
* de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en andere discriminatieverboden (art. 7:646 en 7:647 BW);
* de informatieplicht van de werkgever (art. 7:655 BW);
* de Wet op de Europese ondernemingsraden.

De Wet melding collectief ontslag kwam min of meer gelijktijdig met Europese regelgeving tot stand. Voor andere onderdelen van het arbeidsrecht geldt dat deze in Nederland reeds bestonden, maar thans dienen te worden gehandhaafd overeenkomstig Europese regelgeving. Zo zijn in het kader van bijvoorbeeld de Arbeidsomstandigheden- en de Arbeidstijdenwet in het kader van Europees overleg aangepast en zijn de ontwikkeling van Arbo-diensten en de flexibilisering van arbeidstijden eveneens in nauwe Europese samenwerking totstandgekomen. De gelijke behandeling van deeltijdwerkers (art. 7:648 BW) is op Europees niveau geconsolideerd en ook de Wet aanpassing arbeidsduur heeft nauwe raakvlakken met de Europese richtlijn inzake deeltijdarbeid. Vermeldenswaardig is dat de recente richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, juist nauw aansluit bij de in onze wetgeving recentelijk verruimde mogelijkheden voor het gebruik van dergelijke contracten.[26]

25 Zie voor een overzicht A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

26 Dit is geschied in het kader van de Wet Flexibiliteit en zekerheid (art. 7:668a BW).

De herkomst van de EG-richtlijnen is sinds de jaren 1990 pluriformer geworden. Zij komen niet alleen meer tot stand door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement. Een tweede mogelijkheid vormt de verbindendverklaring door de Raad van overeenkomsten van sociale partners op communautair niveau (art. 139 EG-Verdrag). In principe is er nu sprake van concurrentie tussen twee wetgevingsmodellen op sociaal gebied. Indien de Europese Commissie iets wil bereiken, kan zij voorstellen dat de Raad van Ministers hierover wetgeving vaststelt, maar zij moet eerst de sociale partners in staat stellen zelf met regels te komen. Dat heeft reeds geleid tot diverse richtlijnen die voortkomen uit overeenkomsten van sociale partners: die inzake ouderschapsverlof, deeltijdarbeid en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Zulke overeenkomsten kunnen ook per sector worden gesloten, zoals blijkt uit de richtlijn inzake arbeidstijden van zeevarenden.[27]

De vraag is natuurlijk in hoeverre het van belang is om al deze richtlijnen te kennen. De beoefenaar van het Nederlandse arbeidsrecht krijgt steeds vaker te maken met regelingen die in connectie staan met een Europese richtlijn. Kennisneming van de desbetreffende richtlijn kan dan met name van belang zijn om te zien in hoeverre de uitvoeringswetgeving adequaat is geweest. Maar ook kan de richtlijn zelf nog aanleiding geven voor nieuwe inzichten. Het is dus van belang om te weten hoe men haar tekst kan bemachtigen. En daarvoor moet men eerst weten dat er op het desbetreffende gebied richtlijnen zijn. Kennisneming van de originele tekst van de richtlijn kan nog aanvullende aanknopingspunten voor een interpretatie van het nationale recht dat ter uitvoering van de richtlijn is vastgesteld. We komen daarmee op het terrein van de rechterlijke uitleg.

1.4 Europees arbeidsrecht uit Luxemburg

Voor de rechterlijke uitleg van EG-recht zijn we niet alleen afhankelijk van het Hof van Justitie van de EG in Luxemburg. In de eerste plaats dient ook de nationale rechter het EG-recht toe te passen. Het

27 Richtlijn 1999/63/EG. De overeenkomst en richtlijn zijn beperkt tot de zeevarenden op schepen met een vlag van een EG-lidstaat. In een aparte richtlijn van de Raad is ook voor andere schepen een regime vastgelegd, Richtlijn 1999/95/EG.

grootste deel van het EG-arbeidsrecht is vastgelegd in richtlijnen. Volgens rechtspraak van het HvJ EG kan men op richtlijnen na verloop van de implementatietermijn wel een rechtstreeks beroep doen, maar alleen tegenover de overheid (en natuurlijk pas na afloop van de termijn die men heeft voor omzetting in nationaal recht). Richtlijnen hebben echter geen horizontale werking. Daarnaast kennen we het leerstuk van de 'conforme uitleg'.[28] De Nederlandse rechter is als overheidsinstantie namelijk wel rechtstreeks gebonden aan de richtlijn. Bekend voorbeeld daarvan is de *Dekker*-zaak. Mevrouw Dekker was bijna aangenomen toen bleek dat zij in verwachting was. Op die grond weigerde haar werkgever in spe met haar een arbeidsovereenkomst te sluiten. Zij vocht dit aan op grond van onrechtmatige daad en beriep zich daarbij tevens op de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, die is gebaseerd op de Tweede EG-richtlijn over dit onderwerp. In de beide 'feitelijke' instanties (Rechtbank Haarlem en Hof Amsterdam) kreeg zij ongelijk, op grond van het ontbreken van schuld, één van de vereisten voor onrechtmatige daad. De Hoge Raad legde de zaak voor aan het HvJ EG. Dat was wellicht vreemd, want beide partijen konden zich immers niet rechtstreeks beroepen op de richtlijn. De Hoge Raad wilde echter het oordeel van het Hof weten over de uitleg van de Nederlandse wettelijke bepalingen, en vroeg een prejudiciële beslissing. Het HvJ EG oordeelde dat de richtlijn geen ruimte liet voor nationale rechtvaardigingsgronden, zoals het schuldcriterium bij onrechtmatige daad.[29] Er was sprake van een verboden direct onderscheid naar geslacht. De Hoge Raad volgde de uitspraak van het HvJ EG.[30] Deze zaak werd in Nederland bekend omdat het recht met betrekking tot zwangerschap van werkneemsters daarmee bijzonder streng was geworden. De discussie ging verder over de vraag of er nog ruimte was om onder omstandigheden een sollicitante op grond van zwangerschap af te wijzen.[31] In algemene zin is het belangrijk om te zien dat op deze wijze een EG-richtlijn in de praktijk horizontale werking verkreeg aan de hand van de richtlijnconforme uitleg van Nederlandse wettelijke

28 HvJ EG 10 april 1984, nr. 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson en Kamann*); S. Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford 1995.

29 HvJ EG 8 november 1990, nr. 177/88, *Jur.* 1990, p. I-3979 (*Dekker/VJV*).

30 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 225 (*Dekker/VJV*).

31 K. Wentholt, De rechtsbescherming van de zwangere sollicitante na Dekker-VJV, *SMA* 1992, p. 340-350.

begrippen, waarbij het HvJ EG de interpretatie bepaalde. Terwijl er formeel geen sprake is van horizontale werking, komen we daar materieel dicht bij.[32]

Een ander voorbeeld vormt de richtlijn inzake de informatieplicht van de werkgever. Deze is in Nederland geïmplementeerd in art. 7:655 BW. Bij de introductie werd door velen opgemerkt dat deze plicht toch moeilijk afdwingbaar is. Heeft de richtlijn daarom geen betekenis? In de zaak *Kampelmann c.s.* wisten advocaten deze richtlijn toch op creatieve wijze te gebruiken. De zaak betrof een Duitse procedure van een aantal werknemers ter zake van de weigering van hun werkgever (een overheidsorgaan) om hen in een hogere salarisgroep in te schalen. De reden hiervoor was dat zij niet hadden aangetoond de daarvoor vereiste diensttijd te hebben vervuld in functies die correspondeerden met de ter zake dienende salarisgroepen, niettegenstaande het feit dat in van hun werkgever afkomstige schriftelijke informatie van enkele jaren daarvoor nog het tegendeel werd verklaard. Voor een aantal andere werknemers gold dat hun werkgever hun schriftelijk had medegedeeld dat zij waren bevorderd, terwijl later werd medegedeeld dat de functies onjuist waren gewaardeerd en daarom voor bevordering niet meetelden. Het HvJ EG oordeelde dat de door de richtlijn voorgeschreven kennisgeving van de werkgever van de belangrijkste gegevens van de arbeidsovereenkomst een vermoeden van juistheid toekomt. Een vermoeden dat in de nationale rechtsorde is verbonden aan eenzelfde, door de werkgever opgesteld en aan de werknemer ter beschikking gesteld stuk. De werkgever moet evenwel tegenbewijs kunnen leveren en in de gelegenheid worden gesteld aan te tonen dat de informatie onjuist is.[33] Deze uitspraak betekent dus dat indien de werkgever informatie heeft gegeven over de inschaling dit een bewijsstuk kan vormen in een arbeidsgeschil, dat ertoe kan leiden dat de bewijslast wordt verschoven in die zin, dat de werkgever dient aan te tonen dat deze kennisgeving feitelijk onjuist is. Het is een voorbeeld van een creatieve benutting van het Europese recht.

32 G. Betlem, Een vierde type van rechtsvinding, Richtlijnconforme interpretatie van de onrechtmatige daad, *NJB* 1991, p. 1363-1371.

33 HvJ EG 4 december 1997, zaken C-253/96 t/m C-258/96, *Jur.* 1997, p. I-6907, *JAR* 1998/113 (*Kampelmann c.s.*).

Jacobs stelde over de interpretatie van de rechtspraak van het Hof, dat het Hof nogal 'Euro-enthousiast' is.[34] Mijn indruk is echter dat het Hof vooral wil bereiken dat het Europese recht een nuttig effect heeft; dat het daadwerkelijk werkt, zoals het is bedoeld. Daarvoor kiest men als dat noodzakelijk is soms een ruime uitleg van het Europese recht. Daarmee is niet gezegd dat het een te ruime uitleg is. In bepaalde gevallen is het Hof zelfs terughoudend. Het Hof is geen 'Europese wetgever' geworden. Als het Hof ver gaat, is dat steeds om te verzekeren dat de bedoeling van het Europese recht tot zijn recht komt. Dat is soms ook nodig, omdat lidstaten het Europese recht interpreteren vanuit hun eigen stelsel en niet geneigd zijn dit te doen vanuit het idee dat deze regels effect moeten hebben. Bijvoorbeeld bij de interpretatie van de richtlijn inzake overgang van ondernemingen heeft het Hof gekozen voor een ruime uitleg van het begrip 'uitbesteden van werk'. In een Duitse zaak heeft het Hof uitspraak gedaan betreffende het uitbesteden van schoonmaakwerkzaamheden. Ook op deze situatie is naar het oordeel van het Hof de richtlijn van toepassing.[35] Deze uitspraak heeft in Duitsland voor veel commotie gezorgd. In dat land bestond al voor de inwerkingtreding van de desbetreffende richtlijn wetgeving op dit gebied, welke niet zag op het uitbesteden van schoonmaakwerkzaamheden. Men vond dan ook dat de uitspraak niet paste binnen het systeem. Daarbij doelt men dan echter op het Duitse systeem en niet op het Europese systeem. In Nederland hebben wij over het algemeen iets minder moeite met rechtspraak van het Hof die afwijkt van het nationale recht, omdat wij het als klein land meer vanzelfsprekend vinden dat wij in het kader van de ontwikkeling van het Europese recht wat moeten inschikken.

Mijns inziens valt moeilijk vol te houden dat het Hof overmatig enthousiast is; kritiek komt vaak uit lidstaten omdat de rechtspraak hen niet bevalt en dat is meestal een gevolg van het feit dat deze verder gaat dan men in het eigen land gewend is. Het interessante van de Europese rechtsontwikkeling is dat deze een eigen dynamiek heeft. De uit verschillende landen voortkomende rechtsopvattingen worden

34 A.T.J.M. Jacobs, Rechtsvinding in arbeidszaken door het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen, in: *Symposiumbundel 5 jaar JAR*, Den Haag: Sdu 1997, p. 13-22.

35 HvJ EG 14 april 1994, nr. C-392/92, *Jur.* 1994, p. I-1311 (*Schmidt/Spar- und Leihkasse*).

met elkaar in verband gebracht en leiden weer tot verdere rechtsontwikkeling. Verwijten aan het Hof van Justitie zijn vaak hetzelfde als het verwijt aan de boodschapper van slecht nieuws dat het nieuws slecht is. De boodschapper kan het echter niet helpen; zelfkritiek over het gebrekkige eigen recht zou in veel gevallen meer op zijn plaats zijn. Overigens kan de kritiek op uitspraken van het HvJ EG, dat uiteraard niet onfeilbaar is, het recht weer verder brengen, zoals dat ook in de nationale rechtsorde het geval is.

1.5 Beïnvloeding Nederlands recht

Wordt het Nederlandse recht los van specifieke kwesties, ook structureel beïnvloed vanuit Europa? Veranderen onze arbeidsrechtelijke concepten? Mij dunkt dat dit inderdaad het geval is. Enkele voorbeelden mogen dit illustreren.

a. Discriminatie. De grotere nadruk op gelijke behandeling en discriminatieverboden is zeker door het Europese recht gestimuleerd. Niet alleen ten aanzien van gelijke behandeling van burgers uit verschillende EU-lidstaten (het concept van vrij verkeer van werknemers), maar ook ten aanzien van mannen en vrouwen, en meer recentelijk andere discriminatieverboden (deeltijdarbeid, contracten voor bepaalde tijd). De gelijke behandelingsdoctrine krijgt in het Nederlandse arbeidsrecht een steeds grotere uitstraling. Een arrest als het *Agfa*-arrest (waarin het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk onder gelijke omstandigheden werd erkend)[36] is daar duidelijk door beïnvloed. Maar ook overigens brengen advocaten in procedures steeds meer (ook) het discriminatieconcept in, naast traditionele arbeidsrechtelijke argumenten. Daarmee lijkt het Nederlandse (en Europese) arbeidsrecht zich te ontwikkelen in Amerikaanse richting, waar discriminatie ook een zeer belangrijk thema in het arbeidsrecht is geworden. Het idee van gelijke kansen wordt daarmee benadrukt.

b. Contractueel model. De Europese ondernemingsraad is na veel tegenspraak en tegenstand ingevoerd. Daarbij heeft men voor een terughoudend concept gekozen. De regeling gaat ervan uit dat partij-

36 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

en eerst zelf afspraken maken. Wanneer dat niet lukt, is er een wettelijke regeling waarop kan worden teruggevallen. Deze regeling is vrijwel letterlijk overgenomen in de Nederlandse wet. Dit concept zou navolging kunnen krijgen; het lijkt enigszins op ons driekwart dwingend recht. Denkbaar is dat meer sociaalrechtelijke regelgeving een 'subsidiaire' opzet krijgt, waarbij partijen eerst zelf kunnen contracteren, tegen de achtergrond van een wettelijk model dat dient te worden toegepast indien men er zelf niet uitkomt. Het model is terug te verwachten in de binnenkort te verschijnen richtlijn inzake medezeggenschap bij de Europese vennootschap. Het komt ook al voor op nationaal niveau in het SER-advies inzake de herziening van de structuurregeling.

c. Werknemersbegrip. Ook wat betreft de begrippen is er sprake van beïnvloeding. Zo wordt het werknemersbegrip op Europees niveau vaak ruim uitgelegd om te voorkomen dat landen met een eigen, enge begripsbepaling onder de Europese regelingen zouden uitkomen. In verschillende richtlijnen wordt gesproken van 'arbeidsovereenkomst of *arbeidsverhouding*'. In Nederland zijn de richtlijnen veelal uitgewerkt in de regeling van de arbeidsovereenkomst. Daarbij gaat men ervan uit dat het begrip arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding hetzelfde is als wat bij ons onder 'arbeidsovereenkomst' wordt verstaan. Het zou in de richtlijnen echter om een ruimer begrip kunnen gaan; bepaalde vormen van flexibele arbeid zouden toch onder het begrip 'arbeidsverhouding' kunnen vallen. De omzetting van de reeds genoemde richtlijn inzake de informatieplicht van de werkgever in het Nederlandse recht vormt een voorbeeld van deze invloed. In art. 7:655 lid 6 BW is dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaard op voorovereenkomsten inzake oproeparbeid en op het aangaan van een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst, al dan niet gevolgd door andere soortgelijke overeenkomsten, waarbij de ene partij, natuurlijk persoon, zich verbindt voor de andere partij tegen beloning arbeid te verrichten, tenzij deze overeenkomst wordt aangegaan in beroep of bedrijf. Daarmee is uitvoering gegeven aan de toepasselijkheid van de richtlijn op de arbeidsovereenkomst of *arbeidsverhouding*. Deze term komt ook in andere richtlijnen voor, ook als die slechts ten aanzien van de arbeidsovereenkomst in nationaal recht zijn omgezet. Het is echter goed denkbaar dat op soortgelijke contracten ook andere regels uit Europese richtlijnen op dezelfde wijze van toepassing zijn.

d. Werkgeversbegrip. Europese invloed op het werkgeversbegrip speelt met name bij de vraag of Europese regelingen ook van toepassing zijn op de publieke sector. De rechtspraak over het beginsel van vrij verkeer van werknemers is op dit gebied zeer ruim van toepassing op overheidswerkgevers, ondanks een voorziene uitzondering in het EG-Verdrag. In de herziene richtlijn inzake overgang van ondernemingen uit 1998 is met name veel rechtspraak gecodificeerd. Deze richtlijn is uitdrukkelijk ook van toepassing verklaard op overheidsondernemingen. Dit dwingt de wetgever bij de omzetting van deze richtlijn in nationaal recht meer aandacht te hebben voor de problematiek van de toepasselijkheid bij privatisering, die ook al in de Nederlandse jurisprudentie tot veel vragen aanleiding heeft gegeven.[37]

e. Aard regelgeving. Geleidelijk verschuift mede onder Europese invloed ook de aard van de regelgeving. Er is een ontwikkeling te signaleren waarin minder recht wordt vastgesteld in de vorm van concrete regels die precies de oplossing van elk geval dicteren. Het recht ontwikkelt zich meer tot een aantal beginselen, die nationaal of door de rechter verder worden uitgewerkt. Dat blijkt uit de toegenomen aandacht voor grondrechten en discriminatiekwesties. Men ziet de tendens ook in de arbeidsomstandighedenwetgeving, met zijn verschuiving 'van doel- naar middelbepaling'. Ook is er een verschuiving waarneembaar van een denken in termen van concrete resultaten naar een denken in gelijke kansen. Dit laatste zien we bijvoorbeeld bij de regelgeving voor gehandicapten. Hier is antidiscriminatiewetgeving in opkomst, waarbij betrokkenen zelf voor hun nog niet geconcretiseerde rechten kunnen opkomen, terwijl deze problematiek in het verleden vooral werd gezien als een kwestie van sociale zekerheid. Maar ook in het Europese recht is deze tendens een ontwikkeling die zich in de loop der tijd heeft voltrokken en die zich nog niet volledig heeft doorgezet.

Het zou overigens onjuist zijn om te stellen dat de beïnvloeding uitsluitend vanuit Europa richting Nederland gaat. Ook Nederland heeft

37 Inmiddels heeft het HvJ EG uitgemaakt dat de richtlijn niet betrekking heeft op ambtenaren met een publiekrechtelijk statuut, maar wel betrekking kan hebben op overheidsondernemingen; zie HvJ EG 14 september 2000, nr. C-343/98, *JAR* 2000/225 (*Collino/Telecom*) en HvJ EG 26 september 2000, nr. C-175/99, *JAR* 2000/239 (*Mayeur/APIM*).

invloed op Europese ontwikkelingen. Ten dele omdat de Nederlandse opvattingen worden ingebracht bij de voorbereiding van Europese regelgeving. Maar ook omdat Nederland zo nu en dan vooroploopt met een nieuwe ontwikkeling, die later door anderen wordt overgenomen. In de meeste gevallen is er sprake van een gelijktijdige ontwikkeling. Problemen spelen zowel in Nederland als in andere Europese landen en er wordt dan in overleg gezocht naar gezamenlijke oplossingen. In die gevallen is er sprake van gelijktijdige invloed in beide richtingen.

1.6 Conclusie

Het is belangrijk voor de arbeidsrechtjurist van vandaag om een indruk te hebben van het Europese recht. Al was het maar om te weten op welke terreinen dit recht een rol speelt en welke soort regelingen en rechtspraak er zijn. Door het volgen van cursussen zal de kennis op dit gebied moeten worden uitgebreid en bijgehouden. Ook zal moeten worden voorzien in een betere toegankelijkheid van het Europese recht, zodat men hierin eenvoudiger zijn weg kan vinden. Er ligt hier een taak voor de praktijk en voor de wetenschap.

Boven alles biedt het Europese arbeidsrecht een nieuwe dynamiek: veel zaken die jarenlang nationaal niet ter discussie konden staan, krijgen vanuit Europese invalshoek bezien een grotere relativiteit. De creatieve arbeidsrechtjurist doet hier zijn voordeel mee en bereikt langs deze weg een voorsprong op diegenen die zich louter blijven baseren op nationale rechtsbronnen.

Discussieverslag

Gelijke-behandelingdoctrines

Vas Nunes (advocaat te Den Haag) deelt de mening van de spreker dat art. 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)[38], dat ziet op gelijke behandeling, in de praktijk vaker zou kunnen worden toegepast. Hij wijst er echter op dat dit artikel geen horizontale werking heeft, in tegenstelling tot art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVPBR).[39] Naar zijn indruk wordt in de praktijk vaker een beroep gedaan op dit laatste artikel. Met name door fiscalisten zou meer worden gewerkt met gelijkebehandelingsdoctrines en dan met name met art. 26 IVBPR, dan door civilisten en arbeidsrechtjuristen.

Heerma van Voss bevestigt dat een beroep op art. 26 IVBPR – mede gelet op de in de jurisprudentie aan dit artikel toegekende horizontale werking – inderdaad meer voor de hand ligt dan een beroep op art. 14 EVRM. In het door hem aangehaalde arrest van de Hoge Raad was door de betreffende advocaat een beroep gedaan op art. 14 EVRM. Het was echter evenzeer mogelijk geweest een beroep te doen op art. 26 IVBPR. Art. 14 EVRM heeft bovendien als nadeel dat het gekoppeld moet zijn aan een ander recht uit het verdrag. In het betreffende geval was mede een beroep gedaan op art. 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces. Om een beroep te kunnen doen op het discriminatieverbod, moet dus een ander recht uit het verdrag zijn geschonden, althans ongelijk zijn toegepast. De vraag of art. 14 EVRM horizontale werking heeft, is in Nederland door de Hoge Raad nog niet beantwoord. Ten aanzien van art. 26 IVBPR heeft de

38 Verdrag van 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154 (laatste wijziging: *Trb.* 1985, 82)

39 Dit verdrag, gesloten op 19 december 1966 (*Trb.* 1969, 99) wordt ook wel met 'BUPO' afgekort.

Hoge Raad aan dit artikel rechtstreekse werking toegekend.[40] Afhankelijk van het rechtsgebied wordt meer gebruikgemaakt van art. 26 IVBPR dan van art. 14 EVRM. Op bepaalde rechtsgebieden, zoals op het terrein van de sociale zekerheid, wordt weer meer gebruikgemaakt van het Europese en internationale recht dan in het arbeidsrecht. Ook door arbeidsrechtjuristen wordt met enige regelmaat een beroep gedaan op art. 26 IVBPR. Nu het onderwerp van de lezing het Europese arbeidsrecht betrof, heeft de spreker art. 14 EVRM als uitgangspunt gekozen. Hetgeen echter niet wegneemt dat als hij een procedure zou moeten voeren, hij dan ook zeker art. 26 IVBPR zou inbrengen.

Vas Nunes wijst verder op een vonnis van de Amsterdamse Kantonrechter.[41] Het betrof een groep psychiaters werkzaam bij een psychiatrisch ziekenhuis in Amsterdam. Een aantal psychiaters ontving om historische redenen een toeslag, hun collega's niet. In dit geval werd een beroep gedaan op het *Agfa/Schoolderman*-arrest[42] en mogelijkerwijs ook op verdragsregels, zoals art. 26 IVBPR.[43]

Heerma van Voss geeft aan dat het misschien goed is om inderdaad nog even op het *Agfa*-arrest in te gaan. Daar ging het om mevrouw Schoolderman, die als oproepkracht werkte, maar minder betaald kreeg dan het vaste personeel, terwijl ze al vele jaren feitelijk hetzelfde werk deed. Zij deed vervolgens een beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel, waarna de Rechtbank Arnhem haar – onder verwijzing naar een groot aantal internationale en nationale documenten – in het gelijk stelde. Hierbij ging het om art. 23 UVRM, art. 119 EEG-Verdrag, art. 4 ESH, 'diverse richtlijnen van de EG', art. 7 IVESCR alsmede § 2 van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen juncto art. 7A:1637ij BW. Uit deze internationale bronnen zou volgens de rechtbank blijken dat er een beginsel van 'gelijk loon voor gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden' bestaat. Dat was dus op zichzelf al heel nieuw, omdat het bestaande beginsel

40 HR 7 mei 1993, *JAR* 1993/156; NJCM-Bull. 1993, p. 694; HR 13 januari 1995, *NJ* 1995, 430, *JAR* 1995/365 (*Codfried/ISS*).

41 Ktr. Amsterdam 18 februari 2000, *JAR* 2000/48.

42 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

43 Het door Vas Nunes op de bijeenkomst aangekondigde artikel over dit vonnis is inmiddels gepubliceerd ('Geen gez..., iedereen gelijk', *ArbeidsRecht* 2000/10, 53).

'gelijk loon voor mannen en vrouwen' algemeen toepasbaar werd verklaard: 'gelijk loon voor gelijke arbeid'. Deze uitspraak was niet geheel onomstreden. De meeste verdragen kennen een dergelijk recht immers niet; er is slechts één internationaal verdrag dat het recht ook toen al met zoveel woorden noemde. Dat is het Verdrag voor sociale grondrechten van de Verenigde Naties (IVESCR[44]), het sociale pendant van het IVBPR-Verdrag. Dit verdrag bevat wél het beginsel van 'gelijk loon voor gelijke arbeid'. Van deze bepaling staat echter niet vast dat zij rechtstreekse werking heeft.

In zijn daaropvolgend arrest heeft de Hoge Raad het oordeel van de Arnhemse Rechtbank bevestigd en concludeerde hij dat de rechtbank inderdaad terecht die beginselen in aanmerking heeft genomen. Heerma van Voss is van mening dat er nog discussie mogelijk zou geweest over de vraag of het recht op gelijke loon voor gelijke arbeid werkelijk wel zo algemeen was erkend. Na het *Agfa*-arrest geldt dat in ieder geval wel in Nederland, mede dankzij het internationale recht.

Een ander punt is dat men zou kunnen verwachten dat veelvuldig een beroep wordt gedaan op dit arrest om bepaalde gevallen van ongelijke beloning aan te vechten, maar in de (gepubliceerde) jurisprudentie is dit nog niet vaak naar voren gekomen. Toch zou het arrest mogelijkheden daartoe bieden.

Grapperhaus (advocaat te Amsterdam) geeft aan dat het *Agfa*-arrest een clausulering bevat. In dat specifieke geval ging het immers over gelijk loon voor gelijke arbeid onder gelijkwaardige omstandigheden. Veel rechtshulpverleners krijgen in een ontbindingsprocedure te maken met een juridisch adviseur van een werknemer, die een beroep doet op de uitkomst van een eerdere ontbindingszaak met een andere medewerker. Indien daarin aan deze werknemer een bepaalde vergoeding werd toegekend, gaat deze adviseur ervan uit dat zijn cliënt eveneens aanspraak kan maken op een vergelijkbaar bedrag. Het *Agfa*-arrest zou echter niet zover kunnen worden doorgetrokken.

Een ander punt is dat de rechtbank Schoolderman in het gelijk zou hebben gesteld op basis van verdragen. De Hoge Raad heeft wellicht ook wel deze verdragen toegepast, maar komt vervolgens met de redenering dat op grond van art. 3:12 BW het in ons recht geldende

44 Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, New York, 19 december 1976, *Trb.* 1969, 100. Dit verdrag wordt ook wel afgekort als Ecsocul-verdrag.

algemene rechtsbeginsel in aanmerking moet worden genomen. Door deze redenering van de Hoge Raad zijn de verdragen in het arrest eigenlijk helemaal 'ondergesneeuwd'.

Ook **Heerma van Voss** verwacht van het *Agfa*-arrest geen wonderen. Het moet immers gaan om 'echt' gelijke gevallen. Het internationale recht zou wel uitkomst kunnen bieden in die gevallen, waarin ons nationale recht eigenlijk enigszins tekortschiet, omdat we op dat gebied een leemte hebben. In een dergelijk geval zou via de omweg van het internationale recht als het ware een opening kunnen worden gevonden. Het is denkbaar dat in toekomstige jurisprudentie de betekenis van de internationale bepalingen nauwkeuriger wordt onderzocht.

Overeenkomsten van sociale partners

Grapperhaus merkt op dat Heerma van Voss in zijn lezing terecht aandacht heeft besteed aan het signaleren van de 'doorontwikkeling' van dit soort leerstukken in het Nederlandse recht, die daarin een zekere plaats hebben gekregen. Een ander punt in de ontwikkeling van het Europese arbeidsrecht, dat in zijn beleving veel meer gevolgen zou kunnen hebben, betreft het sluiten van 'convenanten'. Deze convenanten kunnen worden voorgelegd aan de Europese Commissie of de Europese Raad, die de bepalingen uit het convenant zouden kunnen overnemen. Grapperhaus acht dit op zichzelf een positieve ontwikkeling, omdat op deze wijze afspraken tussen de sociale partners in ons rechtssysteem kunnen worden verankerd. Mogelijk zou dit kunnen leiden tot een internationaal erkende norm dat vrijheid van meningsuiting tot op zekere hoogte ook horizontale werking 'op het werk' heeft.

De vraag die Grapperhaus aan Heerma van Voss wil stellen, is of deze convenanten niet veel meer van invloed kunnen zijn op het Nederlandse arbeidsrecht. Sociale partners op Europees niveau zouden een bepaald werkgelegenheidsbeleid kunnen uitstippelen, waardoor misschien wel het hele BBA overbodig wordt. In dat geval zou de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel haar ontslag kunnen indienen. De convenanten zouden zelfs van grotere betekenis kunnen zijn dan de bepalingen uit de verdragen.

Heerma van Voss geeft aan dat de ontwikkeling van de overeenkomsten die sociale partners op Europees niveau kunnen sluiten, niet moet worden overschat. Ook hier geldt dat het bijzonder moeilijk is voor de sociale partners om overeenstemming te bereiken, met name over een ingrijpend onderwerp als bijvoorbeeld het algeheel herzien

van het ontslagrecht. Op Europees niveau moeten de werkgevers- en werknemersorganisaties eerst intern overeenstemming bereiken, waarna zij het samen nog eens moeten worden. Heerma van Voss acht het sluiten van dergelijke overeenkomsten desalniettemin een mooie, zeer flexibele mogelijkheid om met nieuwe initiatieven te komen. De Europese Commissie heeft als het ware de mogelijkheid om de Raad van Ministers een concurrent aan te bieden. Als de Raad immers geen overeenstemming bereikt, zou aan de sociale partners kunnen worden gevraagd met een overeenkomst te komen, waardoor er meer druk worden uitgeoefend om een bepaald onderwerp te regelen. Ook al blijft het moeilijk om de sociale partners daadwerkelijk tot overeenstemming te brengen, er is wel een ontwikkeling waar te nemen; er is inmiddels een aantal deelonderwerpen aangepakt, zoals deeltijdarbeid en contracten voor bepaalde tijd. Een regeling van het gehele ontslagrecht ligt ook op Europees niveau zo gevoelig dat dit nog wel jaren zal duren. Net als de rest van het Europese recht kunnen de overeenkomsten echter wel – stapje voor stapje – van grotere betekenis worden voor het nationale recht. Op dit moment komen ook op bedrijfstakniveau overeenkomsten tot stand ten aanzien van bepaalde aspecten, bijvoorbeeld over de arbeidstijden in de vervoerswereld. Dat betekent dat langs die weg doorbraken geforceerd kunnen worden. Voor de toekomst kunnen de overeenkomsten van meer belang zijn, met name wanneer zij zich in de richting van wat meer CAO-achtige afspraken ontwikkelen, die vervolgens door de Raad van Ministers bindend kunnen worden verklaard.

Een interessant aspect is, dat dit model lijkt op dat van enkele Europese landen, met name dat van België. Daar kent men alle bedrijfstakken overstijgende (zogeheten 'interprofessionele') CAO's, die in de Nationale Arbeidsraad opgesteld en vervolgens algemeen verbindend verklaard worden. Dit is tevens de verklaring waarom België een aantal Europese richtlijnen niet omzet in wetgeving, maar in een dergelijke nationale CAO. De implementatie van Europese regelgeving kan hierdoor soms veel sneller gaan. In Nederland vergt het normale wetgevingsproces veel meer tijd, zodat ons land nog wel eens moeite heeft om bij de implementatie van Europese richtlijnen binnen de daarvoor gestelde termijnen te blijven. Vanuit dit standpunt bezien, zou het best aardig zijn als een dergelijke CAO-vorm ook in Nederland mogelijk zou worden. Navraag bij personen uit werkgevers- en werknemersorganisaties leert echter dat hierbij vooral de grote en kleine ondernemingen het onderling niet eens kunnen worden, gezien hun uiteenlopende belangen. Toch vraagt hij zich af waarom partijen hier niet toe overgaan. Een voorbeeld waarbij dit

zou hebben gekund is de Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden (Wet Samen).[45] Jarenlang heeft men in de Stichting van de Arbeid (STAR) gedelibereerd over een regeling voor arbeidsdeelname van allochtonen. De STAR kwam slechts met vage aanbevelingen en stelde hiermee in staat te zijn duizenden mensen aan het werk te helpen, zonder dat duidelijk werd hoe dat dan zou moeten gebeuren. Nadat door een initiatief van parlementariërs uiteindelijk wetgeving tot stand was gekomen, waarin voor de werkgevers een registratieverplichting was opgenomen, deelde men vanuit werkgeverszijde mee dat de regeling niet het beoogde doel zou bereiken. Mogelijk was deze voorspelling juist, maar de werkgevers hadden in de STAR de mogelijkheid laten liggen zelf iets te regelen. Op zichzelf zou het best mogelijk zijn voor werkgevers en werknemers om in Nederland meer invloed uit te oefenen op de nationale regelgeving, zodat deze ook beter aanluit bij de eigen behoefte.

Mededingingsrecht

Staal (kantonrechter te Utrecht) wil juist de aandacht vragen voor het omgekeerde fenomeen. In toenemende mate liggen CAO's in Nederland onder vuur op grond van hun vermeende strijdigheid met mededingingsregels. Het ministerie van Economische Zaken onderzoekt momenteel zelfs of en in hoeverre de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) een rol zou moeten gaan spelen bij toetsing van CAO's. De ontwikkeling voor de toekomst zou dus wel eens een geheel andere kunnen zijn. Akkoorden tussen sociale partners zouden, nationaal- of internationaalrechtelijk, juist onder vuur kunnen komen te liggen van Europese regels inzake de vrije mededinging.

Heerma van Voss acht dit een interessant aspect, wat ook in het in zijn voordracht gememoreerde verhaal van Jacobs aan de orde kwam. De vraag is immers of het sociale beleid niet strijdig zou kunnen zijn met het Europese recht, waarin het vrijemarktbeginsel vooropstaat. Het sociale beleid staat immers op gespannen voet met dit beginsel en zou derhalve in gevaar kunnen komen.

Het door Staal aangesneden punt betreft eigenlijk twee discussies; een op Europees en een op nationaal niveau. Op *Europees* niveau bestaat recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, inhoudende dat als het gaat om echte arbeidsvoorwaarden in CAO's, deze niet in strijd zijn met het Europese mede-

45 Wet van 11 mei 1994, *Stb.* 1994, 423.

dingingsbeleid.[46] Uit de tot nu toe aan hem bekende rechtspraak blijkt dat het een afweging van belangen betreft; het belang van een goed functionerende markt (zonder kartels die de markt voor de consument verstoren) tegenover het belang van de werknemers op behoorlijke arbeidsvoorwaarden. Dit laatste is het belang van een goed sociaal beleid, dat ook in het Europese recht prominent is. In geval van evenwichtige CAO's zal aan het sociale beleid een groter belang worden toegekend. Dat wil echter niet zeggen, dat dat ook altijd zo blijft. Het zou kunnen zijn dat de discussie weer gaat verschuiven. De druk is door de uitspraken van het Hof op dit moment enigszins van de ketel.

Wat de *Nederlandse* discussie betreft: de wet ontzegt de NMa de mogelijkheid om over CAO's te oordelen. De discussie gaat nu om de vraag of – bij een herziening van de wet – deze bepaling moet blijven, of afgeschaft zou moeten worden. Vanzelfsprekend moeten de activiteiten van de NMa in lijn blijven met het Europese mededingingsrecht. Als gevolg van de bovengenoemde Europese rechtspraak is dus ook van de NMa op dit moment niet zo'n groot gevaar te duchten voorzover het gaat om arbeidsvoorwaarden in CAO's. Het Europese recht kan hier dus zelfs een bescherming bieden tegen te grote nationale neigingen tot ingrijpen. Als de NMa de bevoegdheid zou krijgen om CAO's te beoordelen, wil dit dus nog niet zeggen dat er veel CAO's zullen sneuvelen. De sociale partners zijn echter al bij voorbaat bang voor de mogelijkheid van een beoordeling.

De spreker concludeert dat de vraag hoe men een en ander in de Nederlandse wet wil regelen een interessante is, maar dat het Europese recht niet acuut tot maatregelen noodzaakt. CAO's zullen niet opeens als gevolg van het mededingingsrecht hun status en belang verliezen. Immers, in heel Europa is de CAO een vanzelfsprekend instituut, dat niet zomaar zal verdwijnen.

Heerma van Voss wijst vervolgens op de discussie in Nederland over de algemeen verbindend verklaring van CAO-bepalingen. Verondersteld zou kunnen worden dat deze opnieuw aan de orde wordt gesteld. Met name kan gedacht worden aan de problematiek van de kleine startende ondernemer. Wanneer binnen een bedrijfstak collectieve arbeidsvoorwaarden van een hoog niveau zijn afgesproken, is

46 HvJ EG 21 september 1999, C 219/97, *USZ* 2000/13 (*Brentjens*). HvJ EG 21 september 1999, C-67/96 (*Albany*). Zie hierover Franssen e.a., 'CAO's en mededingingsrecht', *SMA* 2000, p. 324-339.

toetreding voor veel startende werkgevers feitelijk problematisch gebleken. Deze kwestie hebben CAO-partijen opgelost door lagere loonschalen in de CAO op te nemen. Een andere oplossing is dat voor nieuwe ondernemingen tijdelijk bepaalde CAO-bepalingen worden uitgezonderd.[47] Op een dergelijke wijze kunnen ook de CAO-partijen zelf bijdragen aan de instandhouding van het systeem door tegemoet te komen aan reële knelpunten.

Franssen (assistente in opleiding, Universiteit Maastricht) geeft aan dat ook het Hof de link heeft gelegd met overeenkomsten op Europees niveau. Deze zijn op Europees niveau toegestaan en worden dus niet in strijd geacht met de antikartelbepalingen uit het verdrag.[48] Het zou dan vreemd zijn om de CAO's op nationaal niveau wel te verbieden. Met andere woorden, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen gebruikt de Europese overeenkomsten als argument voor de conclusie dat op Nederlands niveau niet gesteld kan worden dat CAO's in strijd zijn met antikartelbepalingen.

Bescherming persoonsgegevens

Vas Nunes brengt de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP)[49], die de Wet Persoonsregistraties (WPR)[50] gaat vervangen, onder de aandacht. Ook deze wetten vloeien uit het Europese recht voort en zouden belangrijke gevolgen voor het arbeidsrecht hebben.

Heerma van Voss geeft aan dat Nederland te laat is met de implementatie van de richtlijn.[51] Hij meent dat er voorbereidingen zijn getroffen voor een infractieprocedure. Er is nogal wat verzet geweest van de zijde van werkgevers en de Consumentenbond. Ook de WPR was van belang voor het Nederlandse arbeidsrecht en er wordt natuurlijk een groot aantal persoonsregistraties bijgehouden door werkgevers, waarbij in veel gevallen (waarschijnlijk) niet helemaal aan de

47 Zie hierover P.F. van der Heijden, 'Verbindend verklaren van cao's: geen speelbal van de politiek', *NJB* 1992, p. 345-348.

48 Art. 81 en 82 EG-Verdrag.

49 Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, *Stb.* 2000, 302.

50 Wet van 28 december 1988, houdende regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties, *Stb.* 1996, 531.

51 Richtlijn nr. 95/46/EG van 23 november 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* L 281.

wet voldaan zal worden. Of de WBP extra problemen zal opleveren, is hem echter niet bekend en hij doet hieromtrent ook geen nadere voorspellingen.

Fleuren-van Walsem (universitair docente Sociaal recht, Universiteit Leiden) refereert aan een artikel van De Vries[52], die het niet verstandig acht om voor het arbeidsrecht een aparte regeling in het BW op te nemen. Beter zou het zijn als onder meer de sociale partners hun verantwoordelijkheid op dit gebied zouden nemen.

Heerma van Voss wijst erop dat er ook brochures zijn van de Registratiekamer over de omgang met het afluisteren van telefoons van werknemers en het controleren van e-mail- en/of internetgebruik. Daar bestaan dus als het ware gedragsregels voor. Deze brochures zou je kunnen beschouwen als een soort 'soft law'. Het betreft immers geen regels met de status van een wet, maar wel een objectieve norm, geformuleerd door een instantie die in het leven is geroepen om op deze materie toezicht uit te oefenen. Bij schending van de normen heeft de werknemer wel een goed argument om zijn kritiek op het handelen van de werkgever te onderbouwen. Het Nederlandse arbeidsrecht kent immers algemene beginselen, zoals het goed werkgeverschap, op grond waarvan tegen een werkgever gezegd zou kunnen worden dat hij zich dient te houden aan de normen van de Registratiekamer. Doet de werkgever dit vervolgens niet, dan dient hij dat uit te leggen. Het is niet zo dat bij de rechter rechtstreeks een beroep op 'brochure-regels' van de Registratiekamer mogelijk is. De brochure biedt een goede richtsnoer voor werkgevers om eens na te denken of hun beleid naar objectieve maatstaven wel juist is. Bovendien kan het een objectieve discussie bevorderen over privacyvragen. Op de achtergrond speelt natuurlijk ook het EVRM een rol. Deze conventie bevat eveneens een privacynorm[53], gebaseerd op principes van proportionaliteit en subsidiariteit; als inbreuk wordt gemaakt op de privacy, dan moet dat een redelijk doel dienen waarbij het minst vergaande instrument behoort te worden ingezet. Daarmee biedt ook het EVRM een aantal algemene uitgangspunten, die kunnen worden gebruikt als toetsingsmodel. Als de werkgever een maatregel neemt, die inbreuk pleegt op de privacy van de werknemer, dan is dat op zichzelf nog niet direct verboden. Er moet wel

52 H.H. De Vries, 'Hoe werkt de informationele privacy', *SR* 2000, p. 133-141.
53 Art. 8 EVRM.

getoetst worden of de bewuste maatregel een legitiem middel is voor een redelijk doel.

Premiedifferentiatie

Tol wijst erop dat de WAO de mogelijkheid kent om de werkgever via een arts-gemachtigde inzage te geven in het medische dossier van de werknemer. Op dit moment ligt die regeling nog onder vuur bij diverse bestuursrechters, hetgeen doet denken aan de discussie bij de bonus-maluskwestie, die ongeveer vijf jaar geleden plaatsvond. Deze betrof immers ook het probleem dat de werkgever geen inzagerecht had in het medische dossier van de werknemer, maar er wel een malus opgelegd kon worden als deze in de WAO geraakte. Het gevolg was dat de toenmalige bedrijfsvereniging niet in staat was om haar beschikking tot het opleggen van een malus voldoende te motiveren, hetgeen er uiteindelijk toe leidde dat de regeling met terugwerkende kracht werd afgeschaft.[54]

Een vergelijkbare discussie speelt nu in het kader van de Wet Pemba.[55] De werkgever moet een premieverhoging betalen wanneer zijn werknemer een WAO-uitkering ontvangt. Men spreekt in dit kader over het 'naijleffect'. Diverse bestuursrechters hebben voor verschillende oplossingen gekozen. De een beoordeelt de inhoud van het medische dossier en stuurt bepaalde stukken wel toe aan de werkgever, terwijl de ander de werkgever de stukken niet doet toekomen, maar hem in de gelegenheid stelt een advocaat in te schakelen. Dat is eigenlijk allemaal gebaseerd op het EVRM. Tol vraagt zich af of het bovenstaande ook besproken wordt op de betrokken ministeries.

Heerma van Voss geeft aan niet precies te weten of dit op deze ministeries wordt besproken. De Centrale Raad van Beroep heeft destijds in de kwestie van de bonus-malusregeling een uitspraak gedaan, waarbij is getoetst aan art. 6 (eerlijk proces) en art. 8 (privacy) EVRM.[56] De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat de beslissing over de oplegging van de malus een individuele beslissing was.

54 Wet van 2 november 1995; Wet afschaffing malus en bevordering reïntegratie (*Stb.* 1995, 560).

55 Wet van 24 april 1997 tot wijziging van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (*Stb.* 1997, 768).

56 CRvB 15 februari 1995, *JB* 1995/64, m.nt. Heringa, *RSV* 1996/214.

Het ging er in feite om dat als de werknemer arbeidsongeschikt was en een uitkering ontving, de werkgever een malus moest betalen, terwijl deze in sommige gevallen betwistte dat er van arbeidsongeschiktheid sprake zou zijn. Werkgevers wensten inzage in het dossier om de oplegging van de malus te kunnen bestrijden. Dat kon echter niet volgens de wet. De Centrale Raad van Beroep vond dat per individueel geval onderzocht moest worden, of de werkgever toestemming diende te krijgen voor inzage in bepaalde medische gegevens. In ieder geval behoorden de hoofdlijnen van het dossier wel bekend te worden gemaakt. Daaraan is een uitgebreide uitwerking gegeven; er moest evenwicht worden gevonden tussen de twee genoemde rechten. Het betreft hier immers een botsing van grondrechten, wat de kwestie extra moeilijk maakt. Beide grondrechten zouden zoveel mogelijk gerespecteerd moeten worden. Dit betekent dat er een middenweg moest worden gevonden, waarbij van elk grondrecht in ieder geval 'nog iets' zou overblijven.

De huidige Wet Pemba is in principe zo opgezet, dat het 'gevaar' van die uitspraak een beetje wordt omzeild. De arbeidsongeschiktheid van de individuele werknemer is niet meer van doorslaggevend belang, maar het gaat om het gemiddelde van alle gevallen. Eerder werd al premiedifferentiatie in de Ziektewet aanvaard.[57] Niettemin hebben werkgevers inzage in individuele dossiers geëist, waarop door de rechters verschillend wordt beslist.

Fleuren-van Walsem geeft aan dat de bestuursrechters niet automatisch de wet toepassen en alle mogelijk moeite doen om toch de werkgever tegemoet te komen, wat haar niet geheel onjuist lijkt. Met name het feit dat een werkgever uitsluitend een arts-gemachtigde kennis mag laten nemen van de stukken en niet ook een jurist, maakt het tot een ongelijke strijd tussen partijen. Of enig ministerie daarmee bezig is, is haar evenmin bekend. Zij spreekt de hoop uit dat de betreffende departementen de uitspraken volgen en daaruit hun conclusies trekken.

Heerma van Voss acht het – gelet op vergelijkbare kwesties – waarschijnlijker dat het ministerie wacht totdat de Centrale Raad van Beroep over deze kwestie heeft geoordeeld. Aan de hand van deze uitspraak zou dan beoordeeld kunnen worden of het nodig is de wet

57 Art. 60 ZW (oud).

aan te passen. Wellicht stelt men voorafgaande aan de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep wel interne notities op, maar meestal wordt pas actie ondernomen als blijkt dat de regelgeving niet houdbaar is. Dit laatste kan nog wel even op zich laten wachten.

Het probleem blijft een evenwicht te vinden en beleid te vormen ter stimulering van preventie zodat – door middel van financiële instrumenten – arbeidsongeschiktheid kan worden voorkomen. Tegelijkertijd brengt het rechtvaardigheidsgevoel bij de werkgever met zich dat deze zich sterk benadeeld kan voelen als hij – in zijn beleving ten onrechte – meer premie moet gaan betalen voor arbeidsongeschikte werknemers. Het is moeilijk om het individuele en het collectieve belang in zo'n geval tegen elkaar af te wegen. Een algemene formule is hier niet voor te geven. Het is denkbaar dat, wanneer de Centrale Raad van Beroep de regels in stand laat, ook het Europees Hof voor de rechten van de mens om een uitspraak zal worden gevraagd.

Fluit (assistent in opleiding aan het Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam) brengt vervolgens het punt onder de aandacht in hoeverre de werkgever als 'belanghebbende' bij een beslissing omtrent de WAO-aanvraag is aan te merken. De vraag is daarbij of er sprake is van een direct financieel belang. Door bestuursrechters wordt dit snel geaccepteerd. Bij kleine werkgevers is het zo dat zij een dergelijk belang hebben, aangezien zij het direct in hun premie merken, als een werknemer een WAO-uitkering krijgt toegekend. Voor een grote werkgever daarentegen heeft een WAO-toekenning geen directe, noch grote financiële gevolgen. Dat onderscheid zou eigenlijk moeten worden gemaakt om tot een goede beantwoording van de vraag omtrent de betekenis van het begrip belanghebbende te komen. In geschillen betreffende de premiedifferentie Ziektewet heeft de Centrale Raad van Beroep wel aandacht besteed aan deze vraag.[58] Hij heeft toen geoordeeld dat er geen sprake is van een direct financieel belang. In het kader van de Wet Pemba wordt de werkgever veel eerder als belanghebbende beschouwd.

Fleuren-van Walsem acht het niet vreemd dat een werkgever eerder als belanghebbende wordt aangemerkt, zodat de discussie zich kan richten op de vraag in hoeverre de werkgever recht heeft op inzage in de medische stukken van zijn werknemer(s).

58 Zie onder meer CRvB 8 maart 1995, *RSV* 1995/185.

Het begrip 'zelfstandige'

Kat geeft aan in haar werk vaak te maken te hebben met agentuurovereenkomsten. Het Lisv vaardigt richtlijnen uit met betrekking tot fictieve dienstbetrekkingen en de vraag wanneer de principaal sociale premies moet afdragen. Verhaal van sociale premies op de werknemer wordt daarin uitgesloten, maar verhaal op de agent niet. Daar waar de principaal wordt geconfronteerd met een vordering van het Lisv, ontstaat in feite voor de agent het belang om inzicht te krijgen in hetgeen er in de procedure gebeurt. Het gevolg van het moeten afdragen van de sociale premies door de principaal is immers dat deze de provisie zal verlagen. Als vertegenwoordiger van een agent heeft Kat zich gemeld bij een rechtbank en aangegeven dat deze belanghebbende is en wenst deel te nemen aan de procedure. De rechtbank heeft haar cliënt echter niet als belanghebbende geaccepteerd, omdat deze geen financieel belang zou hebben. Hoever kan het Lisv gaan met het stellen van regels die er uiteindelijk toe leiden dat iemand die in het maatschappelijk verkeer de rol van zelfstandige vervult (ook al heeft hij maar twee opdrachtgevers), als (fictieve) werknemer moet worden beschouwd? Komt het ontnemen van het recht op vrije beroepsuitoefening niet in strijd met het Europese recht?

Heerma van Voss antwoordt dat moeilijk kan worden gezegd dat door de jurisprudentie over het werknemersbegrip het recht op vrije beroepsuitoefening in gevaar komt. Dit recht is overigens slechts ten dele erkend.[59] De discussie over de vraag of iemand als zelfstandige of als werknemer moet worden aangemerkt is echter een andere. Niemand wordt belet in zijn beroepsuitoefening als dit werken wordt beschouwd te zijn verricht in dienstbetrekking. Elk land heeft daarvoor zijn nationale regels en die zijn in Europa niet geharmoniseerd, noch ziet het ernaar uit dat dit op korte termijn zal gebeuren. Moeilijk kan worden gesteld dat deze regels het werken als zelfstandige onmogelijk maken. Men wordt echter als 'werknemer' voor de

59 Men kan dit afleiden uit andere rechten, zoals het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 4 EVRM; 8 IVBPR), het recht op ongestoord genot van eigendom (art. 1 Eerste protocol bij EVRM) en het recht om in het onderhoud te voorzien door vrijelijk gekozen werkzaamheden (art. 1 ESH; art. 6 IVESCR; art. 19 lid 3 Grondwet). In het EG-recht gaat het om de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten in andere lidstaten op gelijke voet met burgers uit de desbetreffende lidstaat zelf (art. 43-55 EG-Verdrag).

werknemersverzekeringen beschouwd als het in de praktijk nu juist aan de gestelde zelfstandigheid blijkt te ontbreken. Bovendien is het altijd mogelijk om beslissingen aan de onafhankelijke rechter voor te leggen. Voor het overige lijkt de gestelde problematiek vooral een kwestie van nationaal bestuursprocesrecht. Alleen als de toegang tot de rechter aan de orde is kan art. 6 EVRM uitkomst bieden. Dit kan dus het geval zijn als de definitie van 'belanghebbende' te beperkt is.

Kat geeft aan dat het 'belanghebbende zijn' niet het probleem is. Art. 6 EVRM heeft ervoor gezorgd dat de Coördinatiewet Sociale Verzekering op dit punt wordt aangepast.

Kraayenveld vraagt of toepassing van art. 14 EVRM (het gelijkheidsbeginsel) in de opgeworpen kwestie wellicht uitkomst zou kunnen bieden.

Heerma van Voss geeft aan dat je daarvoor moet aantonen dat er sprake is van een ander vergelijkbaar geval, waarin toepassing van de regels tot een andere uitkomst heeft geleid. Het valt te betwijfelen of dit bij de zelfstandige wel zo is. Indien dat wel het geval zou zijn, zou ook op basis van het Nederlandse recht gesteld kunnen worden dat er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Als de werknemersbegrippen zouden worden geharmoniseerd, zou dit mogelijk anders kunnen komen te liggen. Nu we binnenkort te maken krijgen met de invoering van de euro in het betalingsverkeer, zou er een roep kunnen komen om verdere stappen te nemen ter flexibilisering van de arbeidsmarkt en het vereenvoudigen van arbeidsmigratie. Dit zou de noodzaak met zich brengen tot harmonisatie van pensioenen, sociale zekerheid en belastingen. Heerma van Voss verwacht dat in de komende periode op dit gebied naar vooruitgang wordt gestreefd. Op dit moment biedt het Europese recht echter geen uitkomst, tenzij het gaat om een grensoverschrijdend geval, waarin een verordening van toepassing zou kunnen zijn. De vraag of een 'zelfstandige' niet te snel onder de werknemersverzekeringen wordt gebracht, is echter vooralsnog een Nederlandse zaak.

Overgang van ondernemingen

Kraayenveld veronderstelt dat de richtlijn overgang van ondernemingen[60] ook ziet op ambtenaren. De Nederlandse wet sluit arbeids-

60 Richtlijn 98/55/EG van 17 juli 1998 tot wijziging van de richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, *PbEG* L 201/88.

contractanten en ambtenaren nog steeds uit. Dit zou betekenen dat de Nederlandse wetgeving op dit punt nog behoort te worden aangepast.

Heerma van Voss deelt haar mening dat de richtlijn onverkort van toepassing is op ambtenaren, niet. De richtlijn ziet op de overgang van een 'onderneming'. De vraag is dus wat onder het begrip onderneming moet worden verstaan. In het geval een overheidsbedrijf geprivatiseerd wordt, is er in principe sprake van een onderneming, zeker na de privatisering. Dit zou betekenen dat degenen die al dan niet met de onderneming overgaan, beschouwd zouden kunnen worden als werknemers van die onderneming. Of deze werknemers in Nederland formeel een ambtenaren- of een werknemersstatus hebben, is voor de richtlijn minder relevant.[61]

Interessant is in dit verband dat het ambtenarenbegrip naar Europees recht kan afwijken van het nationale ambtenarenbegrip. Uitgangspunt is volgens het EG-Verdrag dat het beginsel van vrij verkeer voor werknemers niet geldt voor 'betrekkingen in overheidsdienst' (art. 39 lid 4 EG-Verdrag). Deze betrekkingen worden volgens de rechtspraak echter alleen geacht die personeelsleden te hebben die werkelijk overheidsgezag uitoefenen.[62] Deze zeer restrictieve uitleg van het EG-Verdrag is gemotiveerd door de noodzaak verschillen in nationale indelingen niet te laten leiden tot sterk uiteenlopende toepassing van het EG-recht. Deze benadering is onlangs overgenomen in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens uit Straatsburg met betrekking tot de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op ambtenarenzaken:

> *'Het hof erkent dat de rechtszekerheid en de duidelijkheid van de huidige rechtspraak aangaande de toepasselijkheid van art. 6 EVRM in ambtenarenzaken te wensen overlaat. Het hof wenst hier een einde aan te maken door een nieuw criterium te formuleren. Hierbij hecht het hof waarde aan een autonome interpretatie van*

61 Zie over dit onderwerp: G.J.J. Heerma van Voss, 'Overgang van ondernemingen en ambtenaren', *SR* 2000, p. 207-210; R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, hoofdstuk 7. Inmiddels is gebleken dat het HvJ EG ambtenaren van de personele werkingssfeer van de richtlijn uitsluit: zie het hierboven reeds aangehaalde arrest HvJ EG 14 september 2000, nr. C-343/98, *JAR* 2000/225 (*Collino/Telecom*).

62 HvJ EG 17 december 1980, nr. 149/79, ov. 10 en 12, *Jur.* 1980, p. 3881 (*België 1*).

het begrip 'overheidsdienst' ('civil service'), zodat een gelijke bescherming kan worden geboden aan alle ambtenaren ongeacht de nationale situatie en ongeacht de aard van het contract tussen ambtenaar en autoriteit. Bij vragen omtrent toepasselijkheid van art. 6 EVRM in ambtenarenzaken wenst het hof derhalve een functioneel criterium toe te passen, gebaseerd op de aard van de taken en verplichtingen van de ambtenaar. De enige geschillen die buiten de reikwijdte van art. 6 EVRM vallen, zijn geschillen van ambtenaren wier taken specifieke overheidstaken betreffen. Het gaat hierbij om taken in het algemeen belang of deelname in de uitoefening van door publiekrechtelijk toegekende bevoegdheden.' [63]

63 EHRM 8 december 1999. De geciteerde passage is gepubliceerd in *NJB* 2000, p. 277, nr. 4 (De uitspraak van het Hof is inmiddels ook gepubliceerd in *AB* 2000, 195).

2 Toegang tot de arbeidsverhouding in het internationale recht

Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk[1]

2.1 Inleiding

Deze bijdrage gaat over toegangsregels in het internationale recht. Daarbij is allereerst aan de orde welke regels met betrekking tot toegang tot de arbeidsverhouding in het internationale recht te vinden zijn, in de tweede plaats wat de (Nederlandse) burger aan die regels heeft en in de derde plaats wat, op het theoretisch vlak, internationale toegangsregels ons kunnen leren. De eerste vraag is de vraag van inventarisatie. De tweede vraag heeft betrekking op de rechtswerking van de betreffende normen. De derde vraag heeft betrekking op de invloed die van het bestaan van de in het internationale recht verankerde toegangsregels kan uitgaan op het denken over arbeidsrechtelijke regels in het algemeen en regels die betrekking hebben op de toegang tot de arbeidsrelatie in het bijzonder.

Alvorens tot de behandeling van deze vragen kan worden overgegaan, moeten we het terrein nog wat verder afbakenen. Over wat voor soort recht hebben we het? Ondanks eerdere inspanningen van mijn kant[2] en ook van een coryfee als Bakels[3] denk ik dat het toch nog nodig is het begrip toegangsregel te omschrijven. Toegangsregels zijn regels die betrekking hebben op de aanvang van de arbeidsverhouding. Als arbeidsrecht gaat over het bieden van een juridische oplossing voor de belangentegenstelling van werkgever en werknemer, dan gaat toegangsrecht over de belangentegenstelling bij de aanvang van de arbeidsverhouding. Die belangentegenstelling heeft betrekking op de hoeveelheid informatie die met betrekking tot de werknemer verkregen kan worden, op de vrijheid een bepaalde werknemer al dan

1 Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk is hoogleraar sociaal recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

2 Zie mijn dissertatie, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1989.

3 H.L. Bakels, De toegang tot de dienstbetrekking, *SMA* 1982, p. 492 e.v.

niet in dienst te nemen, op de mogelijkheid het in dienst treden van een bepaalde werknemer bij een bepaalde werkgever te verhinderen.

Het gaat bij toegangsregels niet alleen over belangentegenstellingen tussen werkgever en werknemer. Sociaal recht kan (ook) omschreven worden als het recht dat de vertaling vormt van sociale politiek.[4] Sommige toegangsregels strekken ertoe het belang van de overheid of de collectiviteit tegen de belangen van de individuele werkgever en/of werknemer te balanceren. Bijvoorbeeld het belang van de gemeenschap bij bescherming tegen kinderarbeid (of selectieve toegankelijkheid van de arbeidsmarkt bij een bepaald niveau van werkloosheid) tegenover het belang arbeid te verrichten.

Toegangsregels strekken zich uit over:
a. het gebied van werving en selectie;
b. de keuze, de beslissing een arbeidsovereenkomst aan te gaan; en
c. de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.

Ad a. Dit is een terrein dat zich in het nationale recht aan het ontwikkelen is. Te wijzen is op de code die in mei 2000 door de Nederlandse Vereniging voor Personeelsbeleid is opgesteld. De Stichting van de Arbeid beveelt aan die code te volgen.[5] Een wettelijke regeling op dit terrein is de Wet op de medische keuring. Het recht op *privacy* van de aanstaande werknemer is een belang dat in deze fase bescherming behoeft. Voorts kan in deze fase een probleem opleveren de mate waarop *geanticipeerd* wordt op het aangaan van een arbeidsovereenkomst, en de vraag wie de daarmee gemoeide kosten moet dragen wanneer een arbeidsovereenkomst niet tot stand komt.

Ad b. Toegangsregels hebben daarnaast betrekking op de mate waarin men vrij is in de *keuze* voor een bepaalde contractpartner in de arbeidsverhouding en de argumenten die daarbij een rol mogen spelen. Toegangsregels bepalen de mate waarin de (contracts)vrijheid op dit punt is gegarandeerd dan wel wordt aangetast. Hierbij spelen nondiscriminatieregelingen een rol. Maar het gaat ook om regels die het in dienst nemen van bepaalde personen verbieden (verbod van kin-

4 A. Berenstein, *Origin and Development of the International Society of Labour law and Social Security*, Genève: ISLLSS 1995.

5 Aanbeveling van 9 maart 2000, publicatienummer 5/00.

derarbeid, verbod van tewerkstelling van vreemdelingen behoudens vergunning). Ten slotte gaat het om de mate waarin de werknemer vrij is een beslissing met betrekking tot indiensttreding te nemen: het verbod van slavernij en dwangarbeid, maar ook overigens om de vrijheid van arbeidskeuze.

Ad c. Bij de *voorwaarden* waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan gaat het om voorwaarden die, juist omdat zij bij aanvang van de arbeidsverhouding worden vastgesteld, afgesproken worden tussen partijen die een door het moment van de afsluiting gekleurde machtsbalans tegenover elkaar hebben. De voorwaarden kunnen zijn: al dan niet een proeftijd, overeenkomst voor bepaalde tijd of niet.
Het maatschappelijk belang van toegangsregels is groot. Bakels[6] koppelde in zijn al genoemde opstel het maatschappelijk belang aan de arbeidsmarkt van dat moment begin jaren tachtig, en de noodzaak schaarse arbeidsplaatsen te verdelen. Naar mijn mening is de importantie van toegangsregels ook groot in een anders geaarde arbeidsmarkt, zoals we die op het ogenblik kennen. De krappe arbeidsmarkt en de omstandigheid dat vele vacatures moeilijk te vervullen blijken, heeft aanleiding gegeven tot de suggestie dat immigratie een oplossing voor de betreffende problemen zou kunnen bieden. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat juist ten behoeve van het werven en selecteren van immigranten regels tot stand worden gebracht. Meer nog dan andere werknemers immers zijn zij afhankelijk van het totstandkomen van een arbeidsovereenkomst. Het ligt voor de hand dat het internationale recht met name ten behoeve van migrerende werknemers voorschriften zal geven.

Een krappe arbeidsmarkt doet ook het belang van behoud van werknemers voor de onderneming toenemen, een belang dat zijn vertaling zou kunnen vinden in beperking van de vrijheid van arbeidskeuze door concurrentiebedingen en afspraken waarin de mogelijkheid van nevenarbeid wordt verboden of beperkt.

Ten slotte betekent zelfs een krappe arbeidsmarkt niet dat ieder een gelijke kans op een arbeidsplaats heeft. Ook voorzover toegangsregels zien op het tegengaan van discriminatie op de arbeidsmarkt houden zij hun belang, ook in een krappe arbeidsmarkt.

6 H.L. Bakels, Toegang tot de dienstbetrekking, *SMA* 1982, p. 492, vgl. R. Blanpain, *Schets van het Belgisch arbeidsrecht*, Leuven 1983, p. 64.

Het internationale recht
Het belang van het bestuderen van het internationale recht (ook) op dit terrein is erin gelegen dat daardoor verplichtingen van de nationale staat en, onder omstandigheden – namelijk bij rechtstreekse werking – rechten en plichten van werkgevers en (aanstaande) werknemers duidelijk worden.

Bovendien kan de wijze waarop in het internationale recht bepaalde problemen zijn opgelost een exempel zijn voor de oplossing van vergelijkbare problemen in het nationale recht. De wijze waarop in het internationale recht bijzondere bescherming wordt geboden bij de werving en selectie van immigranten kan inspirerend zijn bij het denken over werving en selectie, en sollicitatieprocedures, in het algemeen. Ten slotte kan bestudering van het internationale recht op dit terrein leiden tot een beter begrip van de theoretische plaats en betekenis van het toegangsrecht.

In het volgende zal ik eerst verslag doen van een inventarisatie van toegangsregelingen in internationale bronnen. Ik zal de resultaten rangschikken per bron. Niet alleen omdat dat de wijze is waarop ze gevonden zijn, maar ook omdat de bron een eerste aanwijzing geeft van de rechtswerking, een van de vragen waaraan ik vervolgens aandacht besteed. Enige gedachten over de bijdragen die vanuit het internationale recht aan het nationale toegangsrecht kunnen worden geboden besluiten deze bijdrage.

2.2 Inventarisatie van toegangsnormen in het internationale recht

2.2.1 Verdragen afkomstig van internationale organisaties buiten de Europese Unie

De internationale organisaties die in dit verband voor de Nederlandse arbeidsrechtelijke rechtssfeer vooral van belang zijn, zijn de Verenigde Naties en daarbij de Internationale Arbeidsorganisatie, alsook de Raad van Europa.

Verenigde Naties
Een aantal VN-Verdragen bevat bepalingen die voor ons onderwerp van belang zijn. In de eerste plaats wil ik noemen het algemene discriminatieverbod van art. 26 IVBPR, dat, juist doordat het terrein waarop het fungeert niet is afgeperkt, ook betrekking kan hebben op

het onderwerp indiensttreding. Deze bepaling, zoals bekend, schrijft voor dat de wet discriminatie van welke aard ook verbiedt.

Het *Verdrag inzake de uitbanning van rassendiscriminatie*[7] verplicht in art. 5 de verdragsluitende partijen het recht op gelijkheid voor de wet te verzekeren, in het bijzonder wat betreft (onder meer) de economische en sociale rechten, waarvan het recht op arbeid en op vrije keuze van arbeid als eerste worden genoemd.

Het *Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen*[8] bevat in art. 2 eveneens een discriminatieverbod, nu specifiek op vrouwen betrekking hebbend. Ook dit verbod kent geen begrenzing in de sfeer waar het van toepassing is en heeft dus ook betrekking op toegang tot de arbeid.

Het *Verdrag inzake de rechten van het kind* [9] roept een accessoir discriminatieverbod in het leven voor kinderen. Dit verdrag regelt in art. 32 de bescherming tegen exploitatie. Als middel daartoe schrijft de bepaling in lid 2 sub a aan verdragspartijen voor een minimumleeftijd voor toelating tot betaald werk te regelen. Tot de in dit verdrag beschermde rechten behoort niet het recht op arbeid, zodat gelijke behandeling bij de toegang tot de arbeid niet tot de in dit verdrag gewaarborgde rechten kan worden gerekend.

Het *Internationale Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten*[10] bevat enige regelingen die van belang zijn voor de rechten en plichten bij aanvang van de arbeidsovereenkomst. In de eerste plaats het in art. 6 geregelde *recht op arbeid,* waarbij art. 6 lid 1 Ecsocul dit recht specificeert als 'de mogelijkheid in zijn onderhoud te voorzien door middel van vrijelijk gekozen of aanvaarde werkzaamheden; (...)'

Voorts regelt dit verdrag in art. 8 de vakverenigingvrijheid. Dit recht kan leiden tot een verbod van closed shop.[11] Een dergelijk verbod komt neer op een verbod van discriminatie naar vakverenigingslidmaatschap in verband met toegang tot de arbeidsovereenkomst.

7 Verdrag van 7 maart 1966, *Trb.* 1967, 48.
8 *Trb.* 1981, 61.
9 *Trb.* 1990, 170.
10 *Trb.* 1969, 100.
11 Zie in verband met het EVRM EHRM 13 augustus 1981, *NJCM* 1982, p. 400 m.nt. De Blois.

Het stellen van leeftijdsgrenzen, waaronder kinderen geen loonarbeid mogen verrichten, wordt voorgeschreven in art. 10 lid 3. Art. 10 Ecsocul staat in het teken van bescherming van het gezin, van moeders en van kinderen en jeugdige personen.

Regels met betrekking tot toegang tot de arbeidsverhouding zijn van eminent belang voor migranten. In dit verband is interessant het *VN-Verdrag International Convention on the Protection of the rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (vastgesteld bij resolutie van de Verenigde Naties op de zitting van 18 december 1990). Art. 11 van dit verdrag bevat in de eerste twee leden een verbod van slavernij en dwangarbeid. Art. 40 regelt specifiek voor migranten en hun familieleden het recht vakorganisaties te vormen. Een recht zich bij een vakorganisatie aan te sluiten en een discriminatieverbod in verband met vakbondslidmaatschap ontbreken echter. Art. 54 lid 1 sub c schrijft gelijke behandeling met betrekking tot werkloosheidsbestrijdingsprogramma's voor. Dit verdrag bevat bovendien in art. 7 een non-discriminatiebepaling met betrekking tot de in het verdrag neergelegde rechten (een accessoir recht dus).

ILO

Van een gespecialiseerde organisatie van de VN, de Internationale Arbeidsorganisatie, zijn vele conventies afkomstig die bepalingen bevatten die betrekking hebben op aanvang van de arbeidsverhouding. Een zeer belangrijke rol speelt vanouds het verbod van dwangarbeid. Dit verbod kan men uiteraard beschouwen als ingesloten in de vrijheid van arbeidskeuze, maar het wordt in conventies van de IAO ook specifiek en afzonderlijk geregeld. In conventie 122, betreffende employment policy, is in art. 1 lid 2 sub c de vrijheid van arbeidskeuze uitdrukkelijk geregeld. Conventie 105 bevat in art. 2 het voorschrift dwangarbeid af te schaffen.

Een voor dit onderwerp belangrijke categorie vormen de verdragen waarin discriminatie bij het aangaan van de arbeidsverhouding wordt verboden. Discriminatieverboden vormen van oudsher een onderwerp ten aanzien waarvan de ILO-voorschriften geeft. Conventie 111, waarin discriminatie bij tewerkstelling (employment) wordt verboden, bepaalt in art. 1 lid 3 dat tewerkstelling mede betreft toegang tot tewerkstelling. Art. 2 van dit verdrag schrijft vervolgens voor gelijke kansen en gelijke behandeling met betrekking tot tewerkstelling en opleiding te bevorderen. Discriminatie op een specifieke grond, namelijk op grond van familieverantwoordelijkheden, wordt verbo-

den in Conventie 156. Art. 3 van die conventie begrijpt onder het discriminatieverbod het recht op tewerkstelling zonder discriminatie uit te oefenen.

Voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst is de vrijheid van vakorganisatie van betekenis, en wel op twee wijzen. In de eerste plaats doordat vakbondslidmaatschap niet mag leiden tot discriminatie bij het in dienst treden. In de tweede plaats doordat wanneer aan het in dienst genomen worden de voorwaarde van het lidmaatschap van een bepaalde of enige vakorganisatie wordt verbonden, een dergelijke voorwaarde de toegang tot de arbeidsverhouding kan hinderen. De tweede overweging geeft aanleiding tot voorschriften die de zogenaamde negatieve vakverenigingsvrijheid waarborgen. Een aantal ILO-Verdragen houdt zich met vakverenigingsvrijheid bezig. Conventie 87, en in het bijzonder art. 11 hiervoor, heeft betrekking op de bescherming van het recht op vakorganisatie van werkgevers en werknemers.[12] De conventie bevat geen bepaling die de negatieve vakverenigingsvrijheid beschermt. De reden daarvoor is dat het doel van de conventie wezenlijk was grenzen aan overheidsactie te stellen.[13] Conventie 98 heeft het oog op de bevordering van collectieve onderhandelingen. Daarnaast heeft zij met name het recht op vakorganisatie in de relatie tussen de individuele werkgever en werknemer op het oog. Dit laatste aspect is van belang voor ons onderwerp. De vakverenigingsvrijheid is geregeld in art. 1. Het tweede lid van die bepaling regelt dat de bescherming tegen antivakbondsdiscriminatie specifiek betrekking heeft op maatregelen die erop gericht zijn aan de tewerkstelling van een werknemer de voorwaarde van niet-lidmaatschap van een vakorganisatie te verbinden. Met betrekking tot de negatieve vakverenigingvrijheid is geen expliciete bepaling in het verdrag opgenomen, maar de Conferentie stelde vast dat het beginsel niet werd verworpen.[14] Conventie 151 bevat in art. 4 lid 2 sub a een vergelijkbare bepaling die betrekking heeft op de openbare dienst.

12 Boonstra benadrukt dat het in dit verdrag niet gaat om het recht van vereniging in het algemeen, maar dat het specifiek gaat om het recht op vakorganisatie. Zij gebruikt daarvoor het argument dat de termen 'werknemers' en 'werkgevers' (workers en employers) worden gebruikt. K. Boonstra, *The ILO and the Netherlands*, Leiden: Stichting NJCM boekerij 1996.

13 Boonstra, o.c. p. 64.

14 Boonstra, o.c. p. 76.

ILO-Verdrag 97 betreffende migrerende werknemers[15] bevat geen bepalingen die onder mijn omschrijving van toegangsregels vallen.

Het verdrag (nr. 50) betreffende de regeling van bijzondere stelsels van werving van arbeiders[16] betreft, zoals de Engelse titel ook duidelijk maakt, in het bijzonder inheemse ('indigenous') mensen. Dit verdrag regelt in art. 6 dat werving van onvolwassen personen niet is toegestaan. Van dit verbod kan ontheffing worden gegeven onder voorwaarden. Het verdrag bevat geen specifieke voorschriften met betrekking tot de wijze waarop de situatie tussen de werving en de aanvang van de arbeidsverhouding geregeld moet worden.

Diverse conventies die zich richten op arbeidsbescherming bevatten rechtstreeks verboden met bepaalde personen een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Verdrag 138 betreffende de minimumleeftijd voor toelating tot het arbeidsproces legt in art. 2 de verplichting op een minimumleeftijd voor toelating tot de arbeid vast te stellen, die niet lager mag zijn dan de leerplichtige leeftijd en de leeftijd van 15 jaar. Afwijkingen zijn, onder bepaalde omstandigheden, mogelijk. Art. 3 van dit verdrag legt de minimumleeftijd voor gevaarlijk werk op 18 jaar. De bij deze conventie behorende Aanbeveling 146 beveelt aan de minimumleeftijd voor alle economische bedrijfstakken gelijk te stellen, en geleidelijk op 16 jaar te brengen. Conventie 35 uit 1935 verbiedt het tewerkstellen van vrouwen in ondergrondse mijnen.

Raad van Europa

Ik zal nu nagaan of de verdragen die door de Raad van Europa tot stand gebracht zijn van belang zijn voor ons onderwerp. Dat blijkt inderdaad het geval te zijn.

Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bevat inderdaad dergelijke bepalingen. Art. 4 verbiedt slavernij en dwangarbeid of verplichte arbeid. Art. 11 regelt de vrijheid van (vak)vereniging. Art. 14 verbiedt discriminatie met betrekking tot de door het Verdrag beschermde rechten.

Het Europees Sociaal Handvest kent, zoals bekend, een deel I waarin doelstellingen van de verdragsluitende partijen zijn vastgelegd, en een deel II waarin datgene waartoe partijen zich hebben ver-

15 *Trb.* 1951, 34.
16 *Trb.* 1957, 169.

bonden is aangegeven. In deel I wordt de vrijheid van arbeidskeuze (1) en het recht op vrijheid van vakorganisatie, geformuleerd als 'alle werknemers en werkgevers hebben het recht op vrijheid van vereniging in nationale of internationale organisaties voor de bescherming van hun economische belangen'. In deel II wordt de vrijheid van arbeidskeuze, in het kader van het recht op arbeid, in art. 1 lid 2 geregeld. De vrijheid van vakorganisatie is in art. 5 van deel II gespecificeerd. Het gaat om de verplichting van verdragspartijen het recht op vakorganisatie op generlei wijze door nationale wetgeving of door de toepassing daarvan te laten beperken.

Een minimumleeftijd voor toelating tot tewerkstelling voor kinderen is naar luid van art. 7 lid 1 ESH 15 jaar, terwijl voor leerplichtigen en personen beneden de 16 jaar bijzondere regels gelden met betrekking tot de duur waarop zij kunnen worden tewerkgesteld.

2.3 Bilaterale verdragen

Een aantal bilaterale verdragen heeft betrekking hetzij op migratie, hetzij op sociale zekerheid. Regels inzake de toegang tot de arbeidsverhouding liggen voor de hand in verdragen betreffende migratie. Daarin zijn immers regels te verwachten met betrekking tot werving en selectie en met betrekking tot de vrijheid een arbeidsrelatie aan te gaan. De 'speurtocht' in tweezijdige internationale overeenkomsten levert echter niet veel op, met uitzondering van het volgende.

De Overeenkomst tussen Nederland en Tunesië inzake de aanwerving in Tunesië en de tewerkstelling in Nederland van Tunesische werknemers van 8 maart 1971[17] bevat enige opvallende bepalingen. Op enige daarvan wil ik de aandacht vestigen.

In de eerste plaats op art. 8. Dat artikel voorziet in het toezenden van een door de werkgever ondertekend arbeidscontract, dat door de werknemer ondertekend moet zijn voor het vertrek uit Tunesië. Art. 12 beperkt de opzegbevoegdheid wanneer de werknemer volgens de regels van de Overeenkomst is aangeworven. Voorts zijn specifieke leeftijdsgrenzen geregeld in art. 4, namelijk 18 tot 35 jaar voor ongeschoolde werknemers, en 18 tot 45 jaar voor geschoolde en gekwali-

17 *Trb.* 971, 82.

ficeerde werknemers. Uitzonderingen op de leeftijdsgrenzen zijn mogelijk.

2.4 EG-regelingen

Regels met betrekking tot het aangaan van arbeidsrelaties vindt men in het EG-recht in de vorm van discriminatieverboden. Men verwacht ook regels met betrekking tot het aangaan van arbeidsovereenkomsten en regels die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder arbeidsovereenkomsten worden aangegaan in met name regelgeving over de overeenkomst voor bepaalde tijd. Het valt in dit kader op dat de richtlijn uit 1999[18] betreffende de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geen beperkingen inhoudt van de mogelijkheid om deze overeenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan, noch eist dat de keuze voor de overeenkomst voor bepaalde tijd beargumenteerd moet zijn. Dit valt op, nu in de preambule gesteld wordt dat de overeenkomst voor onbepaalde tijd als de 'normale' moet worden beschouwd. De richtlijn beperkt zich tot non-discriminatiebepalingen wat betreft de inhoud van de arbeidsovereenkomst en bevat geen voorschriften met betrekking tot het aangaan ervan. Kritiek op deze beperkte uitwerking is geleverd door De Wolff in *SMA*.[19]

Het EG-Verdrag verbiedt, wat de discriminatieverboden met betrekking tot toegang tot de arbeidsverhouding betreft, discriminatie op grond van nationaliteit (art. 39 lid 2 en 3 EG-Verdrag). Het verbod heeft betrekking (ook) op tewerkstelling. Voorts is in Richtlijn 76/207/EEG het verbod van discriminatie tussen mannen en vrouwen, onder andere bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, vastgelegd. De implementatie van deze regel heeft ertoe geleid dat voorschriften over werving en selectie en over indienstneming in de Nederlandse wetgeving werden opgenomen. Ten slotte vindt men in de richtlijn van 27 november 2000[20] en in Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 discriminatieverboden, onder andere bij de tewerkstel-

18 Richtlijn 99/70/ EG van 10 juli 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* L175.

19 D. de Wolff, 'Een nieuw richtlijnvoorstel inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd', *SMA* 1999, p. 418-420.

20 Toevoeging bij de bewerking van de tekst, die immers in september 2000 is uitgesproken. Het betreft Richtlijn 2000/78/EG OJ 2000 L 303/16.

ling op de gronden godsdienstige overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele oriëntatie respectievelijk ras of etnische afstamming.

Een verbod van kinderarbeid is neergelegd in Richtlijn 94/33/EG. De richtlijn bevat een minimumleeftijd voor tewerkstelling van 15 jaar, met mogelijkheid, onder speciale omstandigheden, van afwijking van het verbod zodat arbeid op jongere leeftijd mogelijk is.

2.5 Rechtswerking

Kan voor de Nederlandse rechter een beroep gedaan worden op internationaalrechtelijke bepalingen in verband met toegang tot de arbeid? Ik zal, omwille van de tijd, deze vraag hier alleen maar aanstippen.
Het antwoord op deze vraag van directe werking, we weten het allemaal, is: het hangt ervan af. Wat betreft het niet-EG-gebied hangt een en ander af van de vraag of de bepalingen waar het om gaat voldoen aan de eisen van art. 93 Grondwet, dat wil zeggen of zij naar haar inhoud eenieder kunnen binden. Van sommige van de hier besproken bepalingen is jurisprudentie voorhanden waarin de betreffende vraag is beantwoord. Dat is bijvoorbeeld het geval bij art. 26 IVBPR.[21]

De rechtstreekse werking van ILO-normen is steeds ontkend, tot de Centrale Raad van Beroep in 1996 een regeling met betrekking tot eigen bijdrage aan kraamhulp onverbindend verklaarde wegens strijd met een in een IAO-Conventie neergelegde regel.[22] Al veel eerder had Alkema in ieder geval doorwerking van IAO-normen tussen partijen bij de (collectieve) arbeidsovereenkomst bepleit, met als argument dat de IAO-Verdragen door tripartite delegaties tot stand worden gebracht.[23]

Op grond van het Europese recht hebben bepalingen in het EG-Verdrag die zich daarvoor lenen rechtstreekse werking, ook in verhoudingen tussen particulieren. Dat is door het Hof bijvoorbeeld uitgemaakt voor het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.[24] Het arrest *Marshall I* leert dat rechtstreekse werking van richt-

21 Zie voor een overzicht de preadviezen van Alkema en Groen, NJV, Zwolle 1995.
22 CRvB 29 mei 1996, *RSV* 1997/9.
23 In zijn noot onder HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141.
24 Laatstelijk HvJ EG 6 juni 2000, *JAR* 2000/193.

lijnen alleen bestaat ten opzichte van de lidstaat.[25] Ik roep in herinnering de argumentatie die Alkema gebruikte om horizontale werking van in IAO-Conventies neergelegde rechten aan te nemen. Deze 'Alkema-redenering' zou gebruikt kunnen worden om aan bepalingen in richtlijnen die tot stand zijn gekomen met toepassing van art. 139 lid 2 EG-Verdrag (tenuitvoerlegging van een overeenkomst van sociale partners door een richtlijn) horizontale werking toe te kennen.

2.6 Wat kunnen wij voor het Nederlandse recht leren van het internationale toegangsrecht?

Het belang van het internationale toegangsrecht voor het Nederlandse recht is allereerst een theoretisch belang. Duidelijk wordt dat binnen de toegangsregels een typologie is aan te brengen.
Onderscheiden kan worden tussen:

* non-discriminatieregels;
* regels die de vrijheid van arbeidskeuze beschermen;
* beschermingsregels die tot een verbod tot tewerkstellen (kunnen) leiden;
* regels die in de fase voor het (definitief) aangaan van de arbeidsovereenkomst (extra) bescherming bieden.

Sommige van deze regels zijn in het internationale recht sterk vertegenwoordigd. In de eerste plaats de non-discriminatieregels. Daarbij is er een variëteit, van een algemeen discriminatieverbod, op allerlei gronden, in allerlei situaties (art. 26 IVBPR) tot specifieke discriminatieverboden, met betrekking tot bepaalde onderdelen van het arbeidsleven, op specifieke en expliciet aangeduide gronden (art. 39 lid 2 EG-Verdrag, art. 2 Richtlijn 1976). De non-discriminatieregels werken in vele gevallen rechtstreeks, en kunnen vaak ook in procedures tussen burgers worden ingeroepen. In de jurisprudentie van het Hof worden redeneringen gevolgd waaruit is op te maken dat een discriminatieverbod in verband met in dienst treden samenhangt met een verbod van discriminatie bij ontslag.[26] De vraag zou gesteld kunnen worden of wijziging in ontslagregels zou moeten leiden tot een toets of in verband daarmee aanpassing van het vigerende toegangsrecht noodzakelijk is.

25 HvJ EG februari 1986, C-152/84, *JUR* 1986, p. 750.
26 HvJ EG 3 februari 2000, nr. C-207/98, *JAR* 2000/65 (*Mahlburg*).

Dit brengt ons op het volgende punt, namelijk dat internationale toegangsregels aanleiding geven na te denken over de inhoud van het Nederlandse toegangsrecht. In internationale documenten vastgelegde regels die de vrijheid van arbeidskeuze beschermen, hebben deels betrekking op het verbod van slavernij en dwangarbeid. Deze regels komen zeer veel voor in (met name de oudere) ILO-Verdragen. Aandacht voor dit aspect is gezien de structuur en samenstelling van de ILO goed begrijpelijk. Het direct praktisch en theoretisch nut van deze bepalingen voor de rechtsontwikkeling in Nederland op dit ogenblik lijkt beperkt.

Dat is echter niet het geval met die regels die betrekking hebben op de vrijheid van arbeidskeuze die betekenis hebben voor de bescherming tegen contractuele beperkingen van de mogelijkheid naast of na een arbeidsverhouding arbeid te verrichten. Deze betreffen enerzijds de bescherming van grondrechten als de vrijheid van vakvereniging, ook bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Wat dat betreft zijn zij te vergelijken met het discriminatieverbod; een effectieve bescherming van het grondrecht vraagt bescherming niet alleen bij ontslag en bij de arbeidsvoorwaarden, maar ook bij het aangaan van de arbeidsverhoudingen. Een toegangsregel is hier dan ook niet 'stand-alone' voorstelbaar.

Anderzijds betreffen zij per definitie de toegang tot de arbeidsovereenkomst, en hebben zij betrekking op de vrijheid een bepaalde arbeid en een bepaalde arbeidsrelatie te kiezen. Beschouwing van het internationale recht op dit punt kan leiden tot een kritische houding tegenover afspraken als concurrentiebedingen, relatiebedingen en verbod van nevenarbeid.

Regels die vanuit de gedachte dat personen die tot een bepaalde groep behoren tegen (bepaalde) arbeid beschermd moeten worden, vinden we ten behoeve van kinderen. Slechts sporadisch vindt men in de literatuur vraagtekens geplaatst bij de noodzaak de grens te zetten waar hij gezet is: de omstandigheid dat de scheidslijn tussen bescherming en discriminaties soms 'papierdun' is, wordt in verband met de bescherming van kinderen niet opgemerkt.[27]

Dat gebeurt wel in verband met de spanning tussen maatregelen die vrouwen tegen (bepaalde) arbeid moeten beschermen en het verbod van discriminatie bij (ontslag en) toegang tot de arbeid. Uit de

27 Ik signaleerde dit punt ook in mijn dissertatie, *Toegang tot de dienstbetrekking*, Alphen aan den Rijn: Samson, 1989, p. 179.

jurisprudentie van het Hof van Justitie EG[28] blijkt een sterk verband tussen bescherming tegen ontslag en het verbod om de werknemers bij de indienstneming minder gunstig te behandelen. Het Hof citeert verschillende arresten, waarin werd overwogen dat een beschermende maatregel als bedoeld in art. 2 lid 3 Richtlijn, waardoor een vrouw gedurende enige tijd niet in staat zou zijn de arbeid te verrichten, niet kan leiden tot een ontslag van een vrouw die voor onbepaalde tijd in dienst is genomen. Uit deze rechtspraak volgt, aldus het Hof, dat de toepassing van de beschermende bepalingen niet mag leiden tot een minder gunstige behandeling van zwangere vrouwen wat betreft de toegang tot arbeid.

Regels die bepaalde personen extra bescherming bieden in de fase voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst vindt men ten behoeve van migranten. Zij zijn overigens zeldzaam, en vormen onderdeel van de regels die ter bescherming van de specifiek geworven migrerende werknemers in wervingsverdragen worden voorgeschreven.

De regels beantwoorden aan de behoefte datgene waartoe de precontractuele redelijkheid en billijkheid dient te verplichten nader te concretiseren. Dat gebeurt onder omstandigheden in een verplichting in dienst te nemen die lijkt op een opzegverbod. Men kan zich afvragen of bescherming van deze aard niet ook ten behoeve van andere aanstaande werknemers, die zich kosten en aanzienlijke moeiten (verhuizing, aanschaf van een huis, enz.) getroosten om een arbeidsovereenkomst aan te kunnen gaan, nuttig zou zijn.

28 Zie bijv. HvJ EG 3 februari 2000, nr. C-207/98, *JAR* 2000/65 (*Mahlburg*).

Discussieverslag[29]

De discussie naar aanleiding van de voordracht van prof. mr. I.P. Asscher-Vonk vond plaats aan de hand van vijf stellingen.

Stelling 1
Uit het internationale recht volgt, dat wie een beperking van de toegang tot de arbeid oplegt, die beperking moet rechtvaardigen.

Asscher-Vonk meent dat deze stelling naar twee kanten werkt; naar de wetgever en naar de werkgever. Uit de stelling vloeit volgens haar voort dat concurrentiebedingen en verboden van nevenarbeid dienen te worden gemotiveerd.

De Laat (kantonrechter te Utrecht) vraagt of de stelling ook met zich brengt dat in geval van onderhandelingen over een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ook door de werkgever zou moeten worden medegedeeld waarom het juist een dergelijk contract betreft.

Asscher-Vonk antwoordt dat dit niet het geval is, omdat zo'n motiveringsplicht in het internationale recht niet geregeld is. Voor de vrijheid van arbeidskeuze is dit anders. De stelling betreft volgens haar dus niet de voorwaarden waaronder een overeenkomst wordt gesloten, maar juist het beperken van het al dan niet sluiten van een arbeidsovereenkomst.

Een vraag uit de zaal luidt of er dan ook een motiveringsplicht ten aanzien van de keuze van een bepaald soort arbeidsovereenkomst zou moeten komen, zoals in geval van een opzegging. Als die vraag positief wordt beantwoord, zou volgens de vragensteller het gevaar bestaan van een heel hypocriet 'circuit', doordat bepaalde gronden meer verdacht worden gemaakt dan andere, waarbij verborgen en

29 Dit discussieverslag is mede tot stand gekomen met hulp van mw. N. Plat (student-assistente, afdeling Sociaal recht aan de Universiteit Leiden).

denkbare motieven uiteindelijk toch overeind zouden worden gelaten.

Asscher-Vonk vindt dat een interessante opmerking. Het betreft volgens haar de vraag, of men niet voorzichtig moet zijn met discriminatieverboden, omdat werkgevers bijvoorbeeld in het geval van het verbod van discriminatie tussen man en vrouw, eenvoudig kunnen zeggen dat een vrouwelijke kandidate de desbetreffende arbeid niet zou kunnen verrichten. Dat laatste argument zou ook gehanteerd kunnen worden in geval van een zwangere sollicitante. Naarmate men meer discriminatieverboden in de wet verankert en de werkgever dus meer bindt, lokt men dat helaas uit.[30] Te veel bescherming kan dan averechts werken, hetgeen volgens haar nog niet hoeft te betekenen, dat men normstelling derhalve maar achterwege zou moeten laten. Haar stelling gaat echter niet over de beperking van de vrijheid van een werkgever wat betreft de motivering, maar over wettelijke of contractuele beperkingen iemand überhaupt in dienst te nemen.

Een vraag uit de zaal is of een werknemer reeds onder het huidige recht onder een concurrentiebeding uit zou kunnen op zuiver verdragstechnische gronden.

Asscher-Vonk meent dat vrijheid van arbeidskeuze daartoe rechtstreeks en horizontaal zou moeten werken, hetgeen niet het geval is.[31] Desalniettemin zou men het langs de Alkema-redenering[32] – 'Werkgevers en werknemers hebben er zelf bij gezeten, dus die zijn in ieder geval gebonden aan die Conventie' – kunnen proberen. Mocht dit slagen, dan zou dat tegelijkertijd wel met zich brengen, dat onderhandelende partijen in het vervolg wat terughoudender zouden kunnen worden bij het opstellen van IAO-Conventies.

De Laat vraagt daarop of de 'Alkema-redenering' ook vereist dat de desbetreffende werknemer dan lid moet zijn van één van de in Genève onderhandelende bonden.

30 Asscher-Vonk verwijst hier naar het gouden-jubileumnummer van *SMA* dat was gewijd aan het thema 'Is het sociaal recht zijn eigen vijand?', mei 1996.

31 Zij verwijst hierbij naar het proefschrift van Grapperhaus (F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever*, Deventer: Kluwer 1995).

32 Zie zijn noot onder HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 (*Mühren*).

Asscher-Vonk antwoordt dat dat misschien niet voor de werknemer geldt, maar mogelijk wel voor zijn werkgever, want deze zal over het algemeen toch georganiseerd zijn. Een ongeorganiseerde werknemer zou zich wellicht op art. 7:611 BW kunnen beroepen.

Fleuren-van Walsem (universitair docente Sociaal recht, Universiteit Leiden) vraagt of de vrijheid van arbeid zich ook uitstrekt tot mensen die bepaalde arbeid niet willen doen. Zouden mensen met een WW-uitkering die niet willen werken bijvoorbeeld ook een beroep kunnen doen op een dergelijk verdrag?

Asscher-Vonk antwoordt dat deze mensen daarop een beroep zouden moeten doen bij de Centrale Raad van Beroep. Hoewel natuurlijk betoogd zou kunnen worden dat de Nederlandse staat er bij was toen de onderhandelingen over een IAO-Conventie werden gevoerd, spitst de 'Alkema-redenering' zich als zodanig toe op de werkgevers en werknemers.

Jellinghaus (advocaat te Tilburg) stelt kinderarbeid aan de orde. Daarbij wordt de vraag of men deze bij 15- of 16-jarige leeftijd toe moet staan nogal arbitrair beslist.

Asscher-Vonk is van mening dat uit de parlementaire geschiedenis inderdaad blijkt dat de bepaling van de leeftijd waarop bepaalde arbeid kan worden gedaan vaak gemotiveerd wordt vanuit pragmatische overwegingen. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan arbeid met een loon, waarvoor men een volwassene niet zou kunnen vinden, of aan werk dat kinderen op zich niet behoren te doen, maar wel verrichten als de arbeidsmarkt daarom vraagt. Omgekeerd geldt dat de leeftijd van toetreden tot het arbeidsleven historisch aantoonbaar omhooggaat in geval van een ruime arbeidsmarkt. Criteria voor het stellen van leeftijdsgrenzen zouden volgens Asscher-Vonk veel explicieter moeten zijn; politiek controlerende organen zouden zich concreet de vraag moeten stellen of men een arbeidsmarktbeleid voert of dat het belang van het kind toch op de eerste plaats moet komen.

Jellinghaus vraagt daarop of dat laatste dan zou betekenen dat in ontwikkelingslanden kinderen ter voorkoming van honger op 5-jarige leeftijd toch laaggekwalificeerde arbeid zouden mogen verrichten.

Asscher-Vonk bestrijdt dit. Ter bescherming van het kind gaat het haar om de motivering van een arbeidsverbod dat zuiver gebaseerd is op leeftijd. Dit arbeidsverbod behoort overeenkomstig internationale verdragen te zijn ingebed in de bescherming van kinderen tegen exploitatie en dient de goede ontwikkeling van het kind te bevorderen. Het belang van vrije arbeidskeuze van het kind moet daarvoor

dus wijken. Uitsluitend bescherming van het kind zou voor de Nederlandse wetgever het argument moeten zijn, dus niet de vraag naar arbeid.

Van den Heuvel (hoogleraar Sociaal recht, Vrije Universiteit Amsterdam) stelt daarop in het preadvies van Sybesma-Knol over de doorwerking van IAO-Verdragen[33] te hebben gelezen dat ontwikkelingslanden binnen de IAO zich juist tegen een dergelijke visie verzetten. Zij stellen dat het daarbij om verkapte arbeidsmarktargumenten zou gaan, die kinderen hun 'brood op de plank' zouden ontnemen.

Asscher-Vonk stelt bekend te zijn met dat argument. De discussie zou volgens haar desalniettemin gevoerd moeten worden over de vraag wat goed en slecht voor het kind is.

Stelling 2
Bij ontslagbescherming hoort toegangsbescherming.

Henrichs (advocaat te Amsterdam) meent dat er inderdaad een correlatie tussen ontslag- en toegangsbescherming is, alleen al omdat het HvJ EG dat inmiddels ook met zoveel woorden heeft gezegd.[34] De visie van Asscher-Vonk dat er mogelijk – naar aanleiding van het ADO-advies[35] – aan de ontslagbescherming 'geknabbeld' zou gaan worden en de toegangsbescherming dan 'opgekrikt' zou moeten worden, zou echter een omgekeerd evenredige relatie impliceren tussen ontslagbescherming en toegangsbescherming. Het Hof neemt echter juist een recht evenredige relatie tussen beide aan. Het niveau van toegangsbescherming dient volgens Henrichs dan ook aan het niveau van ontslagbescherming te worden gekoppeld, terwijl Asscher-Vonk in zijn optiek meent dat als het niveau van ontslagbescherming wordt verlaagd, het niveau van de toegangsbescherming juist omhoog zou moeten.

Asscher-Vonk erkent dat er een 'dubbele slag' in haar stelling zit; in de eerste plaats in de jurisprudentie van het Hof waarin gesteld

33 N. Sybesma-Knol, *Rol en betekenis van de rechtsontwikkeling in de ILO*, Preadvies, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer: Kluwer 1999.

34 HvJ EG 3 februari 2000, nr. C-207/98, *JAR* 2000/65 (*Mahlburg*).

35 Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het Duale Ontslagrecht*, Den Haag, 2000.

wordt dat als iets geen reden mag zijn om een werknemer te ontslaan, dat ook geen reden mag zijn om deze niet in dienst te nemen (de principiële koppeling). Deze ontslagbescherming van specifieke groepen moet doorwerken in het toegangsrecht, anders is de ontslagbescherming illusoir. Evenzeer verdedigingswaardig is echter de stelling dat het niveau van ontslagbescherming van invloed is op de mate waarin ook bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst vrijheid wordt gelaten. Men hoort wel eens dat Nederland zo'n moeilijk ontslagrecht kent, dat voor werkgevers in ieder geval de mogelijkheid vrij moet blijven mensen al of niet in dienst te nemen. Bij het tweede punt gaat het niet over specifieke groepen of een specifieke bescherming, maar over ontslagrecht in het algemeen. Die twee interpretaties staan inderdaad lijnrecht tegenover elkaar. Asscher-Vonk vraagt de zaal dan ook of beide interpretaties inderdaad contradictoir zijn.

Henrichs meent dat het tweede punt volgens sommigen een arbeidsmarktmechanisme is. Het gaat hem om Asscher-Vonks advies aan de ADO, dat zij wilde baseren op de uitspraak van het Hof. Dat is volgens hem niet juist, omdat de correlatie ook in omgekeerd evenredige zin zou kunnen bestaan.

Asscher-Vonk meent dat Henrichs daar gelijk in heeft; het betreft een meer algemeen economische of effectredenering, waarbij zij aantekent dat de ADO zich ook bezig schijnt te houden met de economische effecten en arbeidsmarkteffecten van het ontslagrecht.

De Laat stelt daarop de vraag of men, uitgaande van de aanname dat bij ontslagbescherming ook toegangsbescherming behoort en ons land volgens de OESO een land is met middelgrote tot grote rigiditeit in ontslagbescherming[36], niet zou kunnen worden betoogd dat vermindering van die bescherming niet tot meer toegangsbescherming zou moeten leiden.

Asscher-Vonk stemt daarmee in, mits men de totale bescherming van werknemers ongeveer gelijk zou willen houden.

Een vraag uit de zaal luidt of de spreekster ook het Amerikaanse arbeidsrecht heeft bestudeerd. De meeste staten daar hebben, vergeleken bij het onze, een erg liberaal ontslagstelsel, maar vreemd genoeg blijken er wel meer regels te zijn, die de toegang tot de dienstbetrekking voor werknemers kunnen vergemakkelijken.

36 OECD, *Employment Outlook June* 1999, p. 54-59.

Asscher-Vonk antwoordt dat zij het Amerikaanse stelsel niet heeft bestudeerd, hoewel het rechtsvergelijkend wel interessant zou zijn om te kijken naar met name landen met een sterke non-discriminatoire wetgeving. Wel weet zij dat het afhouden van voorschriften over indiensttreding in de politiek vaak wordt gemotiveerd met de onmogelijkheid werknemers te kunnen ontslaan. Pas op het moment dat werknemers eenvoudiger zouden kunnen worden ontslagen, zou men dus ook gemakkelijker kunnen zijn met hun indiensttreding.

Iemand uit de zaal stelt dat daar een paradox in zit. Aan de ene kant kan men immers zeggen dat als een werkgever een werknemer gemakkelijker kan ontslaan, het ook gerechtvaardigd is om regels te stellen voor het niet-aannemen, terwijl het aan de andere kant ook weer minder zinvol is om dat te doen, omdat werknemers immers zeer eenvoudig kunnen worden ontslagen.

Asscher-Vonk meent dat het inderdaad niet zinvol is toegangsbescherming te hebben, als er geen ontslagbescherming is. Aan de andere kant maakt vermindering van ontslagbescherming volgens haar weer wel mogelijk, dat er meer toegangsregels kunnen worden doorgezet.

Van den Heuvel vraagt of de conclusie uit Amerikaans onderzoek niet zou kunnen luiden dat in een staat of land waar toetredingregels op bepaalde gebieden scherper zijn, deze juist zijn toegespitst op bijzonder te beschermen groepen. Daardoor kan men dus niet in algemene zin zeggen, dat als het ontslagbescherming betreft, men de toetredingsregels in het algemeen moet verscherpen. Men moet veeleer moet kijken naar de groepen zonder bescherming.

Asscher-Vonk meent dat dat ook Henrichs' conclusie is, maar er bestaan twee kruisende visies. Het Hof stelt enerzijds dat een sterke bescherming niet werkt, als er geen sterke toegangsregels zijn, anderzijds wordt verdedigd dat men zich bij een minder rigide ontslagrecht kan permitteren om toegangsregels te hebben. Haar conclusie luidt dat er meer 'toegangsrecht' dient te komen. Een conclusie, die volgens haar tegen de achtergrond van beide interpretaties kan worden getrokken.

Van den Heuvel memoreert vervolgens de totstandkoming van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.[37] Daarbij ging het vooral om de begin-

37 Zie over deze wet uitgebreid S.W. Kuip & C.G. Scholtens, *Flexibiliteit en zekerheid. Parlementaire geschiedenis*, Deventer: Kluwer 1999.

periode van de arbeidsovereenkomst(en); de eerste drie jaar ervan. Er was toen aan de orde of er in het verlengde van de invoering van art. 7:668a BW nog ingangsregels zouden moeten worden gesteld ten aanzien van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze vraag werd simpelweg ongemotiveerd ontkennend beantwoord. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zouden dus drie keer in drie jaar van rechtswege moeten kunnen eindigen, op basis van zogenaamde wilsovereenstemming bij het sluiten van de overeenkomst. Belemmeringen voor deze overeenstemming werden daarbij niet opportuun geacht, dus voorlopig zou men naar zijn mening nog 'op de parallel' zitten.

Asscher-Vonk voegt daaraan toe dat die beperking ten aanzien van de wilsovereenstemming evenmin in de EG-richtlijn inzake de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd[38] te vinden is. De onderhavige bijeenkomst zou volgens haar overigens niet tot een beslissing inzake de juiste interpretatie van haar stelling behoeven te leiden.

Fleuren-van Walsem stelt dat ontslagbescherming over het algemeen wordt gebaseerd op anciënniteit en leeftijd. Zouden dat ook aan het begin van de arbeidsovereenkomst de criteria kunnen zijn om de bescherming vast te stellen?

Asscher-Vonk antwoordt dat die toegangsregels natuurlijk niet allemaal hetzelfde zijn. Er zijn er verschillende, zoals bijvoorbeeld selectieprocedures. Er zijn slechts regels aan de orde, die de argumenten beperken om iemand te weigeren. Dat soort regels zal vooral een rol spelen in verband met specifieke discriminatiegronden. Het ontslagrecht en de bescherming tegen discriminatie in ontslag werken immers ook vanaf de eerste dag.

Iemand uit de zaal legt een verband met de kantonrechtersformule. Een beschikking van niet lang geleden hield in dat de desbetreffende werknemer eigenlijk op grond van de regel 'twee maanden per gewerkt jaar' een vergoeding zou moeten krijgen. Nu de werkgever de werknemer op oudere leeftijd had aangenomen, werd deze regel niet onverkort toegepast. Op zich geen gekke gedachte, omdat werkne-

38 Richtlijn 99/70/ EG van 10 juli 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* L 175. Zie D.J.B. de Wolff, Een nieuw richtlijnvoorstel inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *SMA* 1999, p. 418-420.

mers die op oudere leeftijd door een werkgever in dienst genomen wensen te worden daar baat bij kunnen hebben. Als een werkgever bij zijn afweging een dergelijke werknemer in dienst te nemen rekening zou moeten houden met een mogelijke toepassing van die regel, dan zou dat reden voor hem kunnen zijn een oudere werknemer niet aan te nemen. De uitspraak zou de toegang tot de arbeidsovereenkomst voor ouderen derhalve bevorderen, omdat werkgevers in geval van een ontbinding minder 'gestraft' worden dan puur op grond van de rigide toepassing van de regel.

Asscher-Vonk meent dat het hier gaat om het toepassen van een algemeen economische redenering ten aanzien van slechts één individuele werkgever, en dat ook nog eens in slechts één individuele uitspraak. Nu niet in de richtlijnen staat dat een werknemer bijvoorbeeld na zijn 50ste geen aanspraak meer zou kunnen maken op een vergoeding, was het volgens haar dan ook een uitspraak, waartoe de kantonrechter niet bevoegd was, maar de wetgever.

De Laat meent dat verdedigd kan worden dat de mobiliteit van oudere werknemers wordt bevorderd op grond van een economische argumentatie. Deze komt erop neer dat een werkgever eerder een arbeidsovereenkomst zal aangaan, wanneer in geval van ontbinding niet meteen factor twee toegepast zou worden, maar bijvoorbeeld factor één. Dit zou gerechtvaardigd zijn, omdat geen sprake meer is van trouw, binding aan de onderneming en het kwijtraken van *employability* – kortom de indicatoren om op een hogere factor te komen. Dat zou naar zijn mening ook sociaal goed verdedigbaar zijn. De visie dat voor de onderhavige beschikking een wijziging van de Aanbevelingen zou zijn vereist wijst hij van de hand. Zo werkt dat niet; er moeten eerst individuele rechters zijn, die iets durven, voordat er beleid kan ontstaan.

Iemand uit de zaal stelt het met dat laatste eens te zijn, maar daarmee anderzijds niet te willen zeggen, dat de kantonrechter dit soort macro-economische argumenten moet kunnen gebruiken in individuele zaken, waarin mensen toch menen een zekere aanspraak te kunnen ontlenen aan de bestaande kantonrechtersformule. Een individuele uitspraak zou niet als 'breekijzer' gebruikt mogen worden om de samenleving te tonen dat de ABC-formule wellicht aan bijstelling toe zou zijn. Overigens zou geen werkgever zich bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst met een werknemer, oud of jong, afvragen wat het hem op basis van de formule zou gaan 'kosten' om de werknemer ooit via ontbinding 'kwijt te raken'. Het salaris zou daarbij een rol spelen.

Een juriste van de FNV stelt daarop dat dat laatste toch echt onjuist is; vooral bij oudere mensen of bij reïntegratiegevallen rekenen werkgevers wel degelijk uit hoe 'duur' een eventuele ontbinding zou zijn.

De Laat vraagt vervolgens of dat ook voor het spiegelbeeld zou gelden.

In de zaal wordt geopperd dat dat spiegelbeeld zich vooral bij een werknemer voordoet, die bij een werkgever 'binnenkomt' en denkt dat, mocht hij of zij in de eerste of tweede jaar 'onderuitgaan', hij toch in ieder geval in aanmerking zal komen voor een vergoeding overeenkomstig de ABC-formule. Als voorbeeld zou te denken zijn aan hogere managers en IT'ers.

De Laat stelt dat het zo niet zal werken.

Stelling 3
Op bepalingen van richtlijnen die met toepassing van art. 139 EG-Verdrag totstandkomen, kan voor de nationale rechter een beroep worden gedaan, ook in een geding tegen een particulier.

Henrichs grijpt naar aanleiding van deze stelling terug op de vraag of men zich kan beroepen op IAO-Verdragen en beantwoordt deze vraag alleen al met een blik op art. 7:611 BW positief. Als men zich volgens de Hoge Raad kan beroepen op het in het rechtsbewustzijn levende beginsel van 'gelijke arbeid voor gelijk loon', zou men zich met toepassing van dat artikel ook moeten kunnen beroepen op IAO-Verdragen. De 'Alkema-redenering' zou daarvoor niet nodig zijn. Vanuit de Wet CAO kijkend, heeft hij er sowieso moeite mee. Gezien aan doorwerking van CAO's in art. 9 en 12-13 van die wet strenge eisen gesteld zijn, zou het toch wel een extra grote stap zijn om langs getrapte vertegenwoordiging doorwerking te kunnen verlenen aan IAO-Verdragen. In de door Asscher-Vonk aangevoerde redenering gelooft hij dan ook niet echt, hetgeen niet wegneemt dat er andere manieren zijn om aan die verdragen een rol te geven. Bij de horizontale werking van grondrechten gaat het vaak vooral, althans volgens velen, langs de band van art. 7:611 BW.

Asscher-Vonk meent dat Henrichs de vinger op de zere plek legt. De doorwerking van CAO's is in ons land inderdaad met veel waarborgen omkleed, het nadeel van zijn betoog vormt echter de belangenafweging. Totstandkoming van een internationaal voorschrift betekent dat die belangenafweging voor een belangrijk deel in internationaal verband is gedaan. De vraag is of men daarmee in Nederland helemaal opnieuw moet beginnen in het kader van art. 7:611 BW of dat men moet zeggen dat het in IAO-verband overeengeko-

mene zo belangrijk is, dat daarop alleen beperkingen zijn toegestaan als aan strenge doel- en proportionaliteitseisen is voldaan. Dat is waarover het volgens haar in essentie gaat. Zij is het deels met Henrichs eens; in de discussie over de ondernemingsovereenkomst heeft zij zich altijd buitengewoon streng opgesteld. Het zou dan ook wat inconsequent zijn om ten aanzien van IAO-Conventies een tegenovergesteld standpunt in te nemen. Daar zouden inderdaad sterke argumenten tegenin te brengen zijn. Om uitsluitend art. 7:611 BW als 'ingang' naar het Nederlandse recht te gebruiken zou echter weer wat ver gaan.

Henrichs repliceert uit de grondrechtendiscussie te hebben begrepen dat het enkele feit dat een werknemer zich kan beroepen op een grondrecht niet wil zeggen dat in alle gevallen het contractuele belang van de werkgever moet wijken.

Asscher-Vonk bevestigt dat bij toepassing van art. 7:611 BW de vrijheid van arbeidskeuze slechts een van de elementen vormt. De Hoge Raad heeft in het *Agfa*-arrest[39] echter wel gezegd dat het beginsel van 'gelijk loon voor gelijke arbeid' een buitengewoon zwaarwegend beginsel is. Alleen uitzonderingen met objectieve rechtvaardigingen zijn toegestaan. Dus het feit dat het een grondrecht betreft, dat bovendien internationaal gewaarborgd is, zorgt ervoor dat in de afweging iets 'extra's' gebeurt.

De Laat vraagt zich af of dat laatste bij het trekken van de parallel met het *Agfa*-arrest tegelijkertijd niet ook het grote probleem is. In dat arrest is immers duidelijk dat zo'n gelijke behandelingsnorm wordt gehanteerd, omdat het ook een heldere norm is. Als alle IAO-normen via art. 7:611 BW in Nederland zouden worden ingevoerd, zouden allerlei discussies, zoals bijvoorbeeld die over de reden van het niet-neerleggen daarvan in Nederlandse wetgeving, echter niet meer worden gevoerd. De beweegredenen voor en de merites van de in Genève gemaakte keuzes kunnen dan niet meer onder ogen worden gezien. Zoals in het proefschrift van De Wit[40] betreffende STAR-uitspraken en -onderhandelingen wordt verdedigd, komt men dan op een punt, waar de wetgever geen enkele rol meer heeft. Dat zou toch wel bizar zijn.

39 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

40 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Asscher-Vonk stemt daarmee in. Zij heeft haar 'doorwerkingsballonnetje' gekoppeld aan art. 139 EG-Verdrag, hetgeen beperkter is dan IAO-Conventies. Anderzijds zouden afspraken in IAO-verband ook weer niet zo ontzettend vergaand zijn, zodat de door De Laat geuite vrees dat de wetgever 'buitenspel' komt te staan in de praktijk niet gerechtvaardigd is.

Een vraag uit de zaal is of het met de resultaten van de Sociale dialoog[41] ook niet zo is, dat zij onder het niveau blijven, dat in de Nederlandse praktijk gebruikelijk is, zodat daaraan ook weer niet zo geweldig veel te ontlenen is. Anderzijds zou het beangstigend zijn als alle Nederlandse werkgevers en werknemers in een concreet geval zouden zijn gebonden aan een verdergaande norm, die een beperking op de Nederlandse praktijk vormt en die bovendien op een weinig transparante wijze tot stand is gekomen.

Asscher-Vonk antwoordt dat het om twee verschillende punten gaat; in de eerste plaats zouden de onderhavige normen in ons land niet nodig zijn en in de tweede plaats zou de mogelijkheid van hun gelding beangstigend zijn. Het eerste punt zou snel anders kunnen zijn. Nederland is trouwens op allerlei fronten geen gidsland. Met het tweede punt zou de vragensteller gelijk hebben. Haar stelling vormt weliswaar een aantrekkelijke gedachte, maar geen voorstel om onmiddellijk over te nemen. Inzake de vrijheid van arbeidskeuze en het concurrentiebeding en vooral ook het verbod van nevenarbeid zou men aan art. 7:611 BW ook genoeg hebben.

Stelling 4
Internationale voorschriften die toegangsrechten beschermen zijn onmisbaar voor regulering van de verhouding collectiviteit – individuele werkgever/werknemer.

Asscher-Vonk licht deze stelling toe; zij betreft volgens haar de vraag of art. 139 EG-Verdrag onmisbaar is om een geschil tussen een collectiviteit en voetbalclubs op te lossen of dat dit ook langs een andere weg kan geschieden. Zijn er met andere woorden 'toegangsregels' nodig om geschillen tussen individuen aan de ene en collecti-

41 Zie hiervoor bijv. A.T.J.M. Jacobs, 'De Europese Sociale dialoog', in: C.J. Loonstra, *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw* (liber amicorum voor prof. mr. F. Koning), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 207-221.

viteiten aan de andere kant op te lossen of zou dat ook op een andere manier kunnen, bijvoorbeeld via een onrechtmatigedaadsprocedure? Het Hof heeft in het *Bosman*-arrest[42] met nadruk gezegd, dat de regel van verbod van discriminatie ook geldt tegenover voetbalverenigingen. Zij vond het op zichzelf aardig, dat er aandacht was voor het effect van optreden van dergelijke collectiviteiten, maar vroeg zich af of dat iets bijzonders zou zijn of iets gewoons. De stelling betreft dus de vraag op welke wijze *gentlemen's agreements*, protocollen en dergelijke, waar individuen beperkende gevolgen van ondervinden, 'onderuitgehaald' zouden kunnen worden.

De Laat vraagt zich af of voor onrechtmatigheid niet vereist is, dat er een norm bestaat, die geschonden is; bijvoorbeeld handelen met de vrijheid van het verrichten van diensten.

Asscher-Vonk antwoordt dat men die andere norm inhoudelijk inderdaad nodig heeft. Het is niet van belang of de geschonden norm opgesteld is door een vereniging, overkoepelend orgaan, individu of werkgeversorganisatie. Inhoudelijk is de norm van bijvoorbeeld vrijheid van arbeidskeuze of vrij verkeer nodig, procedureel een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad.

Van den Heuvel vraagt zich af wat er gebeurt als de collectiviteit FIFA in haar onderhandelingen met de Europese Commissie over de aanpassing van het transferstelsel van beroepsvoetballers een aangepaste regeling totstandbrengt die beperkend is wat betreft de vrijheid van arbeidskeuze. Wat zou dan de betekenis zijn van dat akkoord, waarin een Europees orgaan zich kennelijk zelf gebonden zou hebben aan een dergelijke beperking? In hoeverre kan een inwoner van een lidstaat daar dan evenals de beroepsvoetballer Bosman tegenin gaan?

Asscher-Vonk antwoordt dat als de afspraak in Europese regelgeving wordt neergelegd, het aan het HvJ EG is om dat uit te leggen. Het Hof zal dan nagaan, hoe die afspraak past in het het EG-recht als geheel. Secundaire wetgeving zou het Hof daarbij natuurlijk uitleggen in het licht van het primaire Gemeenschapsrecht.

Een vraag uit de zaal is of Asscher-Vonk eigenlijk ook pleit voor een beperking van afspraken tussen werkgevers onderling. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan een regeling die niet

42 HvJ EG 15 december 1995, C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921, *NJ* 1996, 637.

toestaat dat een werkgever met een andere werkgever afspreekt dat hij diens medewerkers niet zal 'wegkopen'.

Asscher-Vonk stelt dat het probleem met dat soort afspraken is, dat deze veel effectiever kunnen zijn dan een concurrentiebeding, effectiever in de zin van een beperking van de vrijheid van arbeidskeuze en mobiliteit van werknemers, en dat het ontzettend moeilijk is om een dergelijke afspraak te bewijzen. In het verlengde van de *Bosman*-zaak zou men kunnen zeggen, dat ook als de weigering om iemand in dienst te nemen gestoeld is op een voorschrift dat door een overkoepelend orgaan aan een individuele werkgever is opgelegd, deze werkgever toch daarop kan worden aangesproken.

Een vraag uit de zaal is vervolgens wat geldt als de afspraak tussen twee werkgevers luidt dat deze geen medewerkers van elkaar 'overnemen'.

Henrichs stelt dat een dergelijke afspraak getoetst zal worden aan het mededingingsrecht.

Een vraag uit de zaal is of die afspraak ook de vrijheid van arbeidskeuze van de medewerkers beperkt.

Asscher-Vonk antwoordt dat dit inderdaad zo is en men dus ook op die grond de afspraak zou kunnen aantasten.

Stelling 5
Gerichte werving van een sollicitant brengt aansprakelijkheid met zich voor de eventueel in verband met de verwachte arbeidsovereenkomst gemaakte kosten. De wijze waarop geworven is dient een rol te spelen bij het oordeel over de toelaatbaarheid van een eventueel ontslag.

Asscher-Vonk meent dat deze laatste stelling 'puur' het Nederlandse recht betreft. Niemand zal ertegen zijn. Het laatste deel ervan betreft eigenlijk hetgeen eerder over ontbindingen werd gezegd, maar dan omgekeerd. Naarmate een werkgever iemand meer 'verleid' of 'weggekocht' heeft, speelt dat mee bij de financiële consequenties van de ontbinding. Dat is ook wel in uitspraken terug te vinden.

Henrichs meent dat daarbij wel onderscheid gemaakt dient te worden tussen de hoogte van de vergoeding en de vraag of er ontbonden wordt. De eerste vraag beantwoordt hij positief, ten aanzien van de tweede zou hij het tegendeel willen beweren.

Asscher-Vonk meent dat dat vanzelfsprekend een andere vraag is; men moet als werkgever iemand ook nog een keer 'kwijt' kunnen.

Schütz (advocaat te Amsterdam) stelt tegen de achtergrond van zijn beroepspraktijk dat juist in gevallen waarin werkgevers iemand

die een 'miskoop' blijkt te zijn heel snel willen 'lozen', toch een rol speelt of die werkgevers de desbetreffende werknemer hebben 'weggelokt'. Bij het 'weglokken' en vervolgens ontslaan van een werknemer die al lang in dienst was en helemaal niet weg hoefde, zou de 'straf' voor de nieuwe werkgever moeten afnemen naarmate de tweede arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd. Het zou dus vooral bij kortlopende dienstverbanden spelen.

Asscher-Vonk ziet dat in. Hetzelfde geldt overigens voor de kosten. Men kan zich voorstellen dat de werkgever in ieder geval voor de kosten opdraait, wanneer een arbeidsovereenkomst niet totstandkomt. Wanneer die overeenkomst wél totstandkomt en een hele tijd heeft geduurd, zouden die kosten langzaam maar zeker als 'afgeschreven' kunnen worden beschouwd.

Een vraag uit de zaal luidt wat in het omgekeerde geval zou gelden, waarin de arbeidsovereenkomst is gesloten en de werknemer de dag voor zijn eerste werkdag meedeelt niet aan de slag te gaan in verband met een betere aanbieding elders. De desbetreffende werkgever kan dan inmiddels een hoop kosten hebben gemaakt, zoals deze bijvoorbeeld voortvloeien uit het bestellen van een lease-auto. Zou hij die kosten dan kunnen verhalen op die werknemer?

Asscher-Vonk stelt dat dat de vraag betreft, of in dat geval sprake zou kunnen zijn van een kennelijk onredelijk ontslag. Het zou immers kunnen gaan om de opzegging van een arbeidsovereenkomst in het kader waarvan nog niet is gewerkt. Deze opzegging is dan toetsbaar aan de regels van het ontslagrecht.

Een vraag uit de zaal is of een dergelijk handelen van een werknemer niet evenzeer aan de algemene regels van de sollicitatieprocedure, gebaseerd op het verbintenissenrecht, getoetst dient te worden. De werknemer verplicht zich immers tot iets en komt die verplichting niet na.

Asscher-Vonk meent dat het antwoord op de vraag of er in dat geval een vergoeding van de in de precontractuele fase gemaakte kosten aan een werkgever kan worden toegekend, voor een deel zal worden ingegeven door ideeën over de arbeidsmarkt en ook door het idee wie dergelijke kosten het beste kan dragen. Dergelijke kosten zullen in het algemeen door een individuele werknemer moeilijker zijn te dragen dan door een werkgever. Deze kan deze kosten immers over zijn hele personeelskosten omslaan. Daarbij bestaat dan wel weer een verschil tussen grote en kleine werkgevers.

De Laat meent dat er in de jurisprudentie al normen bestaan, inhoudende dat vooral bij kortlopende dienstverbanden wordt geke-

ken naar de wijze waarop is geworven. Als men het tweede deel van de stelling nu zo beschouwt, zou toch eigenlijk een vrij direct verband bestaan tussen het einde en het begin van de dienstbetrekking. Beide zouden niet heel ver uit elkaar kunnen lopen; er zou als 't ware nog een 'verbinding', een verband, tussen zitten.

Asscher-Vonk meent dat ontslag op een gegeven moment een risico is, dat eenieder kan treffen. Dit pleit ervoor dat de kosten daarvan ook op een bepaalde manier in het recht worden vertaald, vergoed en verdeeld. Er kan echter een reden bestaan om een daarvan afwijkende verdeling te maken op het moment dat de gemaakte kosten nog niet zijn 'afgeschreven', bijvoorbeeld kosten gemaakt in de verwachting dat er een arbeidsovereenkomst tot stand zal komen, doch dat dit niet geschiedt. Het interessante van het Wervingsverdrag met Tunesië is, dat daar geen tijdsgrens aan zit.

Een vraag uit de zaal is of een sollicitant die bijvoorbeeld in de WAO zit of heeft gezeten, afgeschat en geschikt bevonden is voor passende arbeid, dat in een sollicitatieprocedure spontaan moet melden.

Asscher-Vonk antwoordt dat dat eigenlijk de vraag betreft naar de reikwijdte van zijn privacy. Naar Nederlands recht is hiervoor de uitspraak over de lasser bij DSM[43] bepalend: 'er kan reden voor onverwijlde opzegging zijn wanneer men niet uit zich zelf melding maakt van een kwaal, waarvan men weet of had kunnen weten dat deze hem ongeschikt maakte voor het uitoefenen van zijn arbeid.' Het betreft dus een heel beperkte verplichting.

Iemand uit de zaal wijst erop dat dat arrest voor het in werking treden van de Wet op de medische keuring werd gewezen.

Asscher-Vonk antwoordt dat dat inderdaad zo is. Die wet heeft een andere 'afdekking' in art. 7:629 lid 3 BW, hetgeen ook een heel beperkte is. De laatste heeft als sanctie het niet doorbetalen van loon, de eerste ontslag. Ten aanzien van de vraag wat men uit zichzelf dient te melden, kent Nederland zulke specifieke regels dat een algemene regel daar niet uit kan worden afgeleid. De vraag wat een sollicitant moet antwoorden op een vraag naar een WAO-verleden beantwoordt zij aan de hand van de wetsgeschiedenis. De Minister van Justitie zegt met instemming van de Tweede Kamer al jaren dat men mag liegen over zwangerschap. De redenering daarachter is dat men (afge-

43 HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507.

zien van mogelijke morele bezwaren) mag liegen, als een vraag wordt gesteld die niet relevant is. Een WAO-verleden kan relevant zijn, omdat de werkgever er voordeel van kan hebben. Als het minder dan vijf jaar geleden is, heeft hij immers op grond van art. 29b ZW geen loondoorbetalingsverplichting. Vanuit deze gedachte rust op de sollicitant de plicht zijn WAO-verleden te melden. Het gaat dus om een afweging van belangen; het belang van de werkgever om relevante informatie te vernemen en het belang van de werknemer om hierover te zwijgen. In het gegeven voorbeeld is er een behoorlijk financieel belang van de werkgever om het te horen.

Iemand uit de zaal stelt dat een werkgever op grond van de Wet op de medische keuringen niet mag informeren naar de gezondheidstoestand. Zou men dan in het omgekeerde geval niet kunnen zeggen dat de werknemer wel verplicht is om kenbaar te maken wat de werkgever niet eens mag vragen?

Asscher-Vonk vraagt of het hebben van een WAO-verleden een aspect is, waar de Wet medische keuringen op ziet. Een WAO-verleden is geen ziekte, maar een hoedanigheid. Dat verleden hoeft iemand op geen enkele manier ziek, zwak of misselijk te maken, maar kan wel enorme financiële consequenties hebben.

Iemand uit de zaal stelt dat datgene wat geen onderwerp kan uitmaken van een medische keuring ook geen onderwerp kan zijn van de mededelingsplicht van de werknemer.

Asscher-Vonk antwoordt dat dat toch niet zo hoeft te zijn gezien het genoemde belang. Het gaat hier niet om een niet juist informeren in antwoord op specifiek daarop gerichte vragen in het kader van de medische keuring, die nodig zijn om zijn geschiktheid voor de arbeid vast te stellen.

Iemand uit de zaal stelt daarop dat in art. 7:629 lid 3 onder a BW een uitzondering wordt gemaakt op de loondoorbetalingsverplichting. A contrario zou dan wellicht kunnen worden betoogd dat gezien deze specifieke regeling in de wet een werknemer zijn WAO-verleden toch zal moeten mededelen.

Asscher-Vonk meent dat het derde lid van art. 7:629 BW ziet op het melden van omstandigheden, die ziekte kunnen veroorzaken. In het voorbeeld is van zo'n omstandigheid geen sprake. Derhalve is de geopperde redenering volgens haar niet juist. Wél kan men zich daarentegen afvragen of de regeling in de Ziektewet (art. 29b) bedoeld is om de werkgever schadeloos te stellen voor een verhoogd risico of om hem als 't ware over de streep te trekken door middel van de gememoreerde 'bonus'. Nu uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat het

om allebei gaat, zou dat 'bonuselement' ertoe kunnen leiden, dat moet worden geconcludeerd dat er voor een oud-WAO'er, gezien dat grote belang, een mededelingsplicht bestaat. Dat is een van de merkwaardige consequenties van art. 29b ZW.

Iemand uit de zaal vraagt zich vervolgens af of het financiële belang van de werkgever dan ineens groter is dan het belang van de werknemer om niets over zijn WAO-verleden te zeggen. Het belang van de werknemer daarbij is natuurlijk dat hij gezien zijn achtergrond door veel werkgevers niet zal worden aangenomen, als hij het wel zou melden.

Asscher-Vonk antwoordt dat er een afweging gemaakt moet worden, waarbij het ook hier weer zo zou kunnen zijn dat de bescherming mogelijk in haar eigen staart kan bijten.

Fleuren-van Walsem refereert aan een uitspraak van enkele jaren geleden[44] betreffende de ontbinding van een arbeidsovereenkomst van iemand met een WAO-verleden. Zij had over dat verleden bij indiensttreding niets verteld en was na een tijdje uitgevallen, omdat zij de arbeid juist in verband met dat verleden toch niet goed bleek te kunnen verrichten. Toen dat bij de ontbinding duidelijk werd, beschikte de kantonrechter dat de werkneemster geen vergoeding toekwam, omdat deze bij de aanvang van de dienstbetrekking relevante informatie had achtergehouden.

Asscher-Vonk antwoordt dat dat misschien relevante informatie à la *lasser/DSM* was, waarvan de werknemer had moeten weten dat het hem voor de te verrichten arbeid ongeschikt zou maken. In de onderhavige casus zou het WAO-verleden de mogelijkheid om arbeid te verrichten niet beïnvloeden. Men zou er overigens ook voor kunnen kiezen het pas te melden op het moment dat men in dienst is, want daarmee zou men dan de eerder gememoreerde 'bonus' voor de werkgever 'binnenhalen'.

Een vraag uit de zaal is of de eindconclusie betreffende de vijfde stelling niet moet zijn, dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 7:629 BW de in de discussie naar voren gekomen complexe problemen met name bij aanstellingen en privacybescherming niet heeft doorzien.

44 Ktr. Rotterdam 8 november 1995, *JAR* 1995/264.

Asscher-Vonk antwoordt hierop dat deze conclusie zowel met betrekking tot de Wulbz[45] als de Wet Rea[46] kan worden getrokken. In de Tweede Kamer was er weliswaar aandacht voor de risicoselectie en de afstemming tussen ontslagrecht aan de ene kant en de sancties uit art. 7:629 BW aan de andere kant, maar daar is toen verder in het geheel niet over doorgedacht. Men stelde zich hooguit de vraag: 'Hoe moet dat nou?', en dan antwoordde de minister ongeveer: 'Ja, dat is een probleem.' Een ferme mededeling in de memorie van toelichting en een discussie in de Kamer hadden dus niet misstaan. Nu weet niemand precies hoe het zit.

De Laat stelt dat dat toch eigenlijk een prachtig slot voor een wetenschapper is.

45 Wet van 8 februari 1996, tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Ziektewet en enkele andere wetten in verband met loondoorbetaling door de werkgever bij ziekte van de werknemer (*Stb.* 1996, 134).

46 Wet van 23 april 1998, houdende vaststelling van nieuwe regels met betrekking tot de (re)integratie van arbeidsgehandicapten (*Stb.* 1998, 290).

3 Van nieuw naar nieuwer recht

Het einde van de arbeidsovereenkomst in internationaal perspectief

Prof. mr. M.V. Polak[1]

3.1 Inleiding[2]

Arbeidsrechtdeskundigen zijn gewend aan elkaar snel opvolgende golven van nieuw recht. De flexibiliseringsoperatie is nog maar net achter de rug, of er verschijnt al weer een rapport dat het duale ontslagrecht aan de kapstok moet worden gehangen of het raam uit moet. Als u dacht dat u vanmiddag eens naar een lezing toe kon over een onderwerp dat vast minder snel verandert, dan moet ik u op voorhand teleurstellen: ook op het gebied van het internationaal privaatrecht met betrekking tot arbeidsverhoudingen stromen de golven in rap tempo na elkaar het strand op, en als golfbrekers moeten wij maar zorgen daarmee uit de voeten te kunnen. Dat verklaart dus ook de titel van deze voordracht: 'Van nieuw naar nieuwer recht'. Het nieuwe recht kende u misschien nog niet, dan wordt dat tijd, maar dat wordt dan binnenkort zelfs door nog nieuwer recht vervangen. Ook op dit terrein is er dus van alles aan de hand, en ik zal proberen voor u het overzicht te bewaren. De subtitel van deze voordracht luidt: 'Het einde van de arbeidsovereenkomst in internationaal perspectief'.

Daaraan moet ik misschien toevoegen dat mijn kennis zich enigszins beperkt tot het internationaal privaatrecht inclusief het internationaal procesrecht, ik ben wat minder thuis op het gebied van de ILO-Verdragen, en ik zal me evenmin aanmatigen dat ik veel weet over de invloed van het EVRM op het Nederlandse arbeidsrecht en privaatrecht. De focus ligt, wat mij betreft, op het internationaal privaatrecht.

1 Prof. mr. M.V. Polak is hoogleraar Internationaal Privaatrecht en Privaatrechtelijke Rechtsvergelijking aan de Universiteit Leiden en advocaat te Den Haag. Mr. B. Barentsen, verbonden aan de afdeling Sociaal Recht van de Universiteit Leiden, verzorgde de redactie van deze bijdrage en de verslaglegging van de discussie.

2 Gezien het karakter van deze bijdrage – een inleidende voordracht – is afgezien van het plaatsen van voetnoten. Voor achtergrondinformatie en vindplaatsen zij verwezen naar de aan het slot opgenomen literatuurlijst.

Welke onderwerpen zijn dat dan? Eerst wilde ik schetsen waar die verschillende regels vandaan komen. Op diverse fronten wordt er gewerkt aan vernieuwing van de thans bestaande regels. Recentelijk zijn er ook ontwerpen afgerond voor nieuwe wetgeving en verdragen.

Daarna bespreek ik de twee 'klassieke' onderwerpen van internationaal privaatrecht: het procesrecht en het conflictenrecht. De procesrechtelijke vraag luidt: voor welke geschillen ten aanzien van beëindiging kan ik wel en niet bij de Nederlandse arbeidsrechter terecht; kort gezegd: de kantonrechter. Het is in een internationaal geval immers niet vanzelfsprekend dat de Nederlandse kantonrechter bevoegd is. Daar zijn regels voor, en de vraag is dan: hoe luiden die precies? Daar blijkt overigens het nodige aan verandering op stapel te staan.

Het derde onderwerp, het conflictenrecht, is het vervolg op de procesrechtelijke vraag; stel dat de Nederlandse kantonrechter bevoegd is, welk recht moet hij dan toepassen? Dat is niet per se Nederlands ontslagrecht. Het kan heel wel zijn dat de kantonrechter bevoegd is op grond van de daarvoor geldende regels, maar dat hij vervolgens niet Nederlands maar buitenlands ontslagrecht moet toepassen, omdat de zaak blijkbaar meer met het buitenland dan met Nederland is verbonden.

Dat zijn dus twee inleidingen in het positieve en het toekomstige Nederlandse internationaal privaatrecht. Ik sluit af op een wat abstracter niveau met een schets van hetgeen de toekomst ons zou kunnen brengen. Dat is een beetje koffiedik kijken, maar wellicht zijn er bepaalde lijnen te ontdekken in het verleden, en het is misschien toch aardig om deze door te trekken om te zien waar het de komende tijd heen gaat.

3.2 Regelgeving op Europees niveau

Waar komt de regelgeving waarmee we zo worstelen in het IPR vandaan? Evenals voor de onderwerpen die bij de andere inleidingen werden behandeld, geldt voor het internationaal privaatrecht dat er sprake is van twee niveaus. Er is het Europese niveau; de Europese Unie, de Europese Gemeenschap is zeer actief en wordt steeds actiever op het onderhavige terrein. Daarnaast is er uiteraard nog de Nederlandse wetgever, die deze zaak niet ongemoeid laat. Er zou nog een mondiaal niveau aan kunnen worden toegevoegd. Ook op mondiaal niveau worden er wel pogingen ondernomen om te komen tot regels van internationaal privaatrecht voor arbeidsovereenkomsten,

maar die verkeren nog in een ontwerpstadium, die zal ik nu terzijde laten. Wat het positieve recht betreft, en dat wat binnenkort op ons afkomt, kunnen we ons beperken tot die twee niveaus: Brussel en Den Haag.

3.3 EU na Amsterdam: art. 65 EG-Verdrag

Het Europese niveau is dus Brussel, de Europese Gemeenschap. Daar is wel het nodige veranderd. Als u lang geleden in de collegebanken heeft gezeten dan bent u misschien nog opgevoed met het idee dat de Europese Unie, of beter gezegd, de Europese Gemeenschap, beperkte bevoegdheden heeft, die allemaal keurig zijn opgesomd in het EEG-Verdrag uit 1957. Wat het IPR betreft, zaten er in het EEG-Verdrag buitengewoon weinig bevoegdheden. Wel was vastgelegd dat er een verdrag met betrekking tot erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken tot stand moest worden gebracht. De lidstaten moesten dat verdrag echter in hun hoedanigheid van autonome, soevereine staten zien af te sluiten. De Gemeenschapsinstellingen, de Raad en de Commissie, stonden hier verder buiten. Het Verdrag inzake de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging in burgerlijke en handelszaken, het EEX, is in 1968 totstandgekomen.

In de eerste plaats bevat dit verdrag dus regels inzake het 'vrij verkeer van vonnissen', de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken. Daarnaast bevat het verdrag bevoegdheidsregels, die eveneens van belang zijn voor het tweede onderwerp van vandaag, het procesrecht. Het EEX bepaalt bijvoorbeeld wanneer de Nederlandse kantonrechter bevoegd is. Het EEX kent inmiddels vijftien lidstaten: een groot succes. Het verdrag is een niet uit te wissen factor in het Nederlandse internationaal privaatrecht, ook met betrekking tot de arbeidsovereenkomst.

De zaken zijn echter veranderd. Sinds 1 mei 1999 is het Verdrag van Amsterdam in werking getreden. Dat verdrag heeft – zoals bekend – onder andere wijzigingen aangebracht in de bevoegdheden van de Europese Unie-instellingen en de Europese Gemeenschapsinstellingen. Op grond van het Verdrag van Amsterdam is art. 65 van het EG-Verdrag aangepast. Deze bepaling geeft nu ineens bevoegdheden aan de Europese Commissie en aan de Raad voor het volledige IPR.

Vooralsnog kan de Raad alleen bij unanimiteit beslissen, maar deze regel zal over vijf jaar gaan verdwijnen. Vanaf dat moment wordt er besloten bij eenvoudige meerderheid.

Dit betekent dat voor alle onderwerpen van internationaal privaatrecht, of het nu gaat om vermogensrecht of familierecht, de Europese Gemeenschap (eerste pijler) de bevoegdheid krijgt om regels vast te stellen. Zo treedt per 1 maart 2001 een verordening van de Europese Gemeenschap over de bevoegdheid van de Nederlandse echtscheidingsrechter in werking. Op allerlei gebieden gaat de Europese Unie veel actiever worden wat betreft het IPR, omdat haar bevoegdheid nu heel algemeen is geworden.

De vraag is welke consequenties deze bevoegdheidsuitbreiding heeft voor het IPR dat van belang is voor het arbeidsrecht. De bestaande verdragen gaat men omvormen van verdrag in verordening. Het EEX en het EVO, het verdrag over het toepasselijke recht van 1980, zullen in een verordening worden omgezet. Nu zou gezegd kunnen worden dat het lood om oud ijzer is voor de Nederlandse rechter, of het een verdrag is of een verordening; hij zal het toch moeten toepassen. Dat is wel waar, maar tegelijkertijd gaat men ook aan de inhoud sleutelen. De inhoud van de toekomstige verordeningen komt ook iets anders te luiden dan de huidige verdragen. Er moet dus ook rekening worden gehouden met een andere uitkomst van sommige gevallen. Verder komt er bijvoorbeeld een andere toegang tot het Hof in Luxemburg. Op dit moment is het zo dat het Hof in Luxemburg voor dit soort IPR-Verdragen alleen bevoegd is als er een apart protocol is. Onder het nieuwe systeem verschaft het EG-Verdrag automatisch bevoegdheid voor het Hof in Luxemburg. Die is in zoverre weer beperkt, dat alleen de hoogste rechter in Nederland over het IPR vragen mag stellen; dat vloeit voort uit art. 68 van het EG-Verdrag. In Nederland zal alleen de Hoge Raad het Hof prejudiciële vragen kunnen stellen, dus kantonrechters, rechtbanken of hoven kunnen dat niet. Dat is anders dan bijvoorbeeld op het gebied van vrije mededinging waar ook eerste- en tweedelijnsrechters toegang hebben tot het Hof in Luxemburg. Op het terrein van het IPR is die toegang echter beperkt.

Het Europese IPR ondergaat een omvorming wat juridische status betreft; in plaats van verdragen komen er dus verordeningen met rechtstreekse werking in Nederland. Er is geen verdere uitvoeringswetgeving nodig: alles staat in de verordening en die moet worden toegepast. De Europese IPR-regels worden dus vergelijkbaar met EG-verordeningen over sociale zekerheid voor kwesties met een internationale dimensie, zoals Verordening 1408/71.

Daarnaast worden de bestaande regels ook inhoudelijk herzien. De inhoudelijke herziening van het EEX is bekend, zodat ik daar zo da-

delijk uitvoeriger op kan ingaan. De herziening van het EVO zit nog in de pijplijn, daarover is nog veel niet bekend.

Wat er naar mijn verwachting ook gaat gebeuren, is dat de Europese instellingen IPR gaan maken op losse gebiedjes; dat is bijvoorbeeld gebeurd bij de zogenaamde Detacheringsrichtlijn. Ook daar kom ik nog op terug. Het IPR wordt daardoor misschien voor arbeidsrechtdeskundigen, maar in ieder geval voor de IPR-specialist erg lastig, omdat er allemaal versnipperde regelingen komen voor verschillende 'postzegels'. Er is dan een verdrag, en daarnaast nog een verdrag en over een bepaald subonderwerpje is er dan weer een aparte richtlijn, die omgezet moet worden in nationale wetgeving. Een van mijn toekomstverwachtingen is dat dit proces helaas alleen maar versterkt zal worden. Per deelgebiedje kan er een lobby opkomen voor aanpak van een probleem, waarop 'Brussel' met een regeling voor dat specifieke onderwerp komt. De IPR-deskundige moet vervolgens proberen al die stukjes aan elkaar te lijmen. Het is echter een puzzel die meestal niet past, en dan gaan er gaten en scheuren vallen.

3.4 Regelgeving op nationaal niveau

Met de Detacheringsrichtlijn kan de overstap naar het Nederlandse niveau worden gemaakt, waar ook nog veel regelgeving vandaan komt. Voor deze richtlijn is het nationale niveau van belang, omdat Nederland op grond daarvan een aparte IPR-regel moest opstellen, voor een bepaalde sector, de bouwsector. Dat heeft geleid tot de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA), die wijzigingen heeft aangebracht in onder andere de Wet AVV en ook in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De WAGA dient ter uitvoering van de richtlijn, en is op 24 december 1999 in werking getreden. Er is dus onlangs een nieuwe regeling op nationaal niveau bijgekomen, waarbij natuurlijk wel bedacht moet worden dat daarin is voortgebouwd op Europees recht.

Op nationaal niveau zitten er nog twee belangrijke projecten in de pijplijn: de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de codificatie van het Nederlandse IPR.

De herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is uiteraard ook van belang voor de kantonrechters in arbeidszaken. Het van oktober 1999 daterende wetsvoorstel bevat nieuwe regels over de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter. De rechtsmacht van de Nederlandse kantonrechter bij internationale arbeidsgeschillen wordt eveneens veranderd. Deze wijzigingen zijn

weliswaar niet heel drastisch, maar de regels over de rechtsmacht komen wel op een andere plek te staan in het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Daarmee zal de praktijk moeten leren werken.

De invoeringsdatum van het nieuwe wetboek is overigens nog onduidelijk. Het Ministerie van Justitie is tot voor kort van 1 juni 2001 uitgegaan, maar de laatste informele berichten zeggen dat deze datum niet gehaald zal worden. De reden hiervoor is dat men de verdere aanpassingswetgeving niet tijdig rond kan krijgen. Waarschijnlijk wordt de nieuwe invoeringsdatum 1 januari 2002; tegelijk met de euro komt er dus ook een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dat het nieuwe wetboek er komt, staat op dit moment min of meer vast, omdat de Kamer eigenlijk wel akkoord is. Het is nu een kwestie van technische implementatie.

Daarnaast bestaat in Nederland nog steeds het streven het IPR in zijn algemeenheid te codificeren, voorzover er nog iets te codificeren overblijft. Als er een verdrag van toepassing is of de EG een verordening vaststelt, blijft er voor de Nederlandse wetgever immers niet veel speelruimte over. Daar waar er echter nog witte plekken zijn, tussen supranationale regelgeving in, wordt in Nederland nog steeds geprobeerd de regels netjes bij elkaar te zetten. Dat zou uiteindelijk moeten resulteren in een Boek 10 van het BW. Daarin wordt dan het IPR geregeld, dat betrekking heeft op de vragen van toepasselijk recht. Ook algemene IPR-bepalingen zouden daarin worden neergelegd, bijvoorbeeld die over het begrip 'openbare orde'. De vraag of een buitenlandse regel van arbeidsrecht in strijd is met onze openbare orde, betreft een algemene regel die ook in Boek 10 BW terecht zal komen. Vragen van procesrecht zouden in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering blijven staan. Daarin wordt dan onder andere een regel opgenomen over erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen, voorzover er geen verdrag is waarin dat al is geregeld. Dan gaat het dus om de vraag of de Nederlandse rechter een vonnis van de New Yorkse 'kantonrechter' moet erkennen en, zo ja, ten uitvoer leggen. Dat zal leiden tot een wijziging van bijvoorbeeld art. 431 Rv. Deze codificatie van het IPR is niet in 2001 of 2002 gereed, dat wordt wel verder weg in de toekomst. Het is een langzaam proces, kleine stukjes wetgeving worden successievelijk bij het parlement ingediend. Voor de arbeidsovereenkomst is deze codificatie uiteindelijk dus ook zijdelings van belang.

3.5 EEX (huidige versie)

Bespreking van de bevoegdheidsregels leidt nogal snel tot een technisch-juridische exercitie. Dat is nu eenmaal zo met IPR, een vakgebied dat zich misschien niet kenmerkt door grootse metafysische gedachten, maar vooral valt te karakteriseren als 'black-letter law'. Het gaat dan ook meestal om de details in het IPR. In dit vak is het dan ook nooit een probleem om een examencasus te verzinnen: verander Duitsland in Frankrijk en een casus ligt weer heel anders; studenten hebben dat nooit door. Of de casus ligt dan helemaal niet anders, maar dan denken zij weer wel dat het anders ligt. Dat is nog leuker natuurlijk.

Het procesrecht in arbeidszaken wordt hier toegespitst op de bevoegdheid van de Nederlandse kantonrechter. Uitgangspunt is de vraag of een zaak in Nederland kan worden aangebracht, omdat de werkgever bijvoorbeeld een ontbinding wil verzoeken of omdat de werknemer een schadeloosstelling wil. Kan hij of zij dan terecht bij de Nederlandse kantonrechter?

Voor deze vragen is het EG-executieverdrag (EEX) dus van belang. Het verdrag dateert van 1968, maar is inmiddels al een aantal malen gewijzigd in verband met de toetreding van nieuwe staten. Tegenwoordig schept het een verband tussen de vijftien EU-lidstaten, waarvoor het verdrag inmiddels in werking is getreden.

Het EEX kent vier aanknopingspunten voor de bevoegdheid van de rechter om kennis te nemen van een geschil over arbeidsovereenkomsten:

* de woonplaats van de verweerder (art. 2 EEX);
* de plaats waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt (art. 5 lid 1, tweede volzin EEX);
* de plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen (art. 5 lid 1, derde volzin EEX);
* forumkeuze door partijen (art. 17 lid 5 EEX).

De hoofdregel is dat de rechter van de woonplaats van de verweerder bevoegd is, aldus art. 2 EEX. Woont de verwerende partij, hetzij de werkgever, hetzij de werknemer, in Nederland dan is de Nederlandse kantonrechter bevoegd. Daarnaast zijn er dan nog drie alternatieve bevoegdheidsregels waaraan de Nederlandse rechter eventueel zijn bevoegdheid zou kunnen ontlenen.

Art. 5 lid 1, tweede volzin EEX houdt in dat de kantonrechter ook bevoegd kan zijn als de verweerder niet in Nederland woont. De

plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, kan een aanknopingspunt voor bevoegdheid opleveren. Als het werk gewoonlijk in Nederland wordt verricht, is de Nederlandse kantonrechter bevoegd. Te denken valt aan de situatie dat er in Nederland arbeid wordt verricht door een werknemer die in dienst is van een Duitse onderneming. Wanneer deze werknemer ontslagen wordt, kan hij een proces aanspannen bij de Nederlandse kantonrechter. Hij zou in beginsel naar Duitsland moeten op grond van art. 2, maar hij kan toch in Nederland terecht op grond van art. 5 lid 1 tweede volzin, omdat de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht.

Art. 5 lid 1, derde volzin bevat een regel voor het geval dat de werknemer de arbeid gewoonlijk niet op één plaats verricht, handelsreizigers bijvoorbeeld. Over het algemeen geldt dan dat de rechter van de plaats van vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, bevoegd is om kennis te nemen van een vordering of verzoek van de werknemer. Als bijvoorbeeld een Duits bedrijf een werknemer in dienst heeft genomen via zijn kantoor in Nederland, zou de Nederlandse kantonrechter nog steeds bevoegd kunnen zijn, op de grond dat de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen in Nederland ligt.

Hier moet overigens worden opgepast voor het verschil tussen EEX en EVEX op dit punt. Het EVEX is een bevoegdheids- en executieverdrag dat voor 95% identiek is aan het EEX, maar dit is dus een van die stukjes van de 5%. Het EVEX heeft op dit punt een iets andersluidende tekst. Het EVEX is – grosso modo – relevant voor de relatie tussen Nederland en een aantal Europese 'buitenbeentjes'. Dat zijn op dit moment Zwitserland, Noorwegen en IJsland, en sinds kort ook Polen.

Art. 17 biedt een beperkte mogelijkheid voor forumkeuze bij geschillen inzake arbeidsovereenkomsten. De forumkeuzemogelijkheid is ter bescherming van werknemers beperkt. Anders zou een werkgever, om ervoor te zorgen dat geschillen niet te snel bij de rechter belanden, in arbeidscontracten kunnen vastleggen dat de rechter in Palermo bevoegd is; Palermo is immers ver weg. Aanvankelijk konden onder het EEX onbeperkt dergelijke overeenkomsten over de bevoegdheid van de rechter worden gesloten, maar daar is inmiddels een stokje voor gestoken via lid 5 van art. 17. Daarin is bepaald dat forumkeuze in beginsel niet mogelijk is bij arbeidsovereenkomsten.

Forumkeuze is in slechts twee situaties toegestaan. De eerste situatie is het geval waarin de overeenkomst over de bevoegde rechter is afgesloten nadat het geschil is ontstaan. Dat wil zeggen: als partijen

eenmaal in een geschil zijn beland, dan mogen ze afspreken waar ze zullen procederen. Daar schuilt de gedachte achter dat op dat moment de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer is verdampt, want dan is duidelijk dat er een geschil is en welk gevolg de keuze heeft. Dan mag partijen ook wel worden toegestaan om te bepalen dat ze niet naar de Nederlandse kantonrechter gaan – omdat die naar hun mening toch niets van het Schotse arbeidsrecht begrijpt – en in plaats daarvan naar Schotland gaan.

De andere situatie betreft een pregeschil forumkeuze, een overeenkomst over de bevoegde rechter die al van vóór het geschil dateert. Dat kan, mits de forumkeuze ertoe leidt dat er rechters bijkomen. Er mag niet ten nadele van de werknemer een rechter van de zaak worden afgehouden, aldus art. 17 lid 5 EEX. Als de strekking van de forumkeuze echter is dat de werknemer er een of meer rechters bij krijgt – bovenop de rechters die bevoegd zijn volgens art. 2 en art. 5 – dan is dat toegestaan. Ook wat dit aangaat is er een verschil met het EVEX. Dat kent alleen de eerste mogelijkheid, de postgeschil forumkeuze. Het EVEX is iets beperkter dan het EEX.

Een voorbeeld van deze situatie is het geval van een werknemer die op grond van art. 2 EEX naar Duitsland moet, en op grond van art. 5 ook in Nederland terechtkan. Als de forumkeuze inhoudt dat de werkgever ook in Brussel kan worden gedagvaard, dan kan dat. Als die forumkeuze zou bepalen dat de werknemer de werkgever niet mag dagvaarden in Nederland, maar alleen in Duitsland, dan hoeft de werknemer zich daar niets van aan te trekken. De Nederlandse rechter is dan toch bevoegd op grond van art. 5 sub 1, omdat de werknemer de arbeid verricht in Nederland.

Dat is, in het kort, het spectrum van de Europese regels. Over deze verdragsbepalingen bestaat wel jurisprudentie van het HvJ EG in Luxemburg, die echter van ondergeschikt belang is. De oudere jurisprudentie is meegenomen bij de wijziging van het EEX, zodat zij over het algemeen inmiddels is gecodificeerd in de zojuist genoemde verdragsartikelen.

3.6 De toekomstige versie van het EEX

De toekomstige versie van het EEX verschilt niet heel sterk van het huidige EEX. De EEX-verordening is vastgesteld op 22 december 2000 en zal in werkingtreden op 1 maart 2002 (Verordening (EG) nr. 44/2001, Pb EG 44 (2001) nr. L12). Het Europees Parlement is zeer

verdeeld over het toekomstige EEX. De controverse draaide overigens niet om de regeling voor de arbeidsovereenkomst, maar om de vraag hoe allerlei internetachtige transacties moeten worden geregeld, bijvoorbeeld een consument die via het internet producten bestelt. Er is druk gesteggeld over de bevoegdheid van de rechter in dergelijke zaken. Daar zit natuurlijk aan de ene kant een internetlobby achter, die wil dat het allemaal vrijheid blijheid blijft, met aan de andere kant consumentenorganisaties die bescherming willen tegen misbruik. Bijvoorbeeld: iemand koopt iets, vervolgens wordt zijn creditcard gedebiteerd, maar naar de producten blijkt hij te kunnen fluiten.

Wat zijn nu de belangrijkste veranderingen?

Er komt in de eerste plaats een regel (art. 18) die de werknemer nog wat extra helpt, namelijk een verruiming van de mogelijkheid om werkgevers van buiten de EU binnen Europa voor de rechter te dagen. Een werkgever die niet in de EU is gevestigd, maar daar wel een filiaal heeft, kan in het land waar dat filiaal is gelegen worden gedagvaard. Stel dat een werknemer in Nederland voor een Amerikaans bedrijf werkt dat een filiaal heeft in Duitsland. In het kader van het nieuwe EEX mag dan gezegd worden dat de werkgever in Duitsland 'woont', en dus kan de werknemer bij de Duitse rechter terecht op grond van art. 2 EEX. Dat is mooi, want op die manier is er via dat filiaal in Europa bijna altijd wel een 'werkgeverswoonplaats' binnen de EU aan te wijzen.

In de tweede plaats wordt er gesleuteld aan de huidige art. 5 en 17 lid 5 EEX. Daarin zal duidelijker dan in de huidige versie worden gedifferentieerd tussen de situatie dat de werkgever de verweerder is en die waarin de werknemer de verweerder is. Deze situaties worden uit elkaar getrokken. De bevoegdheid van de rechter in het geval de werkgever verweerder is zal worden geregeld in art. 19, terwijl art. 20 de bevoegdheid regelt voor het geval de werknemer verweerder is. Het komt erop neer dat er meer rechters bevoegd zijn wanneer de werkgever in rechte betrokken wordt dan wanneer de werknemer zich moet verweren. De werknemer wordt toch gezien als de zwakkere partij, die niet te snel voor een rechter buiten zijn woonplaats gesleept moet kunnen worden.

Met een vordering of verzoek tegen de werkgever kan de werknemer volgens art. 19 terecht:

* in de woonplaats van de verweerder (de hoofdregel van art. 2 EEX);

* in de plaats van arbeidsverrichting (het huidige art. 5 lid 1, tweede zin);
* in de plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, als het gaat om arbeid die op meer dan één plek wordt verricht (het huidige art. 5 lid 1, derde zin).

Als de werkgever het proces start, bijvoorbeeld een ontbindingsverzoek, dan kan hij op grond van art. 20 lid 1 uitsluitend terecht in de woonplaats van de werknemer. Dat is een verschil met het huidige systeem, waar ook de werkgever terechtkan bij de rechter van de plaats van arbeidsverrichting. Deze beperking is bedoeld als bescherming van de werknemer, maar het is de vraag of het ook zo uitpakt. Grensarbeiders die in Duitsland wonen, maar in Nederland werken, kunnen als ze gedaagde zijn bijvoorbeeld alleen nog maar in Duitsland worden aangesproken en niet meer in Nederland.

Dat laat overigens onverlet dat de werkgever in reconventie wel weer terechtkan bij de rechter van de plaats van arbeidsverrichting. Als bijvoorbeeld de werknemer hier in Nederland een proces aanspant, als eiser op grond van art. 19, dan kan de werkgever hier natuurlijk wel in reconventie of, in een verzoekschriftprocedure, in een tegenverzoek terecht. Dat is logisch: de werknemer heeft dan immers de Nederlandse rechter zelf uitgezocht.

Wat de forumkeuze betreft, geldt in het nieuwe EEX eigenlijk hetzelfde als in het huidige art. 17 lid 5. Forumkeuze kan alleen maar – aldus art. 21 – als het om een postgeschil forumkeuze gaat, de forumkeuze die na het geschil tot stand is gekomen. De forumkeuze die extra bevoegdheden creëert, blijft ook toegestaan. Alleen in die gevallen is een forumkeuze in een arbeidsovereenkomst relevant. In andere gevallen wordt hij voor niet geschreven gehouden.

3.7 Nederlands procesrecht - huidige versie

Op het nationale niveau is het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relevant. Deze regeling is van belang wanneer een geval buiten de reikwijdte van het EEX ligt. Zo'n geval zal zich – nu en ook in de toekomst – voordoen als de verwerende partij buiten Europa woont. Er kan worden gedacht aan de situatie dat een Nederlandse werknemer hier woont en werkt in dienst van een Amerikaans bedrijf. Als hij ontslagen wordt en wil procederen, is de vraag of hij bij de Nederlandse rechter terechtkan geen EEX-vraag. De verwerende par-

tij (de werkgever) woont buiten Europa, en in dat geval is het EEX niet van toepassing. De bevoegdheid van de kantonrechter wordt beheerst door het Nederlandse procesrecht.

Het bekende art. 98 lid 2 Rv bepaalt, net als art. 5 EEX, dat de kantonrechter bevoegd is als de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht. Die zojuist genoemde Nederlandse werknemer kan dus inderdaad in Nederland procederen tegen zijn Amerikaanse werkgever, mits hij het werk normaal in Nederland verricht.

Sinds kort is er ook art. 98 lid 3 Rv, dat is ingevoerd bij de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid, ter implementatie van de Detacheringsrichtlijn. Uit deze nieuwe bepaling volgt dat iemand die maar heel tijdelijk in Nederland arbeid verricht, bij de Nederlandse kantonrechter terechtkan, ook al gaat het maar om een zeer korte periode, drie weken bijvoorbeeld. Als er een geschil ontstaat dat te maken heeft met de detachering in Nederland, is de Nederlandse rechter bevoegd. Als deze werknemer gewoonlijk zijn arbeid in België verricht, maar door zijn Belgische werkgever voor een periode van een maand in Nederland wordt gestationeerd, kan hij bij de Nederlandse kantonrechter terecht met een geschil over bijvoorbeeld het minimumloon gedurende die maand.

Helemaal los daarvan is er nog het algemene art. 126 Rv, dat ook bevoegdheid van de Nederlandse rechter kan opleveren. Deze bepaling is op grond van art. 97 lid 2 Rv ook van toepassing op de kantongerechtsprocedure. Als de eiser zijn woonplaats in Nederland heeft, is dat voldoende voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, zie art. 126 lid 3 Rv. De Nederlandse werknemer die in Nederland woont en in Duitsland werkt voor een Amerikaanse werkgever, kan dus in Nederland procederen. Er wordt hier weliswaar geen arbeid verricht en ook de gedaagde is niet hier maar in Amerika gevestigd, maar toch kan er in Nederland worden geprocedeerd op grond van de woonplaats van de eiser in Nederland. Deze basis voor bevoegdheid verdwijnt overigens in de toekomst.

Forumkeuze is niet uitdrukkelijk in de wet geregeld, maar is in beginsel door de Hoge Raad aanvaard. Art. 100 Rv beperkt de mogelijkheid van forumkeuze in kantongerechtszaken echter. Deze bepaling over de relatieve competentie van de kantonrechter moet volgens de Hoge Raad ook als een internationale regel worden opgevat, opdat de kantonrechter niet buitenspel kan worden gezet door partijen door middel van een contractueel beding. Zo'n beding is weer wel toegelaten wanneer het is gesloten nadat het geschil is ontstaan. De nationale regeling lijkt dus wel op art. 17 lid 5 EEX.

3.8 Nederlands procesrecht - toekomstige versie

Het nieuwe procesrecht, zoals dat is neergelegd in wetsvoorstel 26 855, zal waarschijnlijk op 1 januari 2002 worden ingevoerd. Dit wetsvoorstel brengt niet veel nieuws voor het nationale IPR. Art. 1.1.5 bepaalt dat de Nederlandse kantonrechter bevoegd is als de arbeid wordt verricht in Nederland; dat is dus eigenlijk een voortzetting van het huidige recht. Het nieuwe art. 1.1.7 gaat een regel bevatten over de forumkeuze, die bijna analoog is aan het EEX. Het derde lid van art. 1.1.7 belet dat de kantonrechter buitenspel wordt gezet bij arbeidsgeschillen, terwijl het vierde lid daar dan weer de twee bekende uitzonderingen op bevat: forumkeuze is wel mogelijk wanneer deze wordt gedaan nadat het geschil is ontstaan, of wanneer deze bedoeld is om extra bevoegde rechters te creëren. Een voorbeeld daarvan is het beding dat niet de strekking heeft de Nederlandse rechter buitenspel te zetten, maar naast de Nederlandse rechter ook nog een andere rechter bevoegd maakt. Als dat de rechter in New York is, mag de werknemer kiezen of hij naar de rechter in Nederland of New York gaat. Het simpelweg buitenspel zetten van de Nederlandse kantonrechter, als die bevoegd is op grond van art. 1.1.5, is echter niet toegestaan.

Op dit punt zijn er dus geen schokkende wijzigingen. Wel komt er een in zekere zin andere terminologie, en verandert ook de vindplaats van deze regels. Wat wel gaat verdwijnen is het huidige art. 126 lid 3 Rv, de bevoegdheid van de Nederlandse rechter op grond van de woonplaats van de eiser. Een in Nederland wonende Nederlandse werknemer die in Duitsland werkt, en wil procederen tegen zijn Amerikaanse werkgever, zal hier volgens de nieuwe wet in beginsel niet langer terechtkunnen.

3.9 EVO - huidige versie

Wanneer met behulp van het EEX of het nationale IPR is vastgesteld dat de kantonrechter bevoegd is, komt de vraag aan de orde welk arbeidsrecht hij moet toepassen. Dat is niet geregeld in het EEX, dat gaat over bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging. Voor deze vraag komt men dus terecht bij een ander verdrag, het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, meestal kortweg aangeduid als het EVO.

Daaraan moet ik misschien wel toevoegen dat dit verdrag een universele reikwijdte heeft, want dat geeft in de praktijk altijd verwar-

ring. Het EVO is gesloten tussen dezelfde vijftien EU-lidstaten als het EEX, maar het verschil is dat het EVO van toepassing is in alle gevallen, die bij een rechter in Europa belanden (art. 2 EVO). Het EEX is alleen van toepassing als de verweerder in een van de lidstaten woont. Als de Amsterdamse Kantonrechter wordt benaderd met een zaak die speelt tussen een Amerikaanse werkgever en een Canadese werknemer die zijn arbeid verricht in Brazilië, wordt de bevoegdheid van de rechter niet door het EEX bepaald, maar door het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Gesteld dat de Amsterdamse Kantonrechter bevoegd is op grond van het nationale IPR, dan moet hij wel het EVO toepassen om vast te stellen welk recht van toepassing is. Dat wordt bedoeld met universele reikwijdte. Het EVO bepaalt in art. 2 dat alle internationale gevallen die belanden bij een rechter van een verdragstaat waarin moet worden beslist welk recht van toepassing is, aan de hand van dat EVO moeten worden behandeld. Het verdrag is dus niet alleen van belang in Europese gevallen, het moet eigenlijk altijd worden toegepast. Er is daarom naast het EVO geen ruimte voor ander IPR.

Over arbeidsovereenkomsten kent het EVO twee regels: art. 6 lid 1 en art. 6 lid 2 EVO. Het beste kan worden begonnen bij art. 6 lid 2, de regel die geldt als partijen zelf geen toepasselijk recht hebben gekozen. In dat geval is er een drietrapsregel van toepassing, die sterk lijkt op de bevoegdheidsregel van art. 5 EEX, namelijk:

* het recht van de plaats waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt, is van toepassing (art. 6 lid 2 sub a);
* het recht van de plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen, is van toepassing, in het geval iemand in meer dan één land werkzaam is (art. 6 lid 2 sub b).

Aan deze twee regels zit een open einde, omdat de derde regel van art. 6 lid 2 de eerste twee regels kan corrigeren. In art. 6 lid 2, slot is bepaald dat de omstandigheden van het geval een ander recht kunnen aanwijzen, als op grond van die omstandigheden moet worden geconstateerd dat de overeenkomst nauwer met het recht van een ander land is verbonden. Zo'n bepaling is natuurlijk heerlijk voor advocaten want die kunnen altijd beweren dat weliswaar art. 6 lid 2a of art. 6 lid 2b in de richting van recht X, Y of Z wijst, maar dat het voorliggende geval toch meer verbonden is met een ander rechtsstelsel. Een advocaat zou dus kunnen aanvoeren dat, mits alle omstandigheden in een hoge hoed worden gegooid en een beetje worden geroerd met wat redelijkheid en billijkheid erbij, in zijn geval toch

Braziliaans recht van toepassing is, en dat naar Braziliaans recht, heel toevallig, werkgevers iemand zomaar kunnen ontslaan, zonder enige schadeloosstelling. Nu zou dat een wel heel extreem pleidooi zijn, maar op zich zouden allerlei omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn: de plaats waar de arbeidsovereenkomst is gesloten, de nationaliteit van partijen en al of niet impliciete verwijzingen naar een bepaald rechtsstelsel in een bepaald contract. Dat zou allemaal kunnen meewegen.

Daarbij mag de realiteit overigens niet uit het oog worden verloren; het is niet waarschijnlijk dat alle uitkomsten mogelijk worden door de correctieregel toe te passen. De eerste twee regels zijn bedoeld als 'hard and fast rules', die niet al te gemakkelijk opzij mogen worden gezet. Er is over de uitleg van art. 6 EVO nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie, dat nog niet bevoegd is om over het verdrag te oordelen. Het staat dus nog niet precies vast hoe art. 6 lid 2 moet worden gelezen. Naar mijn mening zijn de eerste twee regels bedoeld als 'starre' regels, die niet al te gemakkelijk opzij mogen worden gezet op grond van allerlei secundaire omstandigheden.

De procedure is altijd als volgt: eerst moet worden bekeken welk recht van toepassing is als partijen niets hebben bepaald. Daarna kan een eventuele clausule in de arbeidsovereenkomst, waarin staat dat partijen kiezen voor het recht van land A, B of C, worden bekeken.

In negen van de tien gevallen zal in zo'n clausule het recht zijn gekozen van het land waar de werkgever is gevestigd. Het klassieke voorbeeld: de werknemer werkt en woont in Nederland, de werkgever is een New Yorkse onderneming, en in het arbeidscontract is gekozen voor New Yorks recht. Deze werkgever heeft de rechtskeuze opgenomen in het contract, omdat New York een soepeler ontslagstelsel kent dan Nederland, dat is althans mijn hypothese. De vraag is of dat kan. Het antwoord daarop is niet ja, en ook niet nee, want het is – voor juristen gebruikelijk – een beetje mogelijk.

Bij de beantwoording van de vraag of een rechtskeuze is toegelaten, moet onderscheid worden gemaakt tussen dwingend en regelend recht. Een rechtskeuze voor een bepaald ander rechtsstelsel dan het stelsel dat van toepassing is op grond van art. 6 lid 2, is in beginsel mogelijk. Deze rechtskeuze zet echter slechts het regelende recht van het volgens art. 6 lid 2 objectief toepasselijke arbeidsrecht opzij. Al het dwingende arbeidsrecht – en in mijn visie gaat het dan uitsluitend om het dwingende arbeidsovereenkomstenrecht – blijft van toepassing. Toegepast op het zojuist genoemde voorbeeld, blijkt dus dat het op grond van art. 6 lid 1 mogelijk is voor New Yorks recht te kiezen,

ook al zou zonder rechtskeuze Nederlands recht van toepassing zijn geweest. Dat betekent echter alleen dat het regelend Nederlands arbeidsovereenkomstenrecht wordt vervangen door New Yorks recht. Het dwingende Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht uit het BW blijft van toepassing. De gedachte achter art. 6 is dat de werknemer door een rechtskeuze eigenlijk niet aan bescherming mag verliezen die hij geniet op grond van het objectief toepasselijk recht.

Nu bestaat er nog wel wat onduidelijkheid over de uitleg van art. 6 EVO, ook in de literatuur, en een gezaghebbende rechterlijke uitspraak ontbreekt nog.

Een van de controverses is hoe art. 6 moet worden toegepast als het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer dan het objectief toepasselijke recht. Het gaat dan onder andere om de oplossing van het zojuist genoemde probleem van de Nederlandse werknemer die in Nederland werkt voor een New Yorkse werkgever, waarbij in het contract is bepaald dat New Yorks recht van toepassing is. Moet art. 6 lid 1 nu zo worden gelezen dat het dwingende Nederlandse recht altijd van toepassing is, ook als het New Yorkse recht in een bepaald geval gunstiger is voor de werknemer? Nu was de hypothese dat Nederlands ontslagrecht gunstiger zou zijn, maar het kan natuurlijk heel wel voorkomen dat het gekozen recht gunstiger is voor de werknemer dan het objectief toepasselijke recht. Wat geldt er dan: het gekozen recht of het dwingende objectief toepasselijke recht?

Veel schrijvers zijn van mening dat het objectief toepasselijke recht en de dwingende bepalingen daarvan zich altijd doorzetten, ook als het gekozen recht toevallig gunstiger blijkt te zijn. Dat is volgens hen ook noodzakelijk om art. 6 lid 1 praktisch toepasbaar te houden. Als wel zou worden toegestaan dat het gunstigere recht prevaleert, moet de kantonrechter de gecompliceerde afweging maken welk recht nu gunstiger is; is dat het Nederlandse arbeidsrecht of toch het New Yorkse recht? Daarbij is dan een probleem hoe deze stelsels moeten worden vergeleken. Wat is bijvoorbeeld gunstiger als in Nederland de opzegtermijn toevallig drie maanden is en in New York twee maanden en een week, maar de werknemer in dat laatste geval wel meer geld meekrijgt bij het einde van het contract? Die problemen, zeggen sommigen, moeten wij niet aan de rechters overlaten, daar komen ze nooit uit. In deze casus is gewoon het recht van Nederland van toepassing, voorzover het dwingend is. Alleen het regelende recht wordt vervangen door New Yorks recht, zelfs als dat toevallig veel gunstiger is voor de werknemer, de zwakkere partij.

Uit de presentatie van deze opvatting valt misschien wel af te leiden dat ik behoor tot een andere school, die ervan uitgaat dat de

werknemer zich op het gekozen recht mag beroepen als dat gunstiger is, omdat art. 6 juist is geschreven ter bescherming van de zwakkere partij. Ik ga zelfs nog een stap verder dan de meeste mensen uit deze tweede school. Naar mijn mening mag de werknemer de vergelijking wat gunstiger is in zekere zin ook regel-voor-regel doen. De werknemer uit de casus zou zich dus op het Nederlandse ontslagrecht mogen beroepen, want doordat hij in Nederland werkt, zou zonder rechtskeuze Nederlands recht van toepassing zijn. Hij kiest voor het ontslagrecht van Nederland omdat dat strenger is dan het New Yorkse: er geldt naar Nederlands recht bijvoorbeeld een opzegtermijn van een half jaar en bovendien krijgt hij op grond daarvan een flinke zak met duiten mee. Als er in New York wel meer vakantie is, kan hij kiezen voor het Nederlandse ontslagrecht en het New Yorkse vakantierecht. De werkgever heeft per slot van rekening dat contract met de rechtskeuze neergelegd, en de werknemer moest dat gewoon tekenen. Als de werkgever wil dat het New Yorkse recht wordt toegepast, kan de werknemer zich, voorzover hem dat niet zint, beroepen op art. 6 lid 1 EVO. Het dwingende Nederlandse recht blijft dan van toepassing. Anderzijds kan hij zich beroepen op het gekozen recht voorzover dat gunstiger is. Er zitten echter beperkingen aan de rechtskeuze regel-voor-regel, dat moet ik wel toegeven. De werknemer mag zich bijvoorbeeld niet op de Nederlandse opzegtermijn van een halfjaar beroepen, en tegelijkertijd de New Yorkse schadevergoeding van een miljoen eisen. Deze twee onderwerpen zijn natuurlijk te sterk aan elkaar gekoppeld. In het ene stelsel is alleen ontslag op een bepaalde termijn mogelijk, maar dan krijgt de werknemer minder geld mee na afloop van het contract. In het andere stelsel krijgt de werknemer wel veel geld, maar dan moet hij ook meteen zijn bureau uitruimen als de werkgever van hem af wil. Tussen vakantierechten en ontslagbescherming bestaat er mijns inziens geen hecht verband; ik zie daarom niet in waarom een werknemer niet zou mogen kiezen voor de combinatie die hem het meeste zint.

De klassieke tegenwerping dat die keuzevrijheid tot een voor kantonrechters onoverzichtelijke janboel leidt, valt bovendien te weerleggen. In de praktijk zal de advocaat van de werknemer komen met een 'pakket' dat hij wil hebben. De rechter – of de werkgever – hoeft alleen maar te verifiëren of dat pakket overeenstemt met het Nederlandse recht voorzover dat dwingend is, en voor het overige met het gekozen recht. Vervolgens hoeft niet nog eens te worden nagegaan wat er nu precies het gunstigst is; dat heeft de werknemer of zijn advocaat al gedaan. Dat rechtskeuze regel-voor-regel te moeilijk zou zijn, vind ik een betrekkelijk slechte tegenwerping die on-

voldoende rekening houdt met het werk van rechtshulpverleners in de praktijk.

Een andere controverse betreft de verhouding tussen art. 6 en art. 7 EVO. Art. 6 gaat over het arbeidsovereenkomstenrecht en bepaalt dat van dwingende regels niet afgeweken kan worden door middel van een rechtskeuze. Art. 7 EVO bepaalt dat zogenaamde voorrangsregels altijd moeten worden toegepast. Het gaat hier om semi-publiekrechtelijke voorschriften. Een concreet voorbeeld is het ontslagverbod van het BBA. Dat is niet een regel van arbeidsovereenkomstenrecht, maar een regel van meer publiekrechtelijke aard. De vraag is nu of moet worden aangenomen dat het BBA in internationale gevallen zijn eigen autonome reikwijdte heeft, en dan eventueel via art. 7 doorwerkt, of dat het BBA al is ingebakken in art. 6. De vraag is, met andere woorden, of het BBA alleen van toepassing is als art. 6 naar Nederlands recht verwijst. Of moet worden uitgegaan van de eigen autonome reikwijdte van het BBA? De Hoge Raad heeft altijd aangenomen dat het BBA een eigen autonome reikwijdte heeft, in verschillende arresten van 1953 tot 1991.

Daar kan tegenin worden gebracht dat deze rechtspraak van vóór de inwerkingtreding van het EVO dateert. En dat verdrag bepaalt nu eenmaal dat het arbeidsrecht wordt geregeerd door art. 6. Voor mij blijft de vraag of het BBA moet worden gerangschikt onder art. 6 of art. 7. Ik ben geneigd vast te houden aan de bestaande jurisprudentie, zolang het BBA er nog is. Het BBA kent zijn eigen internationale reikwijdte en is van toepassing zodra ten tijde van ontslag redelijkerwijs verwacht mag worden dat de werknemer zal terugvallen op de Nederlandse arbeidsmarkt. Ook als het contract voor de rest beheerst wordt door New Yorks recht, lijkt het BBA me in dat geval van toepassing. Naar mijn mening moet het BBA dus onder art. 7 worden gerangschikt en moet er zoveel mogelijk worden aangesloten bij zijn huidige in de jurisprudentie redelijk ontwikkelde autonome reikwijdte. Overigens valt ook voor het tegengestelde standpunt iets te zeggen, zeker als het BBA wordt opgevat als een gewone regel van ontslagrecht. Dan is het logisch het spoor van art. 6 te volgen. De Hoge Raad heeft zich in ieder geval nog niet over het BBA hoeven uitlaten na de inwerkingtreding van het EVO.

3.10 Nederlands nationaal IPR

Na de bespreking van het Europese IPR over toepasselijk recht, komt de vraag aan bod of er nog iets op nationaal niveau geregeld is. Aangezien het EVO in ieder internationaal geval dat de Nederlandse rechter moet beslechten, van toepassing is, kan dat nooit veel zijn. Naast het EVO is er één nationale regeling van belang, de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA). Daarbij kan erover geaarzeld worden of dat wel een nationale regeling is, of eigenlijk toch een Europese regeling. De wet dient immers ter implementatie van de Detacheringsrichtlijn en eigenlijk is het dus nog steeds Europees IPR. Wel heeft deze wet na een uitvoerig debat in de Kamer een iets ruimer materieel bereik gekregen dan strikt genomen nodig was op grond van de richtlijn. De richtlijn is geënt op de bouwsector en ziet dus op het detacheren van bouwvakkers in Nederland of in een ander land. Sommige bepalingen van de WAGA zijn echter op iedere detachering van toepassing, bijvoorbeeld ook op de stationering van computerexperts in Nederland voor een computerprogramma bij de ING-bank in het kader van de invoering van de euro. Het ingewikkelde van deze wet is dat zij een gedifferentieerde werkingssfeer heeft. Voor het merendeel geldt de wet alleen voor de bouwsector, met name wanneer het gaat om de toepasselijkheid van Nederlandse CAO-bepalingen op gedetacheerde werknemers (art. 2 lid 7 Wet AVV). Andere bepalingen, en dan gaat het met name om bepalingen over minimumloon, vakantie en zwangerschap, zijn volgens de WAGA van toepassing op iedere vorm van detachering in Nederland. Iedereen die hier tijdelijk werkt, kan deze rechten inroepen.

Zoals gezegd, de WAGA bevat voor een deel Nederlands, nationaal IPR, en dat leidt tot interessante vragen. Een belangrijke vraag is of de Nederlandse wetgeving wel verder mag gaan dan de richtlijn, dan wel aldus in strijd komt met de richtlijn en het EVO. Handelt de Nederlandse wetgever dan bovendien niet in strijd met het vrij verkeer van personen en diensten? Daar gaat het om bij de Detacheringsrichtlijn: aan de ene kant vrij verkeer van detacheringsbedrijven, waarbij aan de andere kant concurrentievervalsing moet worden voorkomen. De richtlijn is er niet zozeer gekomen uit vrees dat de bescherming van gedetacheerde werknemers tekortschoot, maar omdat men bang was dat er werknemers zouden worden gedetacheerd vanuit Polen of een ander land met lage lonen en er zo dus valse concurrentie zou plaatsvinden.

Een tweede vraag is waarom de Detacheringsrichtlijn nodig was naast art. 6 EVO. Art. 6 lid 2 sub a bepaalt dat het recht van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, van toepassing is. Dit artikel gaat er dus van uit dat als iemand normaliter in Polen werkt, Pools recht van toepassing is, ook als hij tijdelijk in Nederland tewerk wordt gesteld. Als deze werknemer een maand hier werkt, laat dat de gelding van Pools recht onverlet. Dat werd gezien als 'gat' in het EVO, en dat heeft men willen repareren met de richtlijn over detachering.

Op grond van die richtlijn moet in dergelijke casus nu worden gezegd dat in principe Pools recht van toepassing blijft, maar voor bepaalde arbeidsvoorwaarden (minimumloon, vakantiedagen, ontslagverbod bij zwangerschap) Nederlands recht van toepassing wordt. Er is dus toch een stukje IPR op nationaal niveau, ter uitvoering van die Detacheringsrichtlijn. Het ingewikkelde van de WAGA is dat in een concreet geval moet worden bekeken of het in de bouwsector speelt of niet, omdat al naar gelang daarvan verschillende regels gelden.

Een andere verandering als gevolg van de WAGA is, als gezegd, dat de kantonrechter in Nederland bevoegd is inzake geschillen die voortvloeien uit deze wet. Het kan dan ook gaan om geschillen over de toepassing van een CAO, zelfs als een werknemer maar heel kort in Nederland heeft gewerkt. Of deze bevoegdheidsbepaling nu veel praktische betekenis zal hebben, weet ik overigens niet. Ik kan mij voorstellen dat werknemers die voor korte tijd hier werken al lang weer terug zijn in eigen land, voordat zij hun geschil met de werkgever aan de rechter kunnen voorleggen. Het is misschien wel erg optimistisch om ervan uit te gaan dat zij dan nog voor de Nederlandse rechter zouden willen procederen, ook al heeft deze wel rechtsmacht.

3.11 Toekomstverwachting

De laatste vraag is of er nog meer (nieuw) IPR op ons afkomt. Naar mijn verwachting is dat het geval, hoewel zoiets natuurlijk nooit goed te voorspellen valt. Gegeven de ruime bevoegdheden die er nu zijn voor de Brusselse instellingen om IPR-regels vast te stellen over de volle breedte van het vakgebied, inclusief het arbeidsrecht, kan ik mij echter heel goed voorstellen dat zij allerlei nu nog ongereguleerde sectoren gaan aanpakken.

Te denken valt aan een sector als de oliewinning op de booreilanden op het continentaal plat. Nu zou nog beweerd kunnen worden dat

het daar enigszins het 'wilde Westen' is. Het kan wel zijn dat mensen daar zo goed verdienen, dat ze het allemaal wel best vinden en tevreden zijn met hun positie. Wie zich laat uitzenden naar booreilanden, kan immers goed geld verdienen. Het is anderzijds wel een sector waar op dit moment onduidelijkheid bestaat welk recht van toepassing is.

Nederland heeft dan wel de Wet arbeid mijnbouw Noordzee, maar dat is een zeer beperkte wet. De wet kent een aantal rechten toe aan werknemers. Bepaalde rechten hebben ze wel, maar boven dat absolute minimum blijft veel ongeregeld. Deze wet lijkt een compromisje tussen de ministeries van Sociale Zaken en Economische Zaken. Oliewinning mag niet te onaantrekkelijk worden gemaakt met strenge normen over arbeidsvoorwaarden, opdat er cijnzen blijven binnenvloeien in de Nederlandse staatskas. Uiteraard moeten de werknemers wel enige minimumbescherming krijgen. Het resultaat is typisch Nederlands: de dominee en de koopman in één wet verenigd.

Het is voorstelbaar dat op een gegeven moment in Brussel gezegd wordt dat het op de Noordzee al te gek wordt, en dat het hoog tijd wordt de zaak juridisch dicht te timmeren. Er zou dan een verordening of richtlijn over werken op het continentaal plat kunnen komen, inclusief een IPR-regeling, net als in de Detacheringsrichtlijn is gebeurd.

Een andere sector die in de Detacheringsrichtlijn niet is meegenomen, is de zeevaart. Dat is ook zo'n sector waarvan vaak gezegd wordt dat hij vooral wel moet kunnen blijven concurreren met Panama en de Filippijnen. Als daar minimumlonen zouden worden opgelegd, is de Europese vloot helemaal ten dode opschreven, zo zegt men. Europese regels zouden er anderzijds wel voor kunnen zorgen dat de valse concurrentie binnen Europa wordt beperkt.

Ik denk dat het wel eens zou kunnen zijn dat men in Brussel de smaak te pakken krijgt en steeds vaker gaat zeggen dat het EVO te globaal is en dat er voor bepaalde sectoren toch gedetailleerdere regels moeten worden vastgelegd.

Een andere verandering die op komst is, betreft de positie van het Hof van Justitie. Nu is het zo dat de appèlrechters (in arbeidsgeschillen: de rechtbanken; in gewone civiele zaken: de hoven) en de Hoge Raad prejudiciële vragen kunnen stellen over het EEX. In de toekomst wordt deze mogelijkheid beperkt tot de Hoge Raad. Dat betekent waarschijnlijk dat de positie van het Hof minder belangrijk zal worden. Nu is er veel jurisprudentie over het EEX en deze is van grote betekenis. Tegelijkertijd neem ik aan dat het Hof van Justitie

door zal gaan in de lijn van deze jurisprudentie, als zich toch een geval voordoet waar het zich moet uitlaten over de uitleg van het EEX. Het Hof zal, zoals het tot nu steeds heeft gedaan, sterk benadrukken dat het EEX is geschreven – en moet worden geïnterpreteerd – in de sleutel van de bescherming van de zwakke partij, de werknemer. Dat zal waarschijnlijk ook gelden voor de uitleg van het EVO. De verdragsregels zullen steeds zo worden geïnterpreteerd dat deze maximale bescherming bieden aan de werknemer. Ook al is het de vraag of de werknemer vandaag de dag altijd de zwakkere partij is, deze interpretatie ligt toch het meest in de lijn van de bestaande jurisprudentie.

Mijn laatste opmerking over de toekomstige ontwikkelingen is dat het Haagse forum als bron van wettelijke regels en van een jurisprudentierecht van ondergeschikt belang wordt, omdat er zoveel meer uit Brussel en eventueel Luxemburg op ons af gaat komen. De speelruimte voor de wetgever in Den Haag wordt beperkt, omdat de meeste regels in Brussel zullen worden bekokstoofd. De Nederlandse wetgever mag de implementatie van Europese regels soms nog op zich nemen, en mag de buiten-Europese gevallen regelen. Deze laatste gevallen zijn kwantitatief vanzelfsprekend minder belangrijk. Ook de Hoge Raad, eerbiedwaardig als hij is, zal voor het IPR niet veel meer zijn dan een doorgeefluik. Zodra er een vraag van Europees recht aan de orde is, moet hij ofwel zeggen dat het antwoord duidelijk uit vorige uitspraken van het Hof in Luxemburg valt af te leiden, ofwel dat er geen duidelijkheid is, in welk geval de zaak moet worden doorgestuurd naar Luxemburg. De Nederlandse instanties krijgen misschien niet minder werk, maar wel minder belangrijk werk.

3.12 Literatuur

A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers. Een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn* (diss. UvA), Den Haag: Sdu 2000.

C.M.E.P van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000.

M.V. Polak, 'Ongelijkheidscompensatie bij grensoverschrijdende arbeidsovereenkomsten', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (liber amicorum voor prof. mr. M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997, p. 229-240.

M.V. Polak, 'Brussel, Lugano, Rome, Den Haag of toch weer Brussel? De voortschrijdende europeanisering van het internationaal privaatrecht met betrekking tot individuele arbeidsverhoudingen', *SMA* 2000, p. 346-353.

Discussieverslag

EVO

Een vraag uit de zaal luidt hoe het zit met arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten voordat het Europees Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO)[3] – dat immers van relatief recente datum is – in werking is getreden. Geldt het verdrag daar ook voor?

Polak antwoordt dat het EVO strikt genomen niet van toepassing is op arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten vóór september 1991, toen het verdrag voor Nederland van kracht werd. Art. 17 EVO bepaalt dat ook met zoveel woorden; voor 'oude' contracten geldt 'oud' recht. Zeker bij arbeidsovereenkomsten is het goed mogelijk dat er vrij veel contracten zullen zijn die reeds bestonden toen het EVO in werking trad. Tegen deze strikte interpretatie zou misschien wel in kunnen worden gebracht dat het EVO al in 1980 bekendgemaakt was. De verdragsregels zijn door de Hoge Raad vaak ook anticiperend toegepast, voor de formele datum van inwerkingtreding. Wanneer er bijvoorbeeld in 1988 een arbeidsovereenkomst is gesloten, kan mogelijk betoogd worden dat partijen hadden kunnen en moeten weten wat het EVO inhield, en is het eventueel denkbaar dat zij in die overeenkomst niet om dwingende EVO-bepalingen heen konden gaan. Het is echter lang niet zeker of deze redenering in de praktijk ook opgaat. Er is in beginsel gewoon de duidelijke hoofdregel van art. 17 EVO.

De vraag of het EVO van toepassing is, is met name van belang als er een rechtskeuze is gemaakt. In andere gevallen maakt het niet zo vreselijk veel verschil of het verdrag van toepassing is of niet. Is er geen rechtskeuze gemaakt, dan zal bijvoorbeeld ook volgens het oude recht gekeken moeten worden naar het recht van het land waar

3 Verdrag van 19 juni 1980, *Trb.* 1980, 156.

de arbeid gewoonlijk werd verricht. Het oude recht en art. 6 EVO gaan hier dus gelijk op.[4]

Een vraag uit de zaal hangt samen met art. 6 EVO, waarin is bepaald dat dwingende regels, die zonder rechtskeuze op de arbeidsovereenkomst van toepassing zouden zijn geweest, niet door rechtskeuze opzijgezet kunnen worden. Valt het driekwart dwingende recht in dat verband ook als dwingend recht aan te merken?

Polak antwoordt dat het driekwart dwingende recht een typisch arbeidsrechtelijke complicatie vormt. Bij het opstellen van het EVO is deze materie niet expliciet geregeld. Het lijkt echter aannemelijk, dat alle regels waarvan partijen niet zelf kunnen afwijken in hun individuele arbeidsovereenkomst, als dwingend recht kunnen worden gezien. Ook driekwart dwingend recht valt dus niet door rechtskeuze opzij te zetten. Een andere kwestie is de vraag in hoeverre afwijking van driekwart dwingende regels mogelijk is op grond van een 'buitenlandse' CAO. Het is mogelijk dat er door de rechtskeuze een buitenlandse CAO van toepassing is, mits de werknemer en diens werkzaamheden onder de werkingssfeer daarvan vallen. Volgens Polak zou in dat geval in die CAO afgeweken mogen worden van de Nederlandse hoofdregel. Intern, in een puur Nederlandse casus, mag immers ook ten nadele van werknemers van driekwart dwingende regels worden afgeweken op grond van een toepasselijke Nederlandse CAO.

Een vraag is vervolgens hoe ruim het begrip 'plaats waar de arbeid gewoonlijk verricht wordt' moet worden uitgelegd.

Polak geeft aan dat dit begrip in het algemeen nogal ruim wordt uitgelegd. Wanneer er een 'centrum' valt aan te wijzen van waaruit de werknemer zijn werk verricht, dan is dat als de plaats aan te merken waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. Hij geeft als voorbeeld een geval waarin de werknemer regelmatig in verschillende landen werkt; dan weer eens een weekje in België, dan weer eens een maand in Duitsland, maar telkens keert hij weer in Nederland terug. Nederland kan in dat geval als plaats van gewoonlijke arbeidsverrichting worden aangemerkt. De arbeidsrechtelijke bescherming van

4 HR 8 juni 1973, *NJ* 1973, 400 (*Mackay II*).

het 'centrum' geldt dan voor de werknemer, zoals ook valt af te leiden uit het *Rutten*-arrest.[5]

Tussen de regels uit art. 6 lid 2 EVO, en overigens ook tussen die uit art. 5 sub 1 EEX, bestaat een zekere hiërarchie; pas als er geen vaste plaats is waar de werknemer zijn arbeid gewoonlijk verricht, komt het criterium 'plaats van de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen' aan de orde.

Een vraag uit de zaal is wat onder semi-publiekrecht (art. 7 EVO) moet worden verstaan.

Polak legt uit dat semi-publiekrecht geen wettelijke term is. Deze term is afkomstig van Strikwerda. Art. 7 EVO spreekt van 'bepalingen van bijzonder dwingend recht'. Daarmee werd oorspronkelijk gedoeld op regels, zoals die met betrekking tot in- en uitvoer van deviezen. Bepalingen over arbeidsomstandigheden en arbeidshygiëne kunnen er echter ook onder worden geschaard. Het BBA valt er misschien eveneens onder. Het verdrag zelf bepaalt niet wat wel, en wat niet onder dit begrip moet worden verstaan.

De Laat (kantonrechter te Utrecht) vraagt hoe er moet worden omgegaan met 'rechterlijke vrijheid', en de dwingende bepalingen, die ondanks rechtskeuze van kracht blijven tussen partijen. Het probleem kan zich voordoen bij matiging van loonvorderingen na een vernietigde opzegging. Het BBA kent bijvoorbeeld de zware sanctie van de vernietigbaarheid van de opzegging zonder toestemming van de RDA. Inroeping ervan heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst doorloopt en dat kan soms tot een hoge loonvordering leiden. De rechter kan een loonvordering wel matigen, maar deze bevoegdheid heeft een ondergrens van drie maandsalarissen of de opzegtermijn.[6] Wat nu, als er in een arbeidsovereenkomst een rechtskeuze is gemaakt voor, bijvoorbeeld, New Yorks recht, dat niet die nietigheid kent, maar waarin misschien wel een langere termijn dan drie maanden geldt?

Polak antwoordt dat er over zulke kwesties nog geen rechtspraak is. Als volgens het stramien van art. 7 EVO wordt geredeneerd, moet – omdat het ontslag vernietigbaar is op grond van het BBA – worden aangenomen dat ook naar New Yorks recht de arbeidsovereenkomst doorloopt. Wat de termijn betreft, moet dan toch maar de New Yorkse

5 HvJ EG 9 januari 1997, *NJ* 1997, 717 (*Rutten/Cross Medical*).

6 Art. 7:680a BW. Vgl. HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 207 (*Swaen/Van Hees*).

regel worden toegepast bij de invulling van de matiging, als dat gunstiger is voor de werknemer.

Staal (kantonrechter te Utrecht) merkt op dat de vrijheid van de Nederlandse rechter in dat geval via toepassing van New Yorks recht wordt ingeperkt. De vraag is ook hoe de rechter moet bepalen welk recht gunstiger is, en hoe moet worden bepaald wat dat recht precies inhoudt.

Polak meent dat de rechter de partij die zich op een ander recht beroept om hulp kan vragen, om zo vast te kunnen stellen wat dat recht inhoudt. Verder is het zo dat een werknemer niet lukraak mag 'knippen en plakken' uit de verschillende rechtsstelsels; 'dépeçage' is niet toegestaan, zodat iemand zich bijvoorbeeld niet op de nietigheid van het ene recht en op de schadeloosstelling van het andere recht kan beroepen. In die zin is ontslagrecht te zeer één geheel, waaruit werknemers niet naar eigen inzicht wat leuke elementen kunnen selecteren. Dat ligt weer anders als het gaat om niet direct verwante onderwerpen, zoals ontslagbepalingen en vakantierechten. Nu neemt de Nederlandse rechter in het algemeen aan dat het Nederlandse recht gunstiger is voor de werknemer, en daarom zal er slechts in weinig gevallen een beroep worden gedaan op gunstigere buitenlandse bepalingen. Voor werknemers met een hogere functie is het echter zeker voorstelbaar dat een bepaald buitenlands stelsel op onderdelen gunstiger uitpakt. Stel nu, dat volgens New Yorks recht een werknemer binnen een dag, bij wijze van spreken de tijd die hij nodig heeft om zijn bureau op te ruimen, ontslagen kan worden, maar dat daar wel zeer hoge ontslagvergoedingen mogelijk zijn, terwijl het Nederlandse recht in vergelijking daarmee juist lange opzegtermijnen en lage vergoedingen kent. Er zal dan een keuze moeten worden gemaakt: óf een korte termijn met een hoge vergoeding, óf een lange termijn met een lage vergoeding.

De Laat voegt daaraan toe dat buitenlandse stelsels in het algemeen niet met nietigheden werken, maar soms wel hogere ontslagvergoedingen kennen.

Staal vraagt zich af of de Nederlandse rechter vaak de mist in gaat met het EVO, bijvoorbeeld doordat deze art. 2 EVO vergeet toe te passen.

Polak meent dat het erg meevalt, zeker als bedacht wordt dat zulke internationale kwesties voor de meeste rechters geen dagelijkse kost zullen vormen. In de rechtspraak wordt het EVO over het algemeen goed toegepast. In dat verdrag vinden Nederlandse rechters vaak voldoende aanknopingspunten om Nederlands recht van toepassing te

verklaren. Een advocaat die wil voorkomen dat Nederlands recht van toepassing wordt verklaard, zal dan ook eerder een bevoegdheidsincident opwerpen bij de kantonrechter, dan een beroep doen op het EVO. Is de zaak eenmaal 'binnen' bij de Nederlandse rechter, dan wordt immers vaak het Nederlandse recht toegepast.

De Vos (ministerie SZW) merkt als eerste op dat het met de 'cowboytoestanden' op het continentaal plat nogal meevalt. In ieder geval zorgt de Wet arbeid mijnbouw Noordzee (WAWN)[7] ervoor dat daar de nodige beschermende regels van toepassing zijn, zoals de loondoorbetalingsplicht bij ziekte. Zijn vraag is of de bepaling dat de Alkmaarse Kantonrechter bevoegd is geschillen over de toepasselijkheid van de wet (art. 10 WAMN) te beoordelen door het nieuwe burgerlijk procesrecht doorkruist wordt.

Polak verwijst naar art. 1.1.9 van het ontwerp voor het nieuwe Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[8] In dit artikel is bepaald dat bijzondere bevoegdheidsbepalingen, zoals bijvoorbeeld art. 10 WAMN, van toepassing blijven. Art. 10 WAMN, dat in eerste instantie de relatieve competentie van het Kantongerecht Alkmaar bepaalt, zegt ook iets over de internationale rechtsmacht van deze instantie: distributie is attributie.[9]

Er is met het wetsvoorstel wel een ander probleem. Het huidige derde lid van art. 98 Rv, dat op grond van de Wet arbeidsvoorwaarden grensoverschrijdende arbeid (WAGA) aan art. 98 is toegevoegd, is daarin nog niet opgenomen.[10] Hierin is bepaald dat ook de rechter van de tijdelijke plaats van arbeidsverrichting bevoegd is. Deze vrij recente wijziging is misschien aan de aandacht ontsnapt van de wetgevingsambtenaren die met het nieuwe procesrecht bezig zijn.

Van Atteveld (ministerie SZW) vraagt vervolgens in hoeverre werknemers, als er een rechtskeuze is gedaan, vrij zijn de regels die gunstiger zijn te selecteren uit het recht dat van toepassing zou zijn geweest zonder die rechtskeuze. Kunnen zij er naar believen uitpikken wat hun bevalt, en zich voor het overige op het gekozen recht

7 Wet van 2 november 1992, *Stb.* 592, houdende bepalingen inzake arbeid verricht in verband met mijnbouw op de Noordzee.
8 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 2.
9 HR 24 december 1915, *NJ* 1916, 417.
10 Wet van 2 december 1999, *Stb.* 554.

beroepen, als dat gunstiger is? Dat lijkt merkwaardig, omdat het arbeidsrecht van een bepaald land toch een evenwichtig pakket arbeidsvoorwaarden bevat. Zouden daar zomaar wat elementen uitgelicht kunnen worden?

Polak merkt op dat deze vraag misschien het best met een wedervraag is te beantwoorden: 'Waarom zou deze keuze in een internationale casus niet zijn toegelaten, als dergelijke keuzes wél binnen het Nederlandse stelsel kunnen worden gemaakt?' In een zuiver Nederlands geval kan een werknemer zich beroepen op de standaardregels inzake ontslag uit het BW, maar dat belet hem niet tegelijkertijd een beroep te doen op de CAO voor zijn vakantierechten.

Staal voegt daaraan toe dat de Hoge Raad 'pakketvergelijking' bij de vraag of er van een CAO-bepaling mag worden afgeweken, onlangs nog heeft afgewezen.[11]

Van Atteveld is nieuwsgierig naar de toepasselijkheid van arbeidsomstandighedenwetgeving. Stel nu dat een Nederlandse werknemer in Portugal gaat werken, en dat de Portugese arbeidsomstandighedenwetgeving minder ver gaat dan de Nederlandse. Als er inderdaad een ongeluk gebeurt, welke regels zijn dan van toepassing: de Nederlandse of de Portugese?

Polak meent dat daarvoor moet worden gekeken naar de arbeidsomstandighedenwetten zelf. Er moet worden aangeknoopt bij de eigen, mogelijk impliciete 'scope' van deze regelingen, en in veel gevallen lijkt het erop dat dergelijke regelingen territoriale werking hebben. Voor de casus zou dat waarschijnlijk betekenen dat Portugees recht moet worden toegepast. Dit kan worden gebaseerd op art. 7 EVO, maar men is het er niet over eens of dat artikel ook van toepassing is op dergelijke casus: art. 6 EVO bepaalt immers al dat niet kan worden afgeweken van dwingende bepalingen die zonder rechtskeuze van toepassing zouden zijn geweest. Polaks opvatting is dat art. 6 alleen over arbeidsovereenkomstenrecht gaat. Nu is dat geen vastomlijnd begrip, dat in alle verdragsstaten op dezelfde manier wordt uitgelegd, maar het lijkt hem in grote lijnen te gaan om de onderwerpen die in Nederland in titel 7.10 van het BW zijn geregeld, en om andere bepalingen over arbeidsvoorwaarden. Arbeidstijden zouden er misschien ook onder kunnen vallen. Bepalingen over de veiligheid en

11 HR 14 januari 2000, *JAR* 2000/43 (*Quicken Partyservice/Boonen*).

de arbeidshygiëne vallen echter onder art. 7. Over een dergelijk onderscheid van art. 6 en 7 EVO bestaat zeker geen eensgezindheid in de literatuur. Onder andere Strikwerda legt art. 6 EVO veel ruimer uit, en brengt die beperking tot (de kern van) het arbeidsovereenkomstenrecht niet aan.

Misschien zou ook het ontslagverbod van art. 6 BBA wel als een gewone regel van arbeidsrecht kunnen worden gezien, die min of meer toevallig in een publiekrechtelijke regeling terecht is gekomen. Het BBA kan echter als semi-publiekrecht in de zin van art. 7 worden gezien. In de rechtspraak is voor het BBA een eigen toepassingsregel ontwikkeld: het BBA is van toepassing als verwacht mag worden dat de betrokken werknemer na ontslag terug zal vallen op de Nederlandse arbeidsmarkt. Het BBA heeft dus een eigen toepassingsbereik. Hoewel de toepasselijkheid van het civielrechtelijke ontslagrecht via art. 6 beoordeeld wordt, en die van het BBA via art. 7, wordt via deze verschillende trajecten toch vaak hetzelfde resultaat bereikt. Het BBA en het ontslagrecht uit het BW zijn ofwel allebei van toepassing, ofwel allebei niet.

Een vraag uit de zaal is hoe het EVO zich verhoudt tot de internationale rechtsmacht van de kantonrechter, omdat het EVO volgens art. 2 altijd moet worden toegepast door de rechters van een verdragsstaat die met een internationaal geschil te maken krijgen.

Polak antwoordt dat de vraag naar de rechtsmacht van deze rechter los staat van de vraag welk recht hij moet toepassen *als* hij rechtsmacht heeft. Stel nu, dat de Nederlandse kantonrechter bevoegd is kennis te nemen van een bepaald geschil dat zich afspeelt tussen een werknemer uit de Verenigde Staten die voor een Canadese onderneming in Brazilië werkzaam is. Deze partijen zouden bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst een forumkeuze voor de Nederlandse rechter kunnen hebben gemaakt. De Nederlandse rechter moet voor de beantwoording van de vraag welk recht hij op dat geschil moet toepassen, dan altijd het EVO hanteren. Het toepasselijke recht moet door rechters van verdragsstaten met behulp van het EVO worden bepaald, ongeacht of de partijen en de casus al of niet een inhoudelijke band hebben met Nederland of met een andere lidstaat. Het EVO heeft dus, om de soms enige verwarring wekkende term te gebruiken, 'universele werking'. Hiermee moet forumshoppen binnen de EU worden uitgesloten. Idealiter beslist zowel een Nederlandse als een Duitse rechter dat in deze casus Braziliaans recht van toepassing is.

EEX

De Vos vraagt hoe breed of beperkt 'de plaats van vestiging' wordt uitgelegd, in verband met de toepasselijkheid van de WAMN, die de rechtspositie voor offshorewerknemers regelt. In de offshore gebeurt het vaak dat buitenlandse werknemers worden ingehuurd via een klein kantoortje op Schiphol. In dat kantoortje zit dan alleen een vertegenwoordiger van een buitenlandse maatschappij, die deze mensen aanneemt voor werk op het continentaal plat. Wordt zo'n simpel kantoortje ook nog als vestiging beschouwd?

Polak meent daarop in eerste instantie ontwijkend, maar toch nog wel 'to the point' te kunnen antwoorden. Wanneer de arbeid waarvoor deze werknemers zijn aangenomen op het Nederlands deel van het continentaal plat wordt verricht, is de vraag hoe het met die vestiging zit al niet meer aan de orde. Zij vallen immers al onder de tweede bevoegdheidsregel: de Nederlandse rechter is bevoegd omdat de arbeid gewoonlijk in Nederland verricht wordt. De vestiging van indienstneming wordt pas van belang als de werknemer niet alleen op het Nederlands deel van het continentaal plat werkt, maar ook op het Engelse of Duitse. Dan is er dus meer dan één plaats van arbeidsverrichting. In dat geval zou de vraag aan de orde kunnen komen of hij nu in dienst is genomen door dat kantoortje op Schiphol. De vraag is met andere woorden of zo'n kantoortje wel als een vestiging kan worden gezien.

Nu dienen de bevoegdheidsregels bij arbeidsovereenkomsten ter bescherming van de werknemer. Het is de bedoeling dat hij zijn geschil daadwerkelijk aan de rechter kan voorleggen. Redenerend vanuit die optiek zal al snel worden gezegd dat de vestiging die de man in dienst heeft genomen, inderdaad dat bureautje op Schiphol is. Een Engelse of Schotse werkgever die zegt dat wie tegen hem wil procederen naar Aberdeen toe moet komen, zal dan ook moeten dulden dat de Kantonrechter te Haarlem bevoegd is, als hij de werknemers inderdaad op Schiphol in dienst heeft genomen. Het vestigingsbegrip wordt dus ruim uitgelegd; er hoeft zeker geen sprake te zijn van een statutaire zetel op Schiphol. Voldoende is een zekere fysieke aanwezigheid, zodat zo'n kantoortje vaak genoeg zal zijn om aan te nemen dat de Nederlandse kantonrechter ook bevoegd is.

De Vos merkt op dat wanneer 'tijdelijk' ergens arbeid wordt verricht, er nog niet van 'gewoonlijk arbeid verrichten' kan worden gesproken. Volgens het EEX is de rechter slechts in dat laatste geval bevoegd. Wat betekent dit nu voor de bevoegdheidsregeling in art. 10 WAMN,

waarin het Kantongerecht Alkmaar bevoegd wordt verklaard, zodra er één dag arbeid is verricht op het Nederlandse gedeelte van het continentaal plat? Kan er na die ene dag al van 'gewoonlijk arbeid verrichten' worden gesproken?

Polak antwoordt dat het EEX de WAMN opzijzet. Of gezegd kan worden dat iemand in een bepaald land 'gewoonlijk arbeid verricht', wordt uiteindelijk beslist door de Europese rechter, aan de hand van het EEX. Wanneer de gerechtelijke instanties van een lidstaat op grond van het verdrag rechtsmacht toekomt, kan deze lidstaat wel bepalen dat alleen een specifieke rechter in dat land bevoegd is. De Nederlandse wetgever is dus in beginsel bevoegd vast te stellen dat offshorezaken altijd in Alkmaar kunnen worden aangebracht. Ook is het mogelijk te bepalen dat andere Nederlandse rechters niet bevoegd zijn, zodat een bedrijf dat vanuit Vlissingen opereert, niet in Middelburg maar in Alkmaar voor de rechter moet worden gedaagd.

Zou het echter gaan om een werknemer die voor zijn Britse werkgever doorgaans op het Britse gedeelte van het continentaal plat werkt, en af en toe op het Nederlandse deel, dan geldt het EEX. In dat geval is de rechter van het land waar gewoonlijk de arbeid wordt verricht bevoegd, en dus niet de Nederlandse Kantonrechter te Alkmaar. Als het echter zo is dat de werknemer niet gewoonlijk in één land zijn arbeid verricht, dan zou de Nederlandse rechter weer bevoegd kunnen zijn als de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen zich in Nederland bevindt of bevond. Deze vestiging kan dan ook zo'n tijdelijk kantoortje op Schiphol zijn.

De Laat merkt op dat de preventieve ontslagtoets zal verdwijnen, als het plan van de Adviescommissie Duaal Ontslagrecht doorgaat.[12] In die situatie zullen werknemers in ontslagprocedures doorgaans de eisende partij zijn. Zij zullen immers een onredelijk ontslag achteraf moeten aanvechten. Hoe verhoudt zich dat tot de nieuwe bevoegdheidsregeling in het EEX, waarin de woonplaats van de gedaagde het uitgangspunt is?

Polak antwoordt dat de nieuwe versie van het EEX in zoverre geen probleem oplevert voor werknemers, dat de Nederlandse rechter bevoegd is als de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht. Het merkwaardige is wel dat een werkgever zich als eisende partij niet tot

12 Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel, *Afscheid van het Duale Ontslagrecht*, Den Haag, 2000.

de rechter van het land van gewoonlijke arbeidsverrichting kan wenden. Een in Duitsland wonende werknemer, die in Nederland voor een Nederlands bedrijf werkt, kan in beginsel alleen in Duitsland voor de rechter worden gedaagd.

Een vraag uit de zaal is of in dat geval nog wel bij de Nederlandse rechter om een voorlopige voorziening zou kunnen worden verzocht.

Polak antwoordt dat een verzoek om een voorlopige voorziening inderdaad mogelijk blijft.[13]

Detacheringsrichtlijn

Van Atteveld merkt op dat de ontwikkeling van EU-regels op deelgebiedjes, zoals de op de bouwsector gerichte Detacheringsrichtlijn, misschien toch niet zo stormachtig zal zijn.[14] Dat deze richtlijn er is gekomen, is het gevolg van bijzondere politieke omstandigheden. Een belangrijke reden voor invoering van de richtlijn lijkt te zijn geweest dat Duitsland begin jaren negentig geconfronteerd werd met een toestroom van Portugese bouwvakkers in Berlijn, terwijl er toen een hoge werkloosheid heerste onder Duitse bouwvakkers.

Polak meent echter dat nieuwe maatregelen van de Europese wetgever zeker niet uitgesloten moeten worden geacht. Het verdrag biedt daar nu in elk geval wel een solide basis voor.

Een vraag uit de zaal luidt of er in de Detacheringsrichtlijn nog is aangegeven wat daarin onder het element 'tijdelijk' moet worden verstaan in 'tijdelijke tewerkstelling in een andere lidstaat'. Zijn er nog criteria gesteld wat betreft de duur van de arbeid, bijvoorbeeld een beperking tot een jaar?

Polak antwoordt dat de richtlijn en de daarop gebaseerde WAGA in ieder geval geen duidelijke criteria geven. Het is inderdaad de vraag wat moet worden verstaan onder de begrippen 'tijdelijk', 'detacheren' en 'gewoonlijk in Nederland werken'. Stel nu dat een Poolse werknemer niet een maand, maar een jaar in Nederland werkt. De vraag is dan of het Nederlandse arbeidsrecht überhaupt niet van toepassing moet zijn, dat zou namelijk wel logisch zijn. Zelf heeft hij in zijn proefschrift betoogd dat de grens bij een jaar moet worden gelegd, omdat die termijn in het socialezekerheidsrecht ook wordt

13 Vgl. art. 24 (huidig) EEX.

14 Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996, *PbEG* 40 (1997), nr. L 18, p. 1

gehanteerd.[15] EG-verordening 1408/71 houdt in dat werknemers die minder dan een jaar in een ander land tewerk worden gesteld onder het socialezekerheidsrecht van het land van uitzending blijven vallen. Na afloop van dat jaar wordt de rechtspositie in beginsel door het recht van het land van tewerkstelling beheerst. Een jaar leek een mooi criterium want dan lopen arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht mooi gelijk op. Deze opvatting is nog nooit bevestigd, maar ook niet bestreden.

Een andere vraag is waar het omslagpunt moet liggen, als aanvankelijk was voorzien in een uitzending voor de duur van drie maanden, maar er uiteindelijk langer hier wordt gewerkt. Stel dat een Poolse werknemer in eerste instantie voor een korte periode naar Nederland wordt uitgezonden, maar hier zo goed blijkt te bevallen dat zijn werkgever hem permanent of in ieder geval voor enkele jaren in Nederland tewerk wil stellen. Moet dan worden gezegd dat de werknemer achteraf bezien van begin af aan onderworpen was aan het Nederlandse recht, of gaat dat pas halverwege spelen? Hoe zit het dan met opgebouwde rechten? Het is denkbaar dat in de casus van de Poolse werknemer wordt gezegd dat het Nederlandse minimumloon alleen geldt voor de maand dat hij hier werkte, niet voor de vier maanden ervoor, toen hij in een ander land werkzaam was. Als dat Polen was, blijft het Poolse minimumloon van toepassing. Dergelijke kwesties komen straks op het bordje van de rechter terecht, omdat de richtlijn niet veel houvast geeft.

15 M.V. Polak, *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden 1988), Deventer: Kluwer 1988.

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 sociale zekerheid.
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. Lamer, 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

De invloed van o.a. 'Luxemburg' en 'Brussel' op het Nederlandse arbeidsrecht is groot. Het bestuur van de Vereniging voor Arbeidsrecht heeft daarom drie sprekers uitgenodigd om, in de loop van het jaar 2000, hun licht te laten schijnen op de verschillende aspecten van de internationalisering van het arbeidsrecht.

Door middel van Richtlijnen zijn onderwerpen als collectief ontslag, overgang van ondernemingen, gelijke behandeling m/v en arbeidsomstandigheden geïntroduceerd of diepgaand beïnvloed. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss gaat op deze onderwerpen in en bespreekt ook de invloed van het Europees Sociaal Handvest (ESH) en het EVRM op het Nederlandse arbeidsrecht.

Prof. mr. I.P. Asscher-Vonk bespreekt de internationaalrechtelijke toegangsregels: regels die betrekking hebben op werving en selectie, de keuze/beslissing om een arbeidsovereenkomst aan te gaan en de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.

In zijn bijdrage over internationaal procesrecht bespreekt prof. mr. M.V. Polak in welke geschillen men wel en niet bij de Nederlandse arbeidsrechter terechtkan en, als deze Nederlandse (kanton)rechter bevoegd is, welk recht hij dan moet toepassen. Een door Polak behandeld voorbeeld: De werknemer werkt en woont in Nederland, de werkgever is een onderneming in New York. In het arbeidscontract is gekozen voor het recht van de staat New York. Kan dat?

ISBN 90-268-3820-4
NUGI 695-502
9 789026 838200