

Tien jaar arbeidsrecht en ongelijkheidscompensatie

Mr. D.J. Buijs en mr. G.J.J. Heerma van Voss*

Hoe heeft de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht zich de afgelopen 10 jaar ontwikkeld? Is deze toe- of afgenomen? Heeft deze een andere inhoud gekregen? Buijs en Heerma van Voss kiezen voor een thematische bespreking van het rechtsgebied. Er zijn grote veranderingen geweest, maar eerder in de praktijk, dan in de wetgeving. De rechter speelde hierin een belangrijke rol. Conclusie is dat de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht is afgenomen en tevens een ander karakter heeft gekregen: de overheid biedt wel waarborgen, maar de werknemer moet meer voor zijn zaak opkomen.

1. Inleiding

De ontwikkeling van het arbeidsrecht in de afgelopen tien jaar is met horten en stoten verlopen. Ten tijde van het kabinet-Lubbers-II (1986-1989) was minister De Koning zeer terughoudend met nieuwe arbeidsrechtelijke regelgeving. Zijn opvolger De Vries (Lubbers-III, 1989-1994) zette dit beleid voort. Deze kwam aan het eind van zijn periode onder invloed van een sterk stijgende werkloosheid met een aantal liberaliseringsmaatregelen, waaronder het voorstel het ontslagvergunningstelsel af te schaffen. De huidige minister Melkert uit het paarse kabinet-Kok voert een actiever wetgevingsbeleid op het gebied van het arbeidsrecht, waarbij sprake is van een mengeling van liberalisering en meer traditionele sociaal-democratische recepten, zoals handhaving van het ontslagvergunningstelsel en werkgelegenheidsplannen.

Bij afwezigheid van een actieve wetgever zijn diverse arbeidsrechtelijke onderwerpen in de afgelopen tien jaar verder ontwikkeld in de rechtspraak. Gezien de samenhang tussen wetgeving en jurisprudentie worden de onderwerpen in deze bijdrage thematisch besproken. De vraag staat daarbij centraal in hoeverre de ongelijkheidscompensatie is af- of toegenomen, dan wel een andere inhoud heeft gekregen.

2. Arbeidsovereenkomst en flexibiliteit

De afgelopen tien jaar hebben voor de arbeidsovereenkomst in belangrijke mate in het teken gestaan van pogingen van het bedrijfsleven om de produktie flexibeler te organiseren, in reactie op de door 'globalisering' toegenomen concurrentie van onder meer het Japanse bedrijfsleven. De flexibilisering had zijn invloed op het personeelsbeleid, zowel waar het betreft de contractvormen (externe flexibiliteit) als de inhoud van het contract (interne flexibiliteit).

De opkomst van de flexibele arbeidsrelaties vormde de meest belangwekkende ontwikkeling op het gebied van de arbeidsovereenkomst. Het ging hierbij vooral om deeltijdwerk, uitzendwerk¹, oproepcontracten en contracten voor bepaalde tijd. Praktijk en theorie hebben enige moeite gehad om deze nieuwe verschijnselen op een adequate manier in te passen in het arbeidsrecht. Het arbeidsrecht kon niet langer traditioneel primair aanknopen bij de voltijds arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij de overeenkomsten waarbij ter discussie stond of sprake was van een arbeidsovereenkomst (oproepwerk, uitzendwerk en thuiswerk) zijn wel pogingen gedaan om af te doen aan de arbeidsovereenkomst van het BW als centrale

rechtsfiguur². Na tien jaar kan echter worden vastgesteld dat deze overeenkomst nog steeds het hart vormt van het arbeidsrecht. Omdat de wetgever weinig actief was³, is met name de rechtspraak gekomen tot een creatieve toepassing van dit concept, daarbij geholpen door de literatuur⁴.

Ten aanzien van *oproepovereenkomsten* werd het onderscheid ontwikkeld tussen voorovereenkomst en arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht⁵. Ten aanzien van vele situaties in de praktijk werd aangenomen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst, waarbij in toenemende mate een rol werd toegekend aan de inhoud die partijen in de praktijk aan hun overeenkomst gaven, ongeacht wat op papier was overeengekomen. Zo kon in de praktijk een nulurencontract uitgroeien tot een echte arbeidsovereenkomst, waarbij de betrokken werknemer na een langduriger dienstverband gelijk moest worden gesteld met het vaste personeel⁶.

Bij het *uitzendwerk* deed zich een soortgelijke ontwikkeling voor. De toenemende hoeveelheid uitzendkrachten maakten een betere arbeidsrechtelijke regulering van dit fenomeen gewenst. De door uitzendbureaus in stand gehouden onduidelijkheid over de status van de uitzendkracht was niet meer houdbaar. Rechters namen dikwijls een arbeidsovereenkomst aan, in elk geval voor de duur van de uitzending. Er kwam een uitzend-CAO, waarin de 'arbeidsverhouding' nog niet civielrechtelijk werd geduid, maar waarin wel een aantal rechten en plichten werden geregeld met op zijn minst analoge toepassing van het recht met betrekking tot de arbeidsovereenkomst. De P-G van de Hoge Raad legde zo duidelijk uit dat een uitzendkracht werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst dat partijen een uitspraak van de Hoge Raad daarover niet nodig achten⁷. En uiteindelijk bereikten werkgevers en werknemers in het kader van de Stichting van de Arbeid in het voorjaar van 1996 een akkoord over de inpassing van de uitzendkracht in de civielrechtelijke regeling van de arbeidsovereenkomst⁸. In dat kader ontwierpen uitzendbranche en vakbonden ook een nieuwe CAO voor de intermediaire dienstverlening waarmee uitzending en detachering van arbeidskrachten in elkaar worden geschoven en door versterking van de rechtspositie van de uitzendkracht de maatschappelijke positie van de uitzend- en detachingsbranche wordt genormaliseerd.

De ontwikkeling van het *thuiswerk* was vergelijkbaar: in veel gevallen werd een arbeidsovereenkomst aangenomen, waar vroeger bij thuiswerk vooral aan de overeenkomst van opdracht zou zijn gedacht. Maar dit had alles te maken met het toegenomen gebruik van thuiswerk, met als bijzondere nieuwigheid de opkomst van telewerk⁹. De wetgever regelde op dit punt slechts de arbeidsomstandigheden en het minimumloon voor thuiswerkers.

Niet onbelangrijk waren in dit verband de in de theorie ontwikkelde '*rechtsvermoedens*' (het aannemen van een arbeidsovereenkomst na een bepaalde periode van werken). Dit voorstel dateerde al uit het voorontwerp van Levenbach voor titel 7.10 NBW uit 1972. In een SER-advies kwam dit later nog terug. De wetgever toonde zich echter nogal schroomvallig tegenover dit voorstel, en schrapte het uit het ontwerp van titel 7.10 NBW. In de definitieve tekst van titel 7.10 NBW die na 25 jaar in 1997 dan toch zal worden ingevoerd¹⁰, vinden we de rechtsvermoedens daarom niet meer terug. Maar inmiddels zijn zij weer in discussie via het advies van de Stichting van de Arbeid over flexibiliteit en zekerheid, waarin zij opnieuw zijn voorgesteld. Het is de rechtspraak geweest, die dit heeft mogelijk gemaakt, omdat deze de rechtsvermoedens in de praktijk feitelijk reeds toepast. Ook hier dus geen initiatief van de wetgever, maar slechts codificatie van in de rechtspraak ontwikkeld geldend recht.

Ook overigens is de nieuwe titel 7.10 BW algemeen als een teurstelling ervaren¹¹. Bij de vorige grote herziening van de arbeidsovereenkomst van 1907 is het concept van de ongelijkheidscompensatie in het BW ingevoerd. Afgaande op de Wet van 1997 zou men denken dat er na negentig jaar geen enkele wijziging in dit opzicht aan de orde is. De praktijk leert echter anders.

Wat betreft de interne flexibiliteit bood de wet eigenlijk alleen de verouderde regeling van het arbeidsreglement, die in de praktijk nauwelijks meer overeenkomstig de opzet van de wet wordt toegepast. Vele ondernemingen kennen hun eigen personeelshandboeken en regelingen, die niet aan de wettelijke voorwaarden van het arbeidsreglement voldoen. De Hoge Raad maakte dit de ondernemingen gemakkelijk in uitspraken van 1988¹², waarin de invloed van de OR op deze regelingen werd beperkt. In het kader van de herziening van de WOR poogt de wetgever nu die beperkte invloed van de OR vast te leggen. Maar de ruime mogelijkheden die de Hoge Raad aan de werkgever heeft gegeven om (binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid) eenzijdig wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden aan te brengen wordt in dat voorstel in grote lijnen gehonoreerd.

Ook in de erkenning van de ontbindende voorwaarde, lijkt de Hoge Raad de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht enigszins uit het oog te verliezen, al wordt – in de rebound – de beschermende functie van het ontslagrecht niet geheel vergeten¹³. De Hoge Raad neemt in 1996 wat gas terug ten opzichte van het specialistenarrest door 'grote betekenis' toe te kennen aan het – thans uitdrukkelijk onderschreven – gesloten stelsel van het ontslagrecht¹⁴.

Het EG-recht vormde het afgelopen decennium in toenemende mate een serieus te nemen bron van arbeidsrecht¹⁵. Zo werd aan de Richtlijn over overgang van ondernemingen door het EG-Hof een ruime werkingssfeer toegekend¹⁶. Ook de jurisprudentie van dit Hof over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen had een grote invloed¹⁷. Meer in het algemeen rukte de aandacht voor grondrechten in het arbeidsrecht op: naast de invoering van de Algemene Wet Gelijke Behandeling¹⁸ werden diverse kleinere bepalingen op dit gebied ingevoerd, en viel ook veel rechtspraak te noteren¹⁹. Ook de wettelijke regeling van het ouderschapsverlof in 1988 verdient vermelding²⁰.

3. Ontslagrecht

In de afgelopen tien jaar is het de wetgever ondanks vele plannen niet gelukt een fundamentele herziening van het ontslagrecht tot stand te brengen. Het ontslagrecht is ingewikkeld door zijn dubbele, privaatrechtelijke en publiekrechtelijke systeem²¹. De ongelijkheidscompensatie komt met name tot uiting in de toetsing door de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA)²². Werkgevers trachten deze toetsing te ontgaan, zowel door toepassing van flexibele arbeidsrelaties, als door het treffen van afvloeiingsregelingen, zo nodig onder inschakeling van de kantonrechter. Het SER-advies over de herziening van het ontslagrecht uit 1988²³ vormde de basis voor wetsvoorstel 24 179 uit 1989, waarin slechts marginale aanpassingen van dit ontslagrecht werden voorgesteld. Het dubbele ontslagrecht zou in stand blijven, enige flexibilisering zou er wel komen en verder weer veel nieuwe regels. Typerend voor de weinig principiële aanpak was het voorstel om de discussie over de wenselijkheid van hoger beroep bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te voeren te beslechten, door dit voor de helft (alleen ten aanzien van de vergoeding) te doen – overigens een idee uit kantonrechtsskring; inmiddels zijn de kantonrechters mordicus tegen²⁴. Het verzet uit de praktijk tegen dit laatste aspect, alsmede het algemene gebrek aan enthousiasme voor de

weinig fundamentele aanpak van dit wetsvoorstel leidde er uiteindelijk toe dat het strandde in de Eerste Kamer. Inmiddels had minister De Vries op de valreep van zijn termijn nog een geheel nieuw voorstel aan de Raad van State voorgelegd, waarin de vergunningenprocedure bij de RDA zou worden afgeschaft en het ontslagrecht weer een geheel civielrechtelijk systeem zou worden²⁵. Zijn opvolger Melkert diende dit voorstel echter niet in bij de Tweede Kamer, maar zette in op een herstel van het vergunningensysteem door dit enigszins efficiënter te maken en de vluchtweg van ontbinding door de kantonrechter af te snijden²⁶. Deze voorstellen werden weer ingehaald door het advies van de Stichting van de Arbeid over Flexibiliteit en zekerheid van voorjaar 1996, waarin in feite voorstellen voor het gehele ontslagrecht werden gedaan²⁷. Dit advies borduurt voort op het SER-advies van 1988, zij het dat het nog iets verder gaat in de mate van flexibilisering van het ontslagrecht. Zelfs het 'half hoger beroep bij ontbinding' dreigt weer terug te komen²⁸. Terwijl de wetgever aldus niet tot daden kwam, vond de praktijk zijn weg. Kantonrechters openden de mogelijkheid voor een 'stille revolutie'²⁹ door mee te werken aan eenvoudige ontbinding van de arbeidsovereenkomsten in gevallen waarin partijen het eens waren over de voorwaarden, maar meer zekerheid wensden over het ontvangen van een werkloosheidsuitkering, als basis voor een aanvullende vergoeding door de werkgever. Deze praktijk nam een hoge vlucht, waarbij het ontbreken van hoger beroep een rol speelde³⁰. De wetgever trachtte dit wel enigszins terug te dringen door de bedrijfsverenigingen te dwingen tot een kritischer toekenning van de WW-uitkering³¹. In dat kader werd de zogenaamde ouderenmaatregel afgeschaft; het was de bedoeling de vrijwillige vertrekregelingen van oudere werknemers tegen te gaan. Merkwaardig genoeg werden nadien meer in plaats van minder werkloosheidsuitkeringen aangevraagd door oudere werknemers; ook zij hadden hun weg naar de kantonrechter gevonden. Verder werd gesneden in de WW-uitkeringen. Dat gebeurde eerst door een herziening van de WW in 1994, die echter op het laatste moment (op staatsrechtelijk dubieuze wijze) deels niet werd ingevoerd, uit vrees voor de gevolgen³². Door aanscherping van de entree- en referentie-eisen werd de toegang tot de WW in 1995 vrij ongemerkt aanzienlijk beperkt³³. Ook bij het per 1 augustus 1996 ingevoerde nieuwe sanctiesysteem in de WW is het de bedoeling te gemakkelijk gebruik van afvloeiingsregelingen op kosten van het collectief terug te dringen. Maar ontslag blijft primair een civielrechtelijke kwestie tussen werkgever en werknemer. Het aanscherpen van de WW-problematiek leidt tot het ontwikkelen van nieuwe mechanismen en beperking van de mobiliteit op de arbeidsmarkt en lijkt als zodanig contraproductief aan de hiervoor besproken flexibiliseringstendenzen.

Op andere punten heeft juist de rechter echter bescherming geboden aan werknemers waar de wet deze in de steek liet. Het meest befaamde voorbeeld daarvan vormt de draaideurconstructie³⁴, waar de Hoge Raad de werknemer bescherming bood tegen het via uitzendconstructies benutten van mazen in de wet ten aanzien van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Maar het geldt ook voor andere gebieden zoals de proeftijd, die bijvoorbeeld niet werd geaccepteerd na uitzendarbeid³⁵ en waarbij misbruik niet werd getolereerd³⁶. Soms gaat de lagere rechtspraak zelfs zo ver de wet opzij te zetten wanneer werkgevers constructies hanteren die erop gericht zijn de werknemer de hem toekomende ontslagbescherming te onthouden. In dat kader werd de termijn van 31 dagen in art. 7A:1639f, vierde lid, BW terzijde gesteld. De Hoge Raad lijkt ook hierbij thans ingegrepen te hebben door bij draaideurconstructies als criterium te nemen de situatie zoals deze blijkt uit objectieve omstandigheden, waarbij de bedoeling van de werk-

gever als zijnde van geen belang buiten beschouwing moet worden gelaten³⁷.

4. Collectief arbeidsrecht

Mede onder invloed van de Internationale Arbeidsorganisatie kregen de partijen in de semi-overheidssector in het afgelopen decennium een volledige vrijheid van onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden, waarbij de overheidsregulering werd beëindigd³⁸.

In het collectieve arbeidsrecht is het verder vooral de rechtspraak die de aandacht trekt. Zo maakte de Hoge Raad uit dat de interpretatie van CAO's niet geschiedt op dezelfde wijze als van andere overeenkomsten. Aangezien het denkbaar is dat de werkgever partij is bij de CAO en de werknemer niet, moet minder betekenis worden gehecht aan de bedoeling van partijen bij de totstandkoming van de CAO en meer aan de letter van de CAO zelf³⁹. Nawerking van de algemeen verbindend-verklaring werd voor het eerst aangenomen ten aanzien van de doorbetaling van loon bij een ziekte die reeds voor het aflopen van de werkingsduur van de CAO was ingegaan⁴⁰. De politiek hield zich meer dan de vorige decennia bezig met de vraag of algemeen-verbindendverklaring van de CAO wel wenselijk is. Steeds meer stemmen menen dat deze figuur de opkomst van nieuwe ondernemingen bemoeilijkt. Het voorlopige compromis is dat CAO's alleen algemeen-verbindend-verklaard worden als daarin ook voorzien is in lage loonschalen.

Wat betreft het stakingsrecht wees de Hoge Raad het befaamde NS-arrest, waarin art. 6 ESH rechtstreeks werd toegepast en aldus de basis werd voor het Nederlandse stakingsrecht. In dit uitvoerige arrest ging de Hoge Raad onder meer in op de grenzen aan het stakingsrecht, de toetsing aan spelregels en mogelijk misbruik⁴¹. In latere arresten werd deze rechtspraak nog wat verrijkt⁴². Een bedrijfsbezetting valt volgens de HR niet onder art. 6 ESH⁴³.

Decentralisatie van de arbeidsverhoudingen leidde tot een grotere rol voor het niveau van de onderneming bij het vaststellen van arbeidsvoorwaarden. De ondernemingsraad werd in het afgelopen decennium een serieuze onderhandelingspartner voor de werkgever, soms zelfs op het gebied van de arbeidsvoorwaarden⁴⁴. De vakbeweging is altijd wantrouwend geweest tegen deze ontwikkeling. Zij vreest dat de ondernemingsraad daarvoor te afhankelijk is van de ondernemer⁴⁵. In het wetsvoorstel voor de herziening van de WOR wil de wetgever echter de regeling van het arbeidsreglement vervangen door de mogelijkheid van het beding dat de werkgever bevoegd maakt eenzijdig de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Hierbij wordt aan de ondernemingsraad een grotere rol toegekend. Over de vraag of afspraken met de OR ook de individuele werknemer moeten binden blijft de wetgever aarzelend⁴⁶. Ook in de nog te behandelen Arbeidstijdenwet is een vooraanstaande plaats ingeruimd voor afspraken met de OR.

Is er bij een grotere rol voor de OR ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden minder sprake van ongelijkheidscompensatie? Dat is moeilijk te beoordelen. Er wordt een ruimte geschapen waar de werknemers met een actieve vertegenwoordiging sterker uit kunnen komen. Voor degenen die minder goed opletten, geldt het omgekeerde. Maar anderzijds biedt dit meer mogelijkheden voor een reële invloed op ondernemingsniveau, juist waar dit belangrijker wordt doordat arbeidsvoorwaarden in toenemende mate decentraal moeten worden bepaald als gevolg van de heterogener wordende productieprocessen.

5. Arbeidsomstandigheden

Terugdringing van ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid werd vooral in de jaren negentig een belangrijk thema in het ar-

beidsrecht⁴⁷. Afgezien van de ingreep in de WAO-uitkering (die behandeld wordt in het artikel over het sociale-zekerheidsrecht) en die werd aangevuld door CAO-afspraken over vulling van het 'WAO-gat' was een belangrijke ontwikkeling van dit decennium de 'privatisering' van de Ziektewet. In 1994 moest de werkgever (70% van het) loon doorbetalen gedurende de eerste twee of zes weken van ziekte van de werknemer⁴⁸, in 1996 werd dat het gehele eerste jaar⁴⁹. De hoogte van de uitkering bleef voor de werknemer hetzelfde, maar de verantwoordelijkheid verschoof van de bedrijfsvereniging naar de werkgever. Plannen voor de invoering van een mogelijk eigen risico voor de eerste vijf jaar van arbeidsongeschiktheid werden al bij de Kamer ingediend⁵⁰. Deze wijzigingen betekenen in elk geval een drastische breuk met *de wijze waarop* ongelijkheidscompensatie wordt verleend. Dat de werknemer gevrijwaard moet zijn van dramatische inkomensachteruitgang bij ziekte blijft overeind, maar de overheid laat het verder aan de werkgever over daarin te voorzien en volstaat zelf met het wettelijke voorschrift daartoe. Dat betekent dat de werknemer zonnodig zelf voor zijn belang moet opkomen bij de rechter ingeval de werkgever nalatig is te betalen. Bij financieel onvermogen van de werkgever kan de werknemer ook achter het net vissen. De 'vangnetvoorziening' die als Ziektewet is blijven bestaan, heeft vooral betrekking op flexibele arbeidsrelaties, aflopende arbeidsovereenkomsten en zwangerschapsuitkeringen. De commentaren zien dit toch als een belangrijke achteruitgang in de positie van de werknemer, die zich bovendien mondiger zal moeten opstellen dan voorheen. Waarschijnlijk zal de werkgever de ziekte ook zakelijker controleren dan de bedrijfsverenigingen plachten te doen⁵¹. Dat kan een voordeel zijn bij het bestrijden van misbruik, het kan echter ook meebrengen dat sommige werkgevers proberen het medisch oordeel te beïnvloeden. Ook het verhaalsrecht van de werkgever is actueel geworden⁵². Ten slotte werd het testen van werknemers op alcohol en drugs een thema⁵³.

De Arbo-wet werd aangepast aan het EG-recht en arbo-diensten werden voor elke werkgever verplicht gesteld⁵⁴. Daarnaast werd een bepaling ingevoerd tegen seksuele intimidatie en geweld op de werkplek. Naast deze versterkte bescherming van de werknemer werd het voornemen ontwikkeld om de secundaire regelgeving 'op te schonen' in de vorm van een nieuw, alomvattend Arbo-besluit. Van een dramatische afbraak van de rechtsbescherming van de werknemer is voorshands geen sprake, mede omdat een groot deel van het Arbo-recht thans ook EG-recht is.

Een belangrijke nieuwe ontwikkeling was verder de vervanging van de Arbeidswet 1919 door de Arbeidstijdenwet⁵⁵. Ook hier treedt de overheid terug en geeft zij aan partijen zelf verantwoordelijkheid bij het invullen van het arbeidsrecht. Vakbonden en OR moeten er op toezien dat de arbeidstijden binnen redelijke grenzen blijven. De wettelijke kaders zijn ruimer getrokken dan voorheen. Samen met vakbond en OR kan de werkgever nog ruimere arbeidstijden vaststellen. Dit kan een vooruitgang zijn, omdat partijen zelf meer verantwoordelijkheid gaan dragen en onderhandelingsruimte verkrijgen. Het kan ook betekenen dat er minder bescherming voor werknemers optreedt tegen bovenmatige arbeidstijden. De toekomst zal dit moeten uitwijzen.

Al met al geldt op dit gebied dat de werknemer in elk geval meer alert zal moeten zijn, omdat minder voor hem geregeld wordt. Hij wordt directer geconfronteerd met de belangen van de werkgever en heeft meer belang bij een goede organisatie in vakbonden en actieve medezeggenschapsorganen. Dat maakt dat de ongelijkheidscompensatie niet zomaar is afgeschaft, maar wel dat het risico kan toenemen dat deze niet functioneert.

Tenslotte valt met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevallen van degenen die bij hem werken (niet alleen werknemers, maar ook bij voorbeeld uitzendkrachten)⁵⁶ te signaleren dat de rechtspraak een systeem heeft ontwikkeld dat verdacht veel weg heeft van risico-aansprakelijkheid, terwijl regels van stelplicht en bewijslast ten gunste van de werknemer werden genuanceerd⁵⁷.

6. Arbeidsvoorziening

De Arbeidsvoorziening maakte in het afgelopen decennium belangrijke wijzigingen door. De Arbeidsvoorzieningswet van 1990 beoogde door de invoering van een tripartite structuur van de bestuursorganen op centraal en regionaal niveau het functioneren van deze organisatie te verbeteren. Dit lijkt niet gelukt. Veel terrein is verloren aan de uitzendbranche en tal van andere bureaus, zoals headhunters en outplacement-organisaties. Wel had het uitzendbureau Start enig succes. Thans is weer een nieuwe Arbeidsvoorzieningswet in voorbereiding waarin wordt erkend dat de doelstelling vooral gericht moet worden op moeilijk plaatsbare werkzoekenden. Het is de vraag of het opgeven van de vrije markt bijdraagt aan effectieve arbeidsbemiddeling van de moeilijke doelgroepen. De nieuwe vormen van 'arbeidsbemiddeling' hebben inmiddels een dusdanig gevestigde status verworven, dat de overheid van plan is het vergunningstelsel voor uitzendbureaus af te schaffen en te volstaan met het wettelijk vastleggen van een aantal voorschriften. Logisch gevolg daarvan is dat in het advies van de Stichting van de arbeid inzake Flexibiliteit en zekerheid van 1996 voorstellen worden gedaan om de uitzendkracht verder te integreren in het normale arbeidsrecht.

Tegenover deze liberalisering van de arbeidsmarkt staan dan diverse werkgelegenheidsplannen, waarin de overheid zich juist actief met de arbeidsmarkt bemoeit. De recentste vorm daarvan zijn de Melkert-banen, maar daarnaast werden het afgelopen decennium het Jeugdwerkgarantieplan en de Banenpools ingevoerd. Het gaat hier vooral om projecten die moeten voorkomen dat werklozen definitief kansloos worden in het vinden van werk door het langdurig ontbreken van werkervaring. De inpassing van deze figuren in het arbeidsrecht is nog niet voltooid. In toenemende mate wordt scholing een belangrijk onderwerp, want de werknemer moet zich sneller dan voorheen aanpassen om wat tegenwoordig heet 'employable' te blijven.

7. Conclusie

Het geheel overziende roept de vraag naar de wijzigingen in de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht van de afgelopen tien jaar een gecompliceerd beeld op. Er zijn grote veranderingen geweest, meer in de praktijk dan in de wetgeving. De rechter heeft geprobeerd nieuwe evenwichten aan te brengen. De wetgever voert enerzijds liberalisering door, en beschermt anderzijds de werknemer wel, maar op andere wijze dan voorheen. De werknemer moet meer voor zichzelf opkomen, of namens hem de vakbond of OR. Maar dat hangt ook samen met de maatschappelijke ontwikkelingen waarin ook minder wordt aanvaard dat de overheid alles regelt voor de burgers. Als geheel kan worden gezegd, dat de ongelijkheidscompensatie in de oude zin (vanuit het idee dat de overheid zelf actief de positie van de werknemer beschermt) is afgenomen. Daarvoor in de plaats is gekomen een andere vorm van ongelijkheidscompensatie, waarbij de overheid wel waarborgen biedt, maar de werknemer meer voor zijn eigen zaak moet opkomen. Dat is riskanter, maar in sommige opzichten ook verfrissend. De ontwikkeling is echter volop gaande en een eindoordeel valt nog moeilijk te geven. Het lijkt er nog zeker niet op, dat het recht van de sterkste in ons arbeidsrecht de alles bepalende factor is geworden.

- * Mr. D.J. Buijs is kantonrechter te Apeldoorn; mr. G.J.J. Heerma van Voss is universitair hoofddocent aan de Universiteit Maastricht en raadgever bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie.
1. Ook detachering nam in omvang toe, vgl. het themanummer SR 1995, nr. 9.
 2. M.G. Rood, *Flexibele arbeidsrelaties*, preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 13, Alphen aan den Rijn 1988.
 3. Die beperkte zich tot de invoering van de informatieplicht van de werkgever, zie J.J. Trap, SR 1992, blz. 195-196; B. Hoogendijk, SR 1992, blz. 74-77; G.J.J. Heerma van Voss, 'Een papieren tijger of een nieuwe rechtsbron in het arbeidrecht?', SR 1994, blz. 67.
 4. O. Albers/Y. Konijn, *Losse en flexibele arbeidsrelaties*, Alphen aan den Rijn 1987; C.J. Smitskam, *Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer 1989; Y. Konijn, 'Ontslagbescherming van afroepcontractanten', SR 1986, blz. 7-11.
 5. HR 25 januari 1980, NJ 1980, 264, m.nt. Stein (Possemis/Hoogenboom).
 6. HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa).
 7. HR 7 april 1996 (Conclusie A-G Koopmans), JAR 1996/168.
 8. Stichting van de Arbeid, *Nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'*, nr. 2/96, 's-Gravenhage 1996, blz. 21-24.
 9. H.H. de Vries, *Juridische aspecten van huistematica*, Deventer 1993.
 10. Wet van 4 juni 1996, Stb. 1996, 406; de invoeringswet is nog in behandeling in de Eerste Kamer onder nr. 24 770. Gestreefd wordt naar invoering per 1 april 1997; zie over het ontslag op staande voet S.W. Kuip, SR 1992, blz. 100-108.
 11. Zie onder meer A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994, blz. 1035-1044; P.F. van der Heijden, 'De gemiste kansen bij de invoering van titel 10 boek 7 BW', in: P.F. van der Heijden (red.), *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, Geschriften Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 23, Alphen aan den Rijn 1995, blz. 13-17.
 12. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 335 (IBM) en het Akzo-arrest van dezelfde datum.
 13. HR 6 maart 1992, JAR 1992/10 (specialistenarrest); D. Christe, 'Hoge Raad billijkt ontbindende voorwaarde in ontslagrecht', SR 1992, blz. 342-348.
 14. HR 24 mei 1996, JAR 1996/141.
 15. A.J.C.M. Geers/G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer 1995; zie voor het internationaal privaatrecht en het EVO-verdrag Th. van Oorschot, SR 1996, blz. 132-138; zie ook de bijdragen over het Verdrag van Maastricht en zijn uitwerking van J.P.M. Zeijen, SR 1992, blz. 132-145.
 16. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond) en HvJ EG 14 april 1994, JAR 1994/107 (Schmidt).
 17. Vgl. I.P. Asscher-Vonk/K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer 1994 en de bijdragen van I.Y. Piso over het Ten-Oever-arrest en J. van der Hulst over de beloning van deeltijdwerkers, SR 1993, blz. 288-292 en 292-295.
 18. A.T.J.M. Jacobs (red.), *Arbeid en discriminatie*, Deventer 1992; P.R. Rodrigues, 'Het enkele feit', SR 1993, blz. 83; H.J. Simon, 'De verkeerde kant van het gelijkheidsbeginsel', SR 1994, blz. 39-49; G.J.J. Heerma van Voss, 'Het ontslagverbod bij discriminatie eindelijk ingevoerd', SR 1994, blz. 279.
 19. P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming*, Deventer 1988; R. Caspers, 'Informatiebehoefte van werkgevers en privacy van werknemers', SR 1992, blz. 240-247; J. Bijker, 'Gewetensbezwaren in de dienstbetrekking', SR 1992, blz. 41-47.
 20. M.M. Olbers, 'Artikel 1638oo: Onzinnig Ouderschapsverlof', SR 1991, blz. 3-4; ten aanzien van de pensioenopbouw W.P.M. Thijsen, SR 1990, blz. 45-52.
 21. Zie voor een geheel eigen plan Vakgroep sociaal recht en sociale politiek KUB, 'Ontslagrecht anders', SR 1994, blz. 203-211.
 22. De richtlijnen voor ontslag werden in 1991 gecodificeerd in het Delegatiebesluit, later herzien in 1993, zie G.J.J. Heerma van Voss, SR 1991, blz. 39.
 23. SER, *Advies herziening ontslagrecht*, nr. 88/12, 's-Gravenhage 1988.
 24. *Trema* 1982, blz. 123; zie ook P. Ingelse, SR 1991, blz. 75-76.
 25. SER-Adviesaanvraag Civielrechtelijke ontslagbescherming 10 november 1993 en Voorstel van Wet, gepubliceerd in P.F. van der Heijden e.a., *Ontslagrecht zonder ontslagvergunning*, Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut nr. 10, Amsterdam 1995; P.F. van der Heijden, SR 1993, blz. 3; J.J. Trap, SR 1993, blz. 191-192 en met M.P. Vogel, SR 1993, blz. 207-208. Voor een rechtseconomische analyse E.J.H.M. Lousberg/A.M. Reitsma, SR 1993, blz. 199-210.
 26. TK 22 977 nr. 3; J.J. Trap/M.P. Vogel, 'Facelift van een mummie', SR 1995, blz. 3-4; D.J. Buijs, 'Het betere is de vijand van het goede', SR 1995, blz. 289-290.
 27. Stichting van de Arbeid, *Nota 'Flexibiliteit en Zekerheid'*, nr. 2/96, 's-Gravenhage 1996.
 28. D.J. Buijs, 'Het spook van partieel hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen', SR 1996, blz. 155-156.
 29. R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht en de stille revolutie', SMA 1996, blz. 297-303.
 30. S.A.M. van der Weegen-Koutio, 'Wanneer is hoger beroep bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk?', SR 1989, blz. 224-228; over de be-

- zwaren P.F. van der Heijden, 'Denkacrobietiek in de plaats van recht', SR 1993, blz. 116-119.
31. A.C.M. Rutten, 'De (gouden) handdruk en de nieuwste nieuwe Werkloosheidswet', SR 1994, blz. 81-88.
 32. A.Ph.C.M. Jaspers, 'De herziene WW al weer in revisie', SR 1994, blz. 107.
 33. Malva Driessen, 'Als dieven in de nacht', SR 1995, blz. 107.
 34. HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 (Campina).
 35. HR 13 september 1991, NJ 1992, 130 (Dingler/Merkelbach).
 36. HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, JAR 1995/35 (Codfried/ISS); zie ook C.G. Boot, 'Rechterlijke toetsing van ontslag in de proeftijd', SR 1992, blz. 40-45.
 37. HR 12 april 1996, JAR 1996/114 (Jalinkilic/Spreeuwenberg).
 38. M.J.A.C. Driessen, 'De WAGGS in strijd met internationale arbeidsnormen', SR 1989, blz. 196-201, met reactie M.P.A.M. Fruytier, SR 1989, blz. 335-337; W.G.M. Plessen, *Collectief onderhandelen in de zorgsector*, Deventer 1996.
 39. HR 17 september 1993, NJ 1994/173, JAR 1993/234 (Gerritse/HAS).
 40. HR 28 januari 1994, NJ 1994, 420, JAR 1994/47 (Beenen/Vanduho); voor een ruime uitleg C.G. Boot, SR 1994, blz. 199-203.
 41. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (NS).
 42. HR 7 november 1986, NJ 1987, 226 (Hoogovens); HR 11 november 1994, NJ 1995, 152, JAR 1994/268 (Rotterdamse haven).
 43. HR 19 april 1991, NJ 1991, 690 (Elka); L. Betten, 'Hoge Raad worstelt verder met Europees Sociaal Handvest', SR 1991, blz. 200-206.
 44. Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 mei 1992, NJ 1993, 342 (Grabowski & Poort).
 45. J.C.M.G. Bloemarts, 'Enige beschouwingen over de contracterende ondernemingsraad', SR 1996, blz. 89.
 46. TK 24 615, nrs. 1-3; A.M. Luttmer-Kat, 'Automatische doorwerking van met de ondernemingsraad overeengekomen (arbeidsvoorwaarden)regelingen', SR 1996, blz. 63-68; F. Koning, 'Arbeidsreglement en ondernemingsovereenkomst', SR 1996, blz. 160-165; eerder: J.J.M. de Laat, 'De ondernemingsraad: handenbinder van de individuele werknemer?', SR 1991, blz. 314-321.
 47. Vakgroep sociaal recht KUB, SR 1992, blz. 196-205; themanummer SR 1993, nr. 10-11.
 48. M.M. Oibers, 'Arbeidsrechtelijke leemten in het voorstel van Wet terugdringing ziekteverzuim', SR 1993, blz. 28-32.
 49. *Sib.* 1996, 134. W.J.P.M. Fase, *Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte*, Deventer 1996; Hans Akveld/Bert Hermans, 'De WULBZ: een historische vergissing?', SR 1996, blz. 31.
 50. TK 24 698 en 24 776.
 51. A.F. Rommelse, 'Ziekteverzuim, controle en privacy', SR 1994, blz. 287-294; B. Hoogendijk, 'De informatie- en medewerkingsverplichtingen van de werknemer bij ziekte en de sanctiemogelijkheden van de werkgever', SR 1995, blz. 108-113; B. Hoogendijk, 'Opzettelijk veroorzaakte ziekte en belemmering of vertraging van de genezing na 1 maart 1996', SR 1996, blz. 227-233.
 52. B. Hoogendijk, 'Arbeidsongeschiktheid en het verhaalsrecht van de werkgever', SR 1994, blz. 8-12; T. Hartlief/G.E. van Maanen, 'Regresrecht voor werkgever ter zake van loonbetalingen na letseltoebrenging door een derde', SR 1996, blz. 125-129.
 53. A.J.C.M. Geers, SR 1991, blz. 139; J.H.J. Terstege, SR 1993, blz. 160-166.
 54. A.J.C.M. Geers, 'De EG, het verzuimbeleid en de veranderingen in de Arbeidswet', SR 1993, blz. 4-7.
 55. *Sib.* 1995, 598; A.J.C.M. Geers/G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidstijdenwet*, Deventer 1996; zie ook het themanummer van SR 1994, nr. 9.
 56. HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 (Stormer/VOC); K. Fester-Hoff, 'Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen overkomen aan flexibele arbeidskrachten', SMA 1996, blz. 87.
 57. T. Hartlief/R.P.J.L. Tjittes, SR 1990, blz. 282-288; A.J.C.M. Geers, 'Hoge Raad opnieuw op de bres voor asbestslachtoffer', SR 1993, blz. 159; H.M.G. Manders, 'Schade en werk', SR 1996, blz. 290-299.

Ambtenarenrecht. Over optrekkende mistbanken en het tempo van de stoomlocomotief

(met dank aan mr. Schipper)

Mevr. mr. M.A. Pach*

Op het terrein van het ambtenarenrecht hebben de laatste 10 jaar grote veranderingen plaatsgevonden zowel in het materiële recht als in de organisatie en in het toepasselijke procesrecht. Pach stelt in deze bijdrage de vraag centraal of, gegeven de invoering van de Algemene wet bestuursrecht, de ongelijkheidscompensatie in het ambtenarenrecht terrein heeft gewonnen of juist verloren.

1. Inleiding

Tien jaar ontwikkelingen in het ambtenarenrecht, samengevat in maximaal 10 A-viertjes – al voorbereidend leek mij dit een vrijwel onmogelijke opgave.

Enerzijds omdat in de periode 1986-1996 – een voor het ambtenarenrecht willekeurig afgebakend decennium – ten aanzien van alle aspecten van dit betrekkelijk kleine rechtsgebied grote veranderingen hebben plaats gevonden.

Niet alleen is sprake van steeds wijzigende materieelrechtelijke aandachtsgebieden (ik denk dan aan grote reorganisaties zoals bij de politie en in het onderwijs of privatiseringsoperaties), daarnaast zijn zowel de organisatie (integratie ambtenarenrechten in de arrondissementrechtbanken, afschaffing leken) als het toepasselijke procesrecht (in werking treden Awb) ingrijpend veranderd.

Anderzijds: bij de behandeling van sommige ambtenarenzaken lijkt het of de tijd toch heeft stilgestaan. De mistbanken van Schipper¹ lijken niet echt in frequentie te zijn afgenomen² en (te) vaak worden nog elementaire procedureregels zoals hoorplicht en beslistermijnen geschonden³.

Bovendien heb ik de indruk (niet met cijfers onderbouwd) dat in de afgelopen tien jaar over ambtenarenrechtelijke onderwerpen meer is gepubliceerd dan in de daaraan voorafgegane halve eeuw.

Een kleine greep (zonder aanspraak op volledigheid): in 1991 verscheen een dissertatie over de rechtspositie van de rijksambtenaar⁴; ook in andere dissertaties op bestuursrechtelijk terrein werd aandacht besteed aan het ambtenarenrecht⁵.

Er verschenen sedert 1986 drie drukken van *Hoofddijnen van het ambtenarenrecht* (mr. M.J.S. Korteweg-Wiers c.s.); de losbladige uitgave *Het burgerlijke ambtenarenrecht* (de VUGA-bundel) werd ingrijpend herzien en als opvolger van de *Handleiding tot het ambtenarenrecht* (Samsom) verscheen bij dezelfde uitgever *Arbeidsrecht bij de overheid*.

Het *Sociaal Maandblad Arbeid* (SMA) wijdde in oktober 1993 een themanummer aan 'Veranderingen in het ambtenarenrecht' en, last but not least, het *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* leidt een bloeiend bestaan, in 1994 gevierd met een uitgave *De Algemene wet bestuursrecht nader beschouwd, tien jaar TAR*.

Een springlevend rechtsgebied ...

Of is dit de nog even oplevende belangstelling voor een uitster-