

Kunnen werknemers met zorgtaken goede werknemers zijn?

Het recentelijk gevoerde debat in de NRC over de al dan niet disproportionele rechten van werkende moeders en over verhoudingen tussen werknemers met kinderen en kinderloze werknemers wordt door Holtmaat in verband gebracht met de norm van goed werknemerschap.

Net nu het kabinet (eindelijk!) komt met een pakket maatregelen om de combinatie van zorg en betaalde arbeid te vergemakkelijken (Wetsvoorstel Arbeid en Zorg, ingediend op 4 juli 2000) laait in de media de discussie op over de 'pest' die werkende moeders voor hun collega's en voor hun werkgevers zouden zijn. Twee verschillende 'verwijten' spelen door elkaar heen: vrouwelijke werknemers met kinderen zouden langzamerhand disproportioneel veel rechten hebben (zwangerschapsverlof, ouderschapsverlof, enz.) waarvan ze ook ruimschoots gebruik zouden maken zonder rekening te houden met belangen van collega's of werkgever. En vrouwelijke werknemers met kinderen zouden de kantjes er aflopen: ze zouden zich verschuilen achter de zorg voor hun kinderen als argument voor niet of onvoldoende presteren op de werkplek.

Afgezien van de irritatie die deze discussie bij mij oproept omdat, op uiterst seksestereotype wijze, uitsluitend moeders verantwoordelijk worden gehouden voor de zorg en opvoeding van hun kinderen en vaders traditiegetrouw geheel buiten beeld blijven, bevreemdt het mij als jurist dat deze discussie tot nu toe nauwelijks vertaling vindt in een afweging van rechten en plichten van werknemers en werkgevers in termen van goed werkgeverschap en goed werknemerschap. Juist deze open normen in het arbeidsrecht zijn bij uitstek geschikt (en oorspronkelijk ook daarvoor bedoeld) om veranderende maatschappelijke verhoudingen inhoud en vorm te geven.

Een van de belangrijkste sociale veranderingen van de afgelopen decennia is de sterk toegenomen arbeidsparticipatie van vrouwen, als gevolg waarvan zowel vrouwen als mannen voor de situatie zijn komen te staan dat zij verantwoordelijkheden thuis moeten combineren met verantwoordelijkheden op het werk. Dat neemt niet weg dat veel meer vrouwen dan mannen een substantieel deel van hun tijd aan zorgtaken besteden en als gevolg daarvan in 'belangenconflicten' terechtkomen. Het beeld dat het vooral moeders zijn die 'slechte' werknemers zijn, komt daarmee overeen. Maar er speelt ook een kwestie van negatieve seksestereotype beeldvorming: een vrouw die ouderschapsverlof opneemt is lastig, een man die hetzelfde doet is een 'showvader'. Ook de eigen opstelling van mannen en vrouwen verschilt: een vrouw die een vergadering eerder verlaat om de kinderen van de crèche te halen zal dat feit vaak openlijk als argument gebruiken, terwijl een man in dat geval nogal eens verklaart dat hij 'andere verplichtingen' heeft. Om te voorkomen dat ik dergelijke verschillen op dezelfde stereotype manier (her)bevestig spreek ik in het vervolg uitsluitend over werknemers met zorgtaken. Daaronder zijn ook begrepen werknemers die voor

een partner of andere 'naasten' de feitelijke zorg op zich hebben genomen.

Dat zorg erkenning vindt, ook in het arbeidsrecht, is een groot goed. De mensen die feitelijke zorg verrichten moeten, mede op grond van het grote maatschappelijke belang dat zorgarbeid vertegenwoordigt (want we willen allemaal dat er een deugdelijk opgevoede volgende generatie komt en dat onze ouderen niet emotioneel zullen verkommeren), kunnen rekenen op de solidariteit van de gehele samenleving. De noodzakelijke uitbreiding van rechten van mensen met zorgtaken zal echter gekoppeld moeten zijn aan een 'plichtsgetrouwe' invulling van de baan door deze werknemers. Anders ontstaat er een scheve situatie, waarbij niet alleen ten aanzien van de werkgever maar ook ten aanzien van de collega-werknemers, een te zwaar beroep wordt gedaan op diens solidariteit. Uit de reacties in de pers blijkt dat dit punt (bijna) bereikt is. De balans is zoek. Het is (mede) aan het recht om instrumenten aan te dragen die het evenwicht kunnen herstellen. In dit geval kunnen naar mijn idee bestaande (open) normen in het arbeidsrecht die functie uitstekend vervullen.

Goed werkgeverschap en goed werknemerschap als open normen in het arbeidsrecht

Art. 7A: 1639d, dat sinds de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907 in het Burgerlijk Wetboek stond, luidde als volgt: 'De arbeider is in het algemeen verplicht al datgene te doen en na te laten, wat een goed arbeider in gelijke omstandigheden behoort te doen en na te laten'. In 1997 werd in het nieuwe Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek bepaald dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en als een goed werknemer te gedragen (art. 7: 611 BW). Het artikel geeft uitdrukking aan de algemene normen van goede trouw en redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht (art. 6: 2 en 6: 248 BW). Er is zowel in 1907 als in 1997 discussie geweest over de vraag of de normen van goed werknemerschap en werkgeverschap wel iets toevoegden aan deze algemene eisen uit het verbintenissenrecht. Beide keren motiveerde de wetgever de bepaling(en) met de overweging dat er plaats blijft voor het expliciteren van de norm, omdat de wetgever daarmee niet alleen het oog heeft op wat strikt genomen tussen partijen is overeengekomen (de wil van partijen), maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.

Uit wetsgeschiedenis en literatuur is af te leiden dat het belangrijkste doel van dit artikel is dat, door de daarin opgenomen open norm, de hantering van de wet, ook zonder nadere wetgeving, gelijke tred kan houden met de ontwikkelingen in de sociale verhoudingen en met nieuwe inzichten. In de tweede plaats biedt de bepaling ruimte aan de rechter om niet alleen te kijken naar het

* MEVR. MR. R. HOLTMAAT IS UHD AAN DE JURIDISCHE FACULTEIT VAN DE RIJKSUNIVERSITEIT TE LEIDEN EN FREELANCE ONDERZOEKER. MET DANK AAN INA SJERP EN MARJOLEIN VAN DEN BRINK VOOR HUN GEESTDRIFTIGE EN INSPIRERENDE BIJDRAGE AAN MIJN MENINGSVORMING OVER DIT ONDERWERP.

contract en naar wat partijen klaarblijkelijk hebben gewild, maar kan de rechter daarbij ook vaststellen wat een werknemer of werkgever in het algemeen behoort te doen of na te laten. Daarmee functioneren de normen van het goed werkgeverschap en goed werknemerschap op een iets hoger abstractieniveau en gaan zij uit van de geobjectieerde of gemiddelde werkgever en werknemer. De wil van contractspartijen is minder relevant geworden dan de verwachtingen die beiden mogen hebben van wat in het algemeen normbesef (binnen de bestaande sociale verhoudingen) 'behoorlijk' of 'goed' geacht wordt te zijn. Bovendien kunnen open normen in de rechtspraktijk worden benut om grondrechten en internationale bepalingen te laten doorwerken in de arbeidsovereenkomst. Op die manier kunnen het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap functioneren als bruikbare 'kruiwagens' om internationaalrechtelijk erkende normen ten aanzien van de combineerbaarheid van arbeid en zorg (zoals onder meer neergelegd in ILO-verdragen) in het Nederlandse arbeidsrecht te incorporeren. Juist op het punt van de combinatie van arbeid en zorg zijn in het internationale recht belangrijke normen te vinden. En ten slotte (in mijn visie misschien wel de belangrijkste functie) bieden open normen een mogelijkheid tot inbreng van nieuwe visies in het debat over rechten en plichten van burgers. Open normen kunnen met andere woorden de communicatieve functie of forumfunctie van het recht versterken.

Goed werkgeverschap

De bepaling over het goed werkgeverschap is door feministische rechtswetenschappers en praktijkjuristen in de afgelopen decennia met graagte gebruikt om bepaalde lacunes in dit (door mannelijke normen gedomineerde) recht op te vullen of om bepaalde correcties daarop aan te brengen. Er werden en worden aan dit artikel hoge verwachtingen gekoppeld die deels ook zijn uitgekomen: de rechter heeft met gebruikmaking van deze norm een aantal zaken in voor vrouwen gunstige zin 'rechtgezet'. Het artikel is onder meer gebruikt in zaken over het afdwingen van aangepaste werktijden en van deeltijdwerk en het bestrijden van seksuele intimidatie op de werkplek. Juist op het punt van de aanpassingen die de werkgever zou moeten doen om een soepele combinatie van arbeid en zorg mogelijk te maken wordt het goed werkgeverschap zeer veelvuldig genoemd als rechtsnorm met behulp waarvan een aanpassing aan nieuwe, wenselijk geachte, verhoudingen op de werkvloer bereikt kan worden. Omdat deze norm naar mijn idee voldoende aandacht heeft gekregen (wat niet wil zeggen dat deze norm niet op creatieve wijze voor nieuwe zaken ingezet kan worden) zal ik de schijnwerpers nu richten op het goed werknemerschap.

Goed werknemerschap

Zo veel er over het goed werkgeverschap is geschreven, zo weinig is er te vinden over het goed werknemerschap. Dat geldt evenzeer voor de jurisprudentie over dit artikel. Het lijkt wel alsof niemand zich er aan wil wagen invulling te geven aan deze norm. Of ligt de reden in het feit dat de verplichtingen van de werknemer al zo nauw omschreven zijn in wetgeving en CAO's (en nadere bedrijfsregels), dat geen behoefte meer bestaat bij de werkgever om naar de algemene norm van het goed werknemerschap te grijpen? Zijn die verplichtingen echter wel stabiel? Is het niet zo dat een snel veranderende arbeidsmarkt en even snel veranderende arbeidsvoorwaarden leiden tot het openbreken van bestaande rechten en verplichtingen van werkgevers en werknemers? Wordt daarbij voldoende rekening gehouden met de effecten van het optreden van een nieuw type werknemer: de werknemer met zorgtaken?

Een inventarisatie van de uitwerkingen die de open norm van het goed werknemerschap in de literatuur en de (schaarse) jurisprudentie krijgt, levert een aantal meer concrete 'normen' op waaraan een werknemer moet voldoen. Daarnaast zijn aanwijzingen over de inhoud van het goed werknemerschap te vinden in bijvoorbeeld zaken over ontslag op staande voet of over schadevergoedingsacties. Een aantal aspecten van het goed werknemerschap is 'algemeen', dat wil zeggen niet van speciaal belang in verband met de werknemer met zorgtaken. Het gaat dan om zaken als de aansprakelijkheid van werknemers voor fouten die bij/zij bij de uitoefening van zijn taken maakt, de verplichting ervoor te waken dat het bedrijf in diskrediet gebracht wordt en de verplichting om zich ten opzichte van collega's en klanten niet te misdragen. Deze zaken laat ik hier verder onbesproken. Ik concentreer me op de gevonden normen die aanknopingspunten kunnen bieden voor een discussie over de invulling van de plichten van werknemers met zorgtaken.

1. *De verplichting om loyaal te zijn aan de onderneming.* Deze verplichting heeft meestal betrekking op een (zekere) geheimhoudingsplicht ten aanzien van wat zich in de onderneming afspeelt en op het zich niet (binnen of buiten werktijd) bezighouden met concurrerende activiteiten of het 'meenemen' van klanten of een orderportefeuille na beëindiging van het dienstverband. Het kan ook inhouden: geen relatie aangaan met iemand binnen of buiten het bedrijf, waardoor bedrijfsbelangen geschaad zouden kunnen worden (vergelijk de Ajax-Feijenoord affaire). Op een iets abstracter niveau: de verplichting om werk en privé gescheiden te houden. De belangrijkste vraag, in verband met het onderwerp van deze bijdrage, is natuurlijk of die loyaliteit zover moet strekken dat in de belangenafweging, die de zorgende werknemer moet maken (tussen die van het bedrijf en die van zijn/haar zorg afhankelijke personen), het bedrijfsbelang niet wat zwaarder zou mogen/moeten meewegen. Is het wel zo, zoals een van de deelnemers aan de discussie in de NRC stelde, dat het een slechte zaak zou zijn als moeders niet zouden kiezen voor het op tijd van de crèche halen van hun kind maar voor het op tijd afronden van een rapport? Als er absoluut geen andere mogelijkheid is, kan het antwoord daarop inderdaad positief luiden. (Niet alleen vanwege het belang van het kind, overigens, maar ook vanwege het personeel van het dagverblijf dat anders zou moeten overwerken!) Maar waarom wordt niet van deze werknemer geëist dat het rapport 's avonds, als het kind in bed ligt, wordt afgeschreven? Of geëist dat de andere ouder of iemand anders het kind deze keer haalt, zodat het rapport wel op tijd kan worden afgerond?
2. *De verplichting om veiligheidsvoorschriften na te leven en om niet onnodig gezondheidsrisico's te lopen, ook buiten werktijd.* Deze verplichting is meer op de voorgrond gekomen na de invoering van de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte, waardoor werkgevers direct moeten opdraaien voor de doorbetaling van loon tijdens het eerste jaar van ziekte en arbeidsongeschiktheid. In dat kader komt ook steeds sterker naar voren de verplichting om zo snel mogelijk te genezen in geval van ziekte. De werknemer mag met andere woorden zijn genezingsproces niet belemmeren. In verband met werknemers met zorgtaken valt in dit verband te denken aan de verplichting om bijvoorbeeld niet (weer) zwanger te worden als je vooraf weet dat dit betekent dat je de volle negen maanden arbeidsongeschikt zult zijn als gevolg van de zwangerschap of als vooraf vaststaat dat de bevalling zo gecompliceerd zal zijn dat je minimaal tweemaal het zwangerschapsverlof nodig hebt om te herstellen. Of echter

iemand het zal aandurven een dergelijke verplichting hardop uit te spreken (laat staan aan een rechtsvordering ten grondslag te leggen) valt te betwijfelen.

3. *De verplichting om de werkgever van relevante wijzigingen in zijn/haar omstandigheden op de hoogte stellen.* Dat geldt in de eerste en belangrijkste plaats voor ziekmeldingen, die prompt moeten volgen en de nodige relevante informatie (bijvoorbeeld over vermoedelijke duur van de ziekte) moeten bevatten. Verder moet de werknemer de werkgever op de hoogte houden van afgesloten transacties, van dreigende gevaren, enz. De informatieplicht geldt ook voor bepaalde omstandigheden die tijdens de sollicitatie niet mogen worden verzwegen. Welke dat precies zijn, is natuurlijk een heel interessante vraag vanuit het perspectief van werknemers met zorgtaken. Moet je melden dat je van plan bent je oude moeder in huis te nemen (in plaats van haar naar een verzorgingshuis te sturen) zodra ze niet meer zelfstandig kan wonen? Moet je melden dat je van plan bent een gezin te stichten? En zo ja: wat is het aangewezen tijdstip van melding? Deze discussies zijn voor een deel al wel gevoerd in het kader van gelijke behandeling van werknemers (het discriminatieverbod zou meebrengen dat een werkgever niet naar dit soort dingen mag vragen in de sollicitatiefase), maar voorzover ik weet nog nooit beoordeeld in het licht van het goed werknemerschap. Vanuit een oogpunt dat het in het algemeen onbehoorlijk is de ander met 'verrassingen' te confronteren, is er veel voor te zeggen wel een informatieplicht op dit punt aan te nemen. Blijft het probleem dat de sollicitant wel het risico loopt dat de werkgever deze informatie ten grondslag zal leggen aan negatieve beslissingen over aanname. Bij dit punt mag niet uit het oog worden verloren dat vrouwen (op grond van hun genderstereotype socialisering) het tijdsbeslag van bij voorbeeld een te stichten gezin heel anders (realistischer!) inschatten dan mannen, waardoor je – ook als je het als standaardvraag aan beiden zou stellen – verschillende antwoorden zult krijgen. Uitgaande van een balans van rechten en plichten zou je kunnen stellen dat iemand alleen verplicht kan zijn dergelijke vragen te beantwoorden wanneer daar tegenover ook rechten staan, zoals het recht op betaald zorgverlof, of een plaats in de bedrijfscreche.
4. *De verplichting om het werk naar beste vermogen te verrichten.* Dit is wat een werknemer altijd moet doen, dus behoeft deze verplichting nauwelijks uitwerking in een norm als art. 7: 611 BW. Tegenwoordig krijgt deze norm, samengevat onder de term *employability*, meer specifieke invulling door de verplichting tot het volgen van bijscholing die noodzakelijk is om – in het belang van een economisch verantwoorde bedrijfsvoering – binnen de functie goed te blijven functioneren. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt ook bij de werknemers. Deze plicht kan ook inhouden dat men meewerkt aan omscholing en overplaatsing indien dit als gevolg van reorganisatie of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid noodzakelijk is. Vanuit de optiek van de werknemer met zorgtaken is het natuurlijk interessant in hoeverre bij deze verplichting van de goede werknemer rekening wordt gehouden met haar/zijn huiselijke omstandigheden. Als de reorganisatie/overplaatsing andere werktijden, of zelfs een andere werkplek, meebrengt, kan dan het feit dat die werktijden/werkplek botsen/botst met zorgtaken worden tegengeworpen aan de werkgever?
5. *De verplichting om binnen redelijke grenzen overwerk te verrichten.* Waar die grenzen voor een 'goed werknemer' liggen, is onderwerp van veel discussie. Belangrijk vanuit de optiek van de werknemer met zorgtaken is in hoeverre de goede werknemer daarbij zijn/haar zorgtaken als belemmering voor het verrichten

van overwerk naar voren mag brengen (en gehonoreerd kan zien). De invulling van de overwerkverplichting zal – tenminste voor een deel – afhangen van de beschikbare faciliteiten. Een werkgever die voor flexibele kinderopvang zorgt, kan in dit verband meer verlangen dan een werkgever die geen enkele faciliteit biedt.

6. *De verplichting om de arbeidsorganisatie niet meer dan redelijk te belasten met de problemen die voortvloeien uit de combinatie van arbeid en zorgtaken.* Dat betekent dat – hoewel van de werkgever en van de collega's aan de ene kant een welwillende en zorgvriendelijke opstelling mag worden verwacht en de werknemer zijn/haar wettelijke toegekende rechten op onder meer zorgverlof ongehinderd moet kunnen gebruiken – aan de andere kant van de werknemer met zorgtaken mag worden verwacht dat deze zijn best doet om ook rekening te houden met de belangen van de onderneming dan wel de collega's. Dat betekent dat je dus niet altijd als eerste en enige de invulling van vakantieschema's kunt dicteren omdat je nu eenmaal schoolgaande kinderen hebt, dat je niet met het kind naar de dokter kunt gaan onder werktijd als het ook buiten werktijd kan, enz. Dit klinkt nieuwer dan het is. Ook volgens bestaande jurisprudentie is de werknemer op grond van goed werknemerschap reeds verplicht bij het vaststellen van de vakantiedagen de belangen van de werkgever mede in het oog te houden!

Tot slot

Deze zeer vluchtige en voorlopige inventarisatie laat zien dat de norm van het goed werknemerschap aanknopingspunten biedt voor een nieuwe invulling van de rechten en plichten van werknemers met zorgtaken (en van hun collega's zonder deze zorgtaken!). Dat een combinatie van arbeid en zorg noodzakelijk en wenselijk is (vanuit economisch en emancipatorisch oogpunt), zullen weinigen bestrijden. Dat die combinatie bepaalde spanningen kan opleveren wordt ook aan alle kanten onderkend. Het eenzijdig de 'schuld' daarvan geven aan werkende moeders is een kwalijke ontwikkeling. Juist juridische normen als het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap bieden aanknopingspunten om boven de individuele belangenstrijd uit te stijgen en nieuwe geobjectiverde criteria te ontwikkelen voor wat je als werkgevers en werknemers (en als werknemers onderling!) van elkaar mag verwachten. Op die manier kan, bij het zoeken naar oplossingen voor nieuwe, dringende sociale kwesties, via deze open normen de 'communicatieve functie' of de 'forumfunctie' van het recht goed tot zijn recht komen.